

ANNALES  
DROIT ADMINISTRATIF  
2010

MÉTHODOLOGIE

&

SUJETS CORRIGÉS

*sous la direction de*  
PASCALE GONOD

DA||LOZ



ANNALES  
DROIT ADMINISTRATIF

2010

# ANNALES

*collection dirigée par*

YVES JEGOUZO

*professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

**INTRODUCTION AU DROIT ET DROIT CIVIL**

**DROIT CIVIL DES OBLIGATIONS**

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

**DROIT ADMINISTRATIF**

**DROIT DES AFFAIRES ET DROIT COMMERCIAL**

ANNALES

DROIT ADMINISTRATIF

2010

MÉTHODOLOGIE

&

SUJETS CORRIGÉS

*sous la direction de*

PASCALE GONOD

*professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

DAJLOZ



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

# DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris CEDEX 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> 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.

© ÉDITIONS DALLOZ – 2009

# Sommaire

---

<b>Avant-propos</b> .....	IX
<b>Introduction au droit administratif</b> .....	1
<b>I. L'idée d'administration</b> .....	2
<b>II. L'idée de droit</b> .....	3
<b>III. Le droit administratif au cœur des rapports du droit et de l'administration</b> .....	4
<b>Méthodologie</b> .....	7
A. L'évaluation .....	7
B. L'épreuve .....	8
<b>I. La dissertation</b> .....	9
A. Analyse du sujet .....	9
B. Élaboration du plan .....	11
C. Rédaction .....	11
1. Introduction .....	11
2. Corps du devoir .....	12
3. Conclusion .....	13
<b>II. Le commentaire de texte</b> .....	13
A. Découverte et premiers repérages .....	13

B. Sélection et analyse des éléments clés .....	15
C. Construction du commentaire et rédaction .....	17
<b>III. L'étude de cas</b> .....	19

## **La recherche documentaire**..... 23

<b>I. Les supports de l'acquisition des connaissances</b> .....	23
A. Les manuels et traités .....	24
B. Les documents de travaux dirigés .....	24
C. L'actualité .....	25
<b>II. Les instruments de l'approfondissement</b> .....	25

## **Annales du droit administratif**

### **1. Les sources du droit administratif**

• <b>Dissertation</b> : Le juge administratif, juge constitutionnel ?, par Delphine Costa, professeure, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse .....	29
• <b>Commentaire d'arrêt</b> : CE, 26 sept. 2005, <i>Association collectif contre l'handiphobie</i> , par Jacques Petit, professeur, Université Rennes 1 .....	43
• <b>Cas pratique</b> : par Pascale Gonod, professeur, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) .....	53
• <b>Cas pratique</b> : par Benoît Plessix, professeur, Université Nancy II, .....	61
• <b>Cas pratique</b> : par Olivier Jouanjan, professeur, Université de Strasbourg, .....	71

### **2. L'organisation administrative**

• <b>Cas pratique</b> : par Pascale Gonod, professeur, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) .....	81
--	----

### **3. Les actes de l'administration**

• <b>Cas pratique</b> : par Agathe Van Lang, professeure, Université de Nantes .....	91
• <b>Cas pratique</b> : par Patrice Chrétien, professeur, Université de Cergy-Pontoise.....	99



- **Commentaire d'arrêt** : CE, Sect., 6 mars 2009, *Coulibaly*,  
par Fabrice Melleray, professeur, Université Montesquieu-Bordeaux IV .. 107
- **Cas pratique** :  
par Pascale Gonod, professeur, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) 115

#### 4. Les fonctions de l'administration

- **Commentaire d'arrêt** : T. confl., 21 mai 2007, *SA Codiam*,  
par Fabrice Melleray, professeur, Université Montesquieu-Bordeaux IV .. 123
- **Cas pratique** :  
par Sophie Nicinski, professeur, Université Lumière (Lyon II)..... 131
- **Cas pratique** :  
par Isabelle Poirot-Mazères, professeur, Université des sciences sociales  
(Toulouse I) ..... 137

#### 5. La responsabilité de la puissance publique

- **Commentaire d'arrêt** : CAA Bordeaux, 6 sept. 2007, *Mutuelle de Poitiers Assurances*,  
par Xavier Dupré de Boulois, professeur, Université Pierre-Mendès-France  
(Grenoble II)..... 151
- **Dissertation** : Peut-on encore affirmer, à l'heure actuelle, l'autonomie du  
droit de la responsabilité publique par rapport au droit privé de la  
responsabilité ?,  
par Agathe Van Lang, professeure, Université de La Rochelle ..... 161

#### 6. Le contrôle de l'administration

- **Dissertation** : Que répondez-vous à la question posée au dernier  
paragraphe de l'article du journal *Libération* du 9 décembre 1992 :  
« Reste que [...]. Pourquoi l'État et ses agents relèvent-ils d'une justice  
à part ? »  
par Patrice Chrétien, professeur, Université de Cergy-Pontoise ..... 171
- **Dissertation** : Les variations du contrôle juridictionnel de légalité dans le  
contentieux de l'excès de pouvoir,  
par Aude Rouyère, professeur, Université Montesquieu-Bordeaux IV ..... 179
- **Commentaire d'arrêt** : CE, 14 nov. 2008, *M. Philippe Mahmoud  
El Shennawy*,  
par Xavier Dupré de Boulois, professeur, Université Pierre-Mendès-France  
(Grenoble II)..... 191
- **Commentaire d'arrêt** : CE, 19 juin 2002, *Commune de Marcq-en-Barœul*,  
par Servane Carpi-Petit, maître de conférences, Université de Caen  
Basse-Normandie (antenne d'Alençon) ..... 201

**Index** ..... 209



# Avant-propos

---

**L**a collection des Annales du droit a comme ambition de fournir un nouvel outil de travail aux étudiants de la licence en droit mais aussi à tous ceux qui suivent des enseignements juridiques dans le cadre des instituts d'études politiques, des filières d'administration économique et sociale ou des préparations aux concours administratifs.

Dans la conception retenue depuis 2005, les Annales du droit se présentent comme le **complément nécessaire du manuel ou du cours** oral dans les disciplines fondamentales du droit que sont l'introduction au droit et le droit des personnes et des biens, le droit constitutionnel, le droit civil des obligations, le droit administratif et le droit des affaires.

L'analyse systématique des institutions, des procédures et des relations juridiques qui est faite de manière didactique dans les manuels et les cours est le premier versant de la formation juridique. Le second versant est la mise en œuvre et l'application de ces notions, la présentation organisée d'une question juridique, l'analyse des sources du droit, la résolution d'une question pratique. C'est ce second versant que doivent permettre de graver les Annales du droit en exposant la méthodologie des exercices demandés à tout juriste et l'illustrant par la présentation des sujets corrigés qui ont été donnés dans un échantillon représentatif d'universités françaises.

## Mode d'emploi des Annales du droit

Conçues et dirigées par l'auteur qui a accepté de prendre la responsabilité d'un des cinq ouvrages consacrés aux disciplines de base, les Annales du droit, publiées par les éditions Dalloz pour la dix-neuvième année consécutive, sont tout d'abord des **ouvrages de méthodologie**.

L'auteur de l'ouvrage présente les différentes méthodes qui sont utilisées dans l'enseignement du droit en accompagnant cette présentation de conseils pour les trois principaux types d'exercice qui sont demandés aux juristes, que ce soit dans le cadre du contrôle continu, des examens ou des concours :

- **la dissertation**, exposé systématique d'une question avec ses exigences de présentation et d'analyse du sujet, de plan, d'organisation des idées;
- **le commentaire** qui peut porter sur un texte de droit international ou de droit communautaire, une loi, un règlement, une décision de jurisprudence et qui doit permettre de comprendre le sens du texte, d'en mesurer la portée, les apports, de l'évaluer;
- **l'étude de cas** consistant à appliquer à une question pratique les connaissances acquises, à replacer la question posée dans son environnement juridique et à rechercher la solution d'un litige.

La collecte de l'information disponible et actualisée étant l'un des préalables à tout travail juridique, les Annales comportent également **l'exposé des méthodes de recherche bibliographiques et des outils informatiques** disponibles.

Les conseils méthodologiques sont illustrés par une **vingtaine de sujets corrigés** choisis parmi ceux qui ont été **donnés dans les universités françaises** lors des dernières sessions d'examen. À cet effet, les enseignants responsables des enseignements de la discipline à laquelle est consacrée chacune des cinq Annales ont accepté de présenter les sujets qu'ils ont retenus et d'en faire le corrigé. Les Annales du droit illustrent ainsi la diversité des analyses qui sont le propre de la méthode universitaire.

Les Annales du droit sont conçues comme devant être l'accompagnement nécessaire des cours et des manuels. À cette fin, **les sujets retenus**

sont présentés en suivant le plan habituel des cours consacrés à la matière : ils en illustrent et complètent les grandes parties.

Pour chaque sujet est indiqué le **thème principal** qui en est l'objet. Les **mots clés**, enfin, recensent les principaux points de droit abordés dans chaque sujet corrigé. L'index thématique qui figure en fin d'ouvrage permet de retrouver aisément les thèmes et les points de droit que le lecteur souhaite étudier.

Yves JEGOUZO



# Introduction au droit administratif

S'il n'est pas de droit simple, l'on peut s'interroger, comme il l'a été encore récemment fait<sup>1</sup>, sur la question de savoir si la complexité ne serait pas inhérente au droit administratif. Une telle interrogation ne vise nullement à décourager le lecteur et l'utilisateur de cet ouvrage, ni à alimenter l'idée selon laquelle cette branche du droit ne pourrait être comprise et maniée que par un nombre limité d'initiés. La complexité existe, comme en attestent au besoin les hésitations dont est saisi celui qui tente d'énoncer brièvement une définition du droit administratif; mais ces hésitations témoignent aussi, tant de la richesse de cette branche du droit que de l'intérêt que présente son étude.

Édouard Laferrière affirme en 1887 : « Le droit administratif répond à deux idées : l'idée d'Administration, l'idée de Droit. À la première, se rattache l'étude de l'Organisation administrative [...]. À la seconde, se rattache l'étude du Contentieux administratif<sup>2</sup>... » À suivre ce juriste, deux principales perspectives méritent donc d'être retenues afin de définir le droit administratif : celle de l'administration, celle du droit. Or, une telle approche n'est guère satisfaisante : non seulement ces perspectives sont respectivement inexactes ou équivoques, mais de surcroît elles semblent relé-

---

1. François Burdeau, « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif? », in Université de Paris II, *Clés pour le siècle*, p. 417 et s.

2. Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1<sup>re</sup> éd. 1887-1888, introduction, p. XI.

guer les rapports qu'entretiennent le droit et l'administration. Ces derniers permettent pourtant tout à la fois de saisir la vocation et la particularité du droit administratif.

## I. L'idée d'administration

Définir le droit administratif suppose de cerner la signification d'administration, dans la mesure où, au regard de son **objet**, le droit administratif peut être conçu comme le droit applicable à l'administration publique. L'administration publique peut alors, à son tour, être envisagée de deux points de vue, qui doivent d'ailleurs être combinés : ou bien elle est définie comme une organisation, ou bien encore comme une activité.

En effet, et en premier lieu, l'administration publique constitue un ensemble d'autorités et d'organismes, chargés d'administrer les diverses collectivités territoriales (État et collectivités territoriales infra-étatiques : région, département, commune) ou d'assurer la gestion de multiples services publics (institutions spécialisées). En second lieu, ces organes assurent des activités au moyen desquelles il est possible de cerner l'administration publique. Outre que sont exclues les activités privées, ces activités, diverses, ont en commun tout d'abord d'être prises en charge pour satisfaire un certain nombre de besoins d'intérêt général : le maintien de l'ordre public d'une part, la satisfaction des autres besoins d'intérêt général d'autre part ; ensuite, d'être assurées sous l'autorité ou le contrôle du gouvernement.

Cette présentation succincte de l'administration publique, prise dans son sens organique et son sens matériel, appelle deux remarques, sur le fond et sur l'accès aux connaissances.

Tout d'abord, en tentant de définir ce qu'est cet objet « administration publique », certaines difficultés n'ont pas pour autant été écartées. Non seulement il faudrait encore apporter des réponses à de multiples questions (que signifient « service public », « intérêt général », comment s'expriment et s'affirment l'« autorité » et le « contrôle » du gouvernement...), mais encore il convient de remarquer que chaque réponse renvoie à son tour à d'autres questionnements. Pour celui qui acquiert les connaissances, cette situation est parfois déroutante : alors que l'on croit avoir cerné une notion, celle-ci paraît se dérober, laissant la place à une interrogation à laquelle il convient à nouveau de répondre, et dont la réponse provoque à nouveau



d'autres interrogations... Imperceptiblement pourtant, il acquiert simultanément les clés de compréhension des principales articulations du droit administratif.

Ensuite, et sur le fond, après avoir posé la proposition selon laquelle le droit administratif est le droit applicable à l'administration publique, il faut immédiatement se rétracter, au moins partiellement. En effet, une telle proposition n'est certes pas inexacte mais est insuffisamment précise pour être totalement vraie. Ainsi, une part importante de l'activité administrative échappe à l'emprise du droit administratif, le droit privé pénétrant dans la sphère des services publics, notamment des services publics à caractère industriels et commerciaux (gestion privée des services publics). De même, ce n'est que lorsqu'ils assument une fonction administrative que les organes étatiques sont soumis au droit administratif : bien qu'ils constituent incontestablement des services publics, la justice ou la législation échappent à l'application du droit administratif. On ne peut manquer en outre de signaler que, depuis une trentaine d'années, l'administration publique est en voie de « reconfiguration » qui, sous l'effet de divers facteurs, se traduit par une atomisation de l'appareil étatique et une mutation de ses modes d'intervention.

La délimitation du droit administratif au regard de son objet manque de rigueur, alors même qu'elle permet de donner une vue d'ensemble de son champ de description.

## II. L'idée de droit

Le droit administratif peut être appréhendé au regard de son contenu, à savoir comme un corps de règles juridiques. Alors, le droit administratif peut être compris dans un sens large ou dans un sens restreint.

La première hypothèse est celle où le droit administratif est le droit de l'administration, c'est-à-dire l'ensemble des règles juridiques qui déterminent les cadres de l'organisation et qui régissent l'action de l'administration publique, qui, en d'autres termes, permet l'accomplissement de la fonction administrative. La seconde hypothèse ne considère pas les personnes auxquelles s'applique le droit administratif mais envisage les règles spéciales, différentes du droit privé, qui sont principalement appliquées par les juridictions de l'ordre administratif, distinctes des juridictions de l'ordre judiciaire. Ces règles forment un ensemble autonome, bien qu'il ne s'applique pas seul

à l'administration publique, le droit privé pouvant également lui être applicable ; elles constituent au sens strict le droit administratif. On parle aussi de l'**autonomie du droit administratif**.

E. Laferrière a en vue cette dernière conception lorsqu'il affirme que le droit administratif se rattache à l'étude du contentieux administratif. Une telle assimilation, qui conduit notamment à présenter le droit administratif du point de vue contentieux, paraît aujourd'hui peu pertinente. Elle est de surcroît excessive lorsqu'elle suppose que le droit administratif, qui n'est pas codifié, trouverait sa source exclusive dans l'activité même de la juridiction administrative. Or, même si la source principale et spécifique du droit administratif, mais non exclusive, a résidé longtemps dans les arrêts du Conseil d'État, l'on assiste à une augmentation considérable des textes, d'origine tant nationale (lois, décrets...) que supranationales (conventions internationales, droits européens), dans une mesure telle que l'on en vient à dénoncer l'inflation normative. Cette progression invite sans aucun doute à reconsidérer la place de la jurisprudence au sein des sources du droit administratif.

Reste qu'il est impossible de négliger le rôle capital de la jurisprudence dans la formation de ce droit, et l'on doit rappeler que l'existence même d'un droit autonome résulte de la volonté du juge (affaire *Blanco*). En dépit des évolutions, cette discipline demeure aussi fortement marquée d'un esprit qui doit à la jurisprudence, ce qui peut expliquer certaines de ses caractéristiques (subtilité, pragmatisme...) qui rendraient son accès moins aisé.

### **III. Le droit administratif au cœur des rapports du droit et de l'administration**

Les relations qu'entretiennent le droit et l'administration permettent de saisir à leur tour la substance même du droit administratif. En effet, le droit administratif s'est historiquement élaboré comme, et constitue à la fois un instrument de l'action administrative et un instrument de soumission de l'administration au droit.

Le droit administratif reconnaît des pouvoirs importants aux autorités administratives, qui leur permettent de satisfaire leur mission de satisfaction de l'intérêt général. C'est pourquoi il semble « impossible, en bonne raison et en bonne justice, d'assimiler l'État à un simple particulier<sup>3</sup> ». Le droit administratif se présente aussi comme un **droit d'inégalité**, un droit de prérogatives, parmi lesquelles le pouvoir d'action unilatérale, les pouvoirs reconnus dans l'exécution des contrats administratifs, le pouvoir d'exécution forcée..., et cela en dépit d'un réel essor de la contractualisation, qui apparaît désormais souvent comme le mode courant de la relation administrative.

Ces pouvoirs ne sont exercés, au moins dans un État de droit, que dans le cadre des normes juridiques qui protègent les libertés contre l'arbitraire administratif. Par suite, l'action administrative est placée en permanence sous la menace d'un contrôle juridictionnel qui est toujours possible, puisque toute personne intéressée par une mesure excédant les pouvoirs de son auteur peut la soumettre à la sanction du juge. L'administration se trouve aussi soumise à un certain nombre de sujétions qui lui imposent d'intervenir dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission; elle est tenue d'agir conformément aux différents éléments de l'ordre juridique qu'exprime le **principe de légalité**.

Le droit administratif apparaît en conséquence comme assurant l'articulation, l'arbitrage entre les nécessités de l'action administrative, justifiée par l'intérêt général, et celles de sa limitation, en vue de la protection des administrés. À ce titre également, et parce qu'elle permet d'engager une réflexion sur la conception de l'État et celle des rapports entre sphère publique et sphère privée, l'étude du droit administratif, qui connaît à ce titre même des turbulences, révèle toute sa richesse.

---

3. Conclusions E. M. David sur T. confl., 8 févr. 1873, Blanco, Rec. p. 61.



# Méthodologie

---

**D**e manière générale, quelques principes élémentaires doivent ici être rappelés, dans la mesure où leur négligence est à l'origine sinon des échecs, du moins des insuffisances relevées régulièrement par les enseignants lors de la correction des copies. Ils ont trait, d'une part, à la compréhension de l'objectif poursuivi par l'évaluation et, par suite, à ce qui doit guider en permanence le travail de l'étudiant, d'autre part, à l'organisation matérielle de l'épreuve.

## A. L'évaluation

L'examen est souvent perçu comme une pure sanction. Il l'est évidemment en ce qu'il conditionne notamment la délivrance d'un diplôme universitaire, l'accès à la préparation de titres supérieurs. En revanche, s'il a pour objet de vérifier une aptitude, il ne faut pas se méprendre sur cette dernière. En effet quel que soit le type d'exercice — dissertation, étude de cas, commentaire — soumis à un étudiant en cours d'année ou lors de l'examen, il n'a jamais pour seule vocation de vérifier les connaissances acquises par lui, mais, principalement d'évaluer sa capacité à utiliser les connaissances à l'appui d'une démonstration. En d'autres termes, il s'agit non pas exclusivement de contrôler qu'un étudiant a bien appris son cours, mais qu'il est capable d'en mobiliser le contenu pour mener à bien un raisonnement, que ce soit dans la rédaction d'une dissertation, dans la résolution d'un cas pratique ou dans la discussion du texte qu'impose le commentaire.

Il en résulte que l'on doit abandonner cette idée que la première (voire : l'unique !) qualité d'un juriste est d'avoir une bonne mémoire. Cela signifie qu'il faut assimiler cette évidence qu'il est peu probable de bien apprendre sans avoir fait l'effort de comprendre, sans pour autant négliger le fait que l'incontournable effort de compréhension ne dispense nullement d'un effort de mémoire. Aussi, ne faut-il pas omettre d'aiguiser ni sa curiosité, ni son sens critique. Les connaissances acquises permettront la formulation des interrogations et accompagneront la résolution de ces dernières.

Au moment de l'apprentissage du droit administratif en deuxième année de licence, les sujets d'examen sont le plus souvent élaborés en faisant une part à la vérification qu'un effort de mémoire a été fourni. Toutefois, et pour l'essentiel, c'est de compréhension dont il s'agit, et ce en dépit des sensibilités propres à chaque enseignant, que l'on peut relever dans les sujets et leurs corrigés proposés ci-après.

Au-delà de cette communauté d'objectifs, les différents types d'exercice présentent des difficultés et spécificités propres, ce qui explique qu'il soit nécessaire de proposer des orientations méthodologiques pour chacun d'eux. Compte tenu de leur caractère abstrait, il est indispensable de les compléter par les corrigés qui les illustrent et les mettent en œuvre.

## B. L'épreuve

Eu égard à la durée de l'épreuve (généralement 3 heures, mais dans certaines universités la durée est moindre), plusieurs conseils doivent être formulés. Tout d'abord, il ne faut pas se précipiter sur le sujet mais prendre le temps de l'analyser pour éviter toute erreur dans son traitement ; cela est essentiel : comme il l'a été précisé, l'évaluation vise principalement à vérifier la capacité du candidat à mener cette analyse. Par conséquent, le travail préparatoire à la rédaction ne peut raisonnablement être réalisé en moins de trente minutes (sur la base d'une épreuve de trois heures). Ensuite, il est illusoire de vouloir rédiger l'ensemble du devoir au brouillon. Les étudiants qui procèdent de la sorte n'ont jamais le temps de le recopier et négligent la correction de la présentation formelle. En revanche, il n'est pas inutile de faire un brouillon pour l'introduction générale (et donc l'annonce du plan retenu), les principales articulations de la démonstration (transitions). Enfin, il faut savoir qu'une copie correcte n'excède générale-

ment pas 8-10 pages (d'une écriture moyenne et lors d'une épreuve de 3 heures) : l'évaluation n'est pas faite « au poids » mais à la qualité de la démonstration.

Formellement, il est indispensable de soigner l'écriture, afin que celle-ci soit lisible, de même que la présentation, en procédant notamment à une « mise en page » (titres pour les parties du devoir, paragraphes isolés les uns des autres...), et en s'abstenant d'utiliser des abréviations, même usuelles (SP, REP...). S'agissant de la rédaction même, il est nécessaire d'être attentif non seulement à la correction de l'orthographe mais également au style, et en particulier d'éviter les lourdeurs (par exemple en employant le « nous » au détriment d'une formulation impersonnelle, en abusant des mêmes expressions, en expliquant la démarche engagée avant d'en livrer les conclusions...). La simplicité et la correction du style sont bienvenues.

Il est fortement recommandé de conserver quelques minutes en fin d'épreuve afin de se consacrer à la relecture du devoir : elle permet notamment de corriger les fautes et d'ajuster la ponctuation (trop souvent oubliée ou anarchique).

## I. La dissertation

En dépit de la diversité des sujets susceptibles d'être à la base de la dissertation, et qui peut en orienter les conditions d'élaboration, le processus de construction de la dissertation repose sur différentes étapes.

### A. Analyse du sujet

Il s'agit sans nul doute d'une étape difficile. Dans la mesure où elle détermine largement la conduite de l'ensemble de l'exercice, il s'agit donc de ne pas la reléguer ou même la sacrifier. En particulier, il ne faut pas hésiter à y consacrer du temps, et ne pas se précipiter pour engager la rédaction. L'on prend en effet alors le risque de se méprendre sur le sujet et par suite de ne pas le traiter : toute hâte peut conduire à une erreur. De plus, il est nécessaire de rappeler que la dissertation ne saurait être assimilée à une « question de cours ». Par suite et en premier lieu, à un sujet donné ne doit jamais être substitué un chapitre du cours que l'on réciterait en guise de disserta-

tion ; en second lieu, alors même que le sujet correspondrait à un chapitre du cours, ce n'est pas la transcription de ce chapitre qui est attendue, mais une construction ordonnée des notions juridiques qui y ont été exposées.

C'est pourquoi le sujet doit être lu, relu et décortiqué. Il n'y a pas de recette miracle, et chaque sujet comporte ses propres difficultés comme l'on peut s'en rendre compte en reprenant les sujets corrigés ci-après. Toutefois, quelques indications peuvent être fournies.

Il est tout d'abord nécessaire de faire le point sur tous les termes du sujet. Il ne faut pas croire qu'il est inutile de s'arrêter à chacun d'eux pour tenter de poser une définition (ou de constater par exemple que les approches sont multiples), sans omettre d'être attentif à ce qui pourrait *a priori* apparaître comme un détail (par exemple, s'interroger sur l'utilisation du singulier ou du pluriel). Ensuite, la manière même dont est formulé le sujet peut être un guide pour l'aborder. Ainsi, l'utilisation d'un « et » n'invite pas à une juxtaposition des deux termes qui sont ainsi coordonnés, mais en général à leur confrontation ; de même, l'utilisation de l'interrogation doit conduire à s'assurer que l'on apporte, à proprement parler, une réponse à la question posée. Enfin, si inévitablement le sujet doit être abordé d'un point de vue juridique, il ne faut pas omettre de s'interroger sur d'autres dimensions possibles, parce qu'il est impossible d'isoler la règle juridique de son « milieu », que la vie administrative n'est pas cantonnée au droit.

Il n'est pas envisageable de procéder à une analyse correcte du sujet sans mobiliser les notions élémentaires auxquelles il fait appel. Reste que pour construire l'objet du devoir, il convient de faire un état des « matériaux » utiles et les rassembler. Ainsi, s'il n'est guère aisé d'avancer sans connaissance des règles du droit positif, la recherche des idées sera facilitée par l'insertion de ces dernières dans leur contexte, par un questionnement sur les conditions de leur apparition et des besoins qu'elles sont appelées à satisfaire, sur leur efficacité. On devra toujours se demander non seulement : « qu'est-ce que c'est ? », mais aussi : « à quoi ça sert ? »

Au terme de ce travail, il est utile de faire le point pour vérifier de ne pas être tombé dans trois écueils classiques, c'est-à-dire qu'il faut rechercher les omissions, les éléments hors sujet et les erreurs. Alors seulement l'on doit rechercher et élaborer un plan.



## B. Élaboration du plan

Deux remarques préalables s'imposent. En premier lieu, il faut s'abstenir de croire qu'existent des plans adaptables à tout sujet, sauf à adopter une présentation arbitraire du sujet, à le reléguer, voire à l'ignorer. En second lieu, il est nécessaire d'insister sur le fait qu'aucune règle n'impose l'adoption d'un plan constitué de deux parties. Il est aussi possible, et parfois judicieux, de retenir un plan en trois parties. Ce qui compte en effet est que le plan retenu corresponde aux principales articulations du sujet et puisse constituer l'ossature d'une démonstration logique. C'est pourquoi, chaque partie sera ordonnée en sous-parties. Cela étant dit, trois principales perspectives peuvent être retenues, lesquelles correspondent à trois sortes de plans.

Le **plan chronologique** consiste à reprendre une évolution historique, et à la scinder en deux ou trois dates qui en constituent les césures.

Le **plan analytique** est sans doute le plan le plus aisé à établir, dans la mesure où, le plus souvent (car ce n'est pas systématique), il reprend des « approches types » : statut/fonction, ressemblances/différences, notion/régime, composition/mission, théorie/pratique, entrée/exercice/sortie de fonction, etc.

Le **plan synthétique** apparaît plus difficile à construire et est souvent jugé (à tort) plus périlleux par les étudiants. À l'inverse des deux précédents, il permet d'éviter la simple description : il consiste en effet à défendre une thèse au moyen de deux ou trois arguments qui constituent les parties du devoir.

## C. Rédaction

Il est pertinent de rédiger l'introduction après avoir élaboré le plan, bien que, formellement, la vocation essentielle de l'introduction soit de conduire au plan.

### 1. Introduction

L'introduction comprend différents éléments.

Elle débute par une attaque (ou approche) dont le choix vise à accrocher l'attention du lecteur. C'est pourquoi, l'on ne doit pas s'interdire de

débuter le propos par une citation ou une anecdote, ou bien encore en mettant en évidence un paradoxe. La recherche d'une forme de séduction ne doit pas cependant faire perdre de vue l'idée que l'attaque doit être au cœur du sujet : mieux vaut y demeurer que de chercher uniquement à briller en faisant état de sa culture... dans un domaine étranger au sujet. L'attaque est d'autant plus efficace qu'elle est brève.

Elle se poursuit par un développement plus substantiel. Il constitue le cœur de l'introduction en ce sens qu'il doit rendre compte de l'analyse du sujet, soulever une problématique à laquelle le plan retenu constitue une réponse. Cela explique d'une part, que le contenu de ce développement varie en fonction du sujet et des questionnements qu'il a suscités, d'autre part, qu'il puisse comprendre la mention de l'intérêt du problème, des éléments relatifs à son évolution, aux facteurs de sa solution, ou encore fasse mention de données de droit comparé, cela en fonction du « type » de plan retenu. Cette fraction de l'introduction est, eu égard à son objet, la plus importante de l'introduction puisqu'elle rend compte de la compréhension du sujet, et justifie autant qu'elle éclaire le plan adopté.

Elle se clôt par l'annonce du plan retenu. Il convient d'éviter un énoncé trop empreint de lourdeur (par exemple : « nous verrons dans une première partie », etc.), et à ce titre il est préférable de procéder par l'affirmation.

## 2. Corps du devoir

Le corps du devoir permet le « déroulement » du plan.

Il convient de **faire apparaître le plan**, en affectant à chaque partie (I, II...) et à chaque sous-partie (A, B, C...) un intitulé. Ce dernier doit être concis, bref, et cela de préférence à une phrase, ou à un fragment de phrase. Bien que rien n'exige l'expression formelle du plan, et même si son absence n'est généralement pas sanctionnée, elle est fortement recommandée. En effet, par l'effort de synthèse qu'elle suppose, elle permet de s'assurer de la cohérence de l'articulation générale du plan lui-même et de l'adéquation entre les articulations et les développements : il n'est pas rare que l'on ait des difficultés à trouver un titre lorsque, dans les développements que ce titre est censé regrouper, règne... un important désordre. La recherche de l'intitulé permet alors de s'en rendre compte, de rectifier l'exposé et de s'assurer de sa logique.

Une fois l'intitulé de chaque partie posé, il est suivi d'une phrase brève introduisant les sous-parties.

Ces dernières sont constituées de paragraphes, dont la construction repose sur un énoncé simple : un paragraphe, une « idée ». Cette idée est tout d'abord exprimée, puis illustrée et démontrée (grâce à la mobilisation des connaissances acquises).

### 3. Conclusion

Quant à la conclusion, elle ne s'impose que si l'on a quelque chose à dire. En d'autres termes, elle est peu utile si l'on souhaite s'y borner à résumer (ou à revenir sur ce qui a déjà été dit), mais elle est bienvenue si elle ouvre sur des développements nouveaux.

## II. Le commentaire de texte

L'objet du commentaire peut être une décision juridictionnelle (arrêt ou jugement), un texte normatif (loi, règlement...) ou encore un extrait d'une réflexion émanant d'un théoricien ou d'un professionnel du droit (article de doctrine, article de presse, conclusions d'un rapporteur public, intervention à un colloque...), voire même, mais beaucoup plus rarement, une image ou un dessin (organigramme d'un ministère par exemple).

Bien que la démarche générale soit toujours la même, une distinction est ici opérée selon que l'on a affaire à une décision juridictionnelle, un texte officiel ou à d'autres types d'écrits. Dans tous les cas, le commentaire peut être élaboré selon un processus qui peut être le suivant.

### A. Découverte et premiers repérages

Il convient de prendre connaissance avec attention, au besoin à plusieurs reprises, du document. À ce stade de la « découverte », il est nécessaire de répondre à plusieurs questions, afin d'établir quelques repères : quel auteur ? quelle date ? quel contexte ? quel lieu ? quel propos ? quel objectif ?

S'agissant d'une **décision juridictionnelle** :

– la juridiction dont elle émane (tribunal administratif, cour administrative d'appel, Conseil d'État, Cour européenne des droits de l'homme, Tribunal des conflits, Cour de cassation, juridiction spécialisée...), et au besoin la formation dont elle émane (par exemple, s'agissant d'un arrêt rendu par le Conseil d'État, être attentif au caractère plus ou moins solennel pouvant lui être ainsi donné);

- sa « nature » : jugement, arrêt, ordonnance...;
- la nature du recours ayant provoqué la saisine de la juridiction;
- les faits et la procédure au terme desquels le juge est saisi;
- la ou les questions posées au juge;
- les réponses qu'il apporte à ces questions;
- la date de son intervention.

S'agissant d'un **texte officiel** :

- son auteur (préfet, ministre, maire, Parlement, instances européennes...);
- sa nature : acte normatif (norme constitutionnelle, législative, réglementaire, acte individuel, décision d'espèce...), circulaire, rapport...;
- sa date;
- son objet.

S'agissant des **autres écrits** :

- son auteur et sa qualité (professeur de droit, administrateur, autorité politique, membre d'une juridiction administrative...) afin de saisir « d'où », de « quel lieu » provient le « discours ». Il peut ne pas être inutile, au besoin, de situer le texte au sein de l'œuvre de son auteur;
- sa date;
- son objet;
- les « thèses » éventuellement défendues et les arguments développés.

On se borne principalement au cours de cette étape à établir de simples constats. L'étape suivante doit permettre la compréhension du fond du texte.

## B. Sélection et analyse des éléments clés

À ce stade du travail, il est nécessaire de sélectionner et d'isoler les éléments clés qui feront l'objet du commentaire, et d'en faire l'analyse. Cette tâche doit être l'objet de toutes les attentions. Il semble en effet que ce soit alors que nombre d'étudiants se méprennent tant sur l'intérêt du document à commenter que sur l'objet du commentaire : saisissant un mot, une question du texte qui leur évoque une partie du cours, ils se mettent à faire état de leurs connaissances sous la forme d'une dissertation en oubliant et reléguant le document objet de l'exercice. Si le texte ne peut pas plus être un prétexte à une dissertation sur un « sujet libre » déterminé par le candidat, le commentaire ne saurait davantage être une simple paraphrase du texte. L'exercice suppose un effort de compréhension et d'appréciation.

S'agissant d'une **décision juridictionnelle**, les questions posées au juge et les réponses apportées ont été établies lors de l'étape précédente. Il convient ici, et pour chacune d'elles, de se livrer à trois types d'exercice.

En premier lieu, il convient de reconstituer le raisonnement qui a dû être celui du juge pour parvenir à apporter la réponse à la question posée. Pour ce faire, il est nécessaire de s'appuyer sur les motifs de la décision et de fournir un effort de réflexion. Au besoin, on peut tenter de formuler ce qui ne figure pas explicitement dans la décision juridictionnelle. En effet, l'on constate souvent, parfois pour le déplorer, que le juge, et le juge administratif en particulier, est (malgré de notables évolutions) très concis, n'expose pas avec précision toutes les étapes de son raisonnement. C'est ce qu'il convient ici de faire pour mener le commentaire.

En deuxième lieu, la solution apportée par le juge à chaque question qui lui était posée doit être replacée dans l'évolution du droit, en particulier de la jurisprudence, d'où l'intérêt qu'il y a à avoir repéré la date de la décision (et à... connaître son cours !). En d'autres termes, il s'agit, en faisant appel à ses connaissances, de poser les solutions antérieures et/ou les solutions postérieures (selon la date de l'arrêt), puis de les confronter à la solution à commenter, afin de relever et formuler les avancées, les reculs, la permanence des solutions ou au contraire les ruptures. L'on doit ici remarquer que l'arrêt à commenter, comme se l'imaginent souvent les étudiants, n'est pas nécessairement « le grand arrêt » de l'année, mais le plus souvent une

décision juridictionnelle qui précise et affine le droit antérieur, voire se contente de l'appliquer. C'est pourquoi, il faut éviter les qualificatifs, parfois ridicules parce qu'erronés, que l'on retrouve dans certaines copies, tels « la Haute Juridiction bouleverse totalement le droit de... » lorsqu'il s'agit d'une décision qui se contente d'appliquer des solutions juridiques tout à fait stables. Cela ne signifie cependant pas qu'aucune appréciation ne puisse être portée.

En troisième lieu en effet, il est nécessaire de faire état de son appréciation personnelle. Pour ce faire, et parce que toute décision vise à résoudre une difficulté, l'on peut notamment se poser les questions suivantes : la réponse apportée est-elle adéquate ? ne risque-t-elle pas de créer de nouvelles difficultés ? n'ouvre-t-elle pas la voie à des avancées futures ? peut-on établir des analogies avec d'autres domaines ? facilite-t-elle la lisibilité du droit ? etc. Il ne faut pas de plus ignorer les différents points de vue susceptibles d'être adoptés (celui du justiciable, celui du juge, celui de l'observateur...), et se souvenir toujours que le juge ne rend pas des décisions pour divertir les étudiants en droit des universités (et leurs enseignants...), mais pour résoudre des litiges dont l'importance peut certes paraître *a priori* vénielle, mais qui est sans doute fondamentale pour le justiciable, en raison de ses effets concrets. En d'autres termes, il est indispensable d'exercer son sens critique, sans toutefois tomber dans les excès de l'éloge ou du reproche systématiques.

S'agissant d'un **texte** (qu'il soit ou non officiel, ou non normatif), l'objectif poursuivi est de dégager les traits essentiels de la pensée de l'auteur du texte, de l'esprit d'un texte normatif, puis d'apprécier le contenu ainsi mis en évidence par rapport à l'évolution de la réflexion juridique et du droit positif.

Les mots clés, les idées-force du texte ont été repérés lors de l'étape précédente. Ce faisant, une sélection a été opérée entre le principal et l'accessoire. Cette sélection peut être vérifiée lors de la recherche et la découverte de la **clé du raisonnement** de l'analyse théorique ou doctrinale menée, ou de la **finalité** poursuivie par le texte normatif ou le document officiel.

À ce stade du travail, il est nécessaire de procéder à une double mise en perspective, à savoir situer le texte dans son contexte et en évaluer le contenu.

Tout d'abord, le texte est inséré dans un « contexte ». Historiquement il est daté ; par suite, il convient, en faisant appel aux connaissances acquises, de le replacer dans l'évolution des idées ou dans l'évolution du droit positif. S'il s'agit d'un texte doctrinal, on s'interrogera sur sa place dans l'œuvre de son auteur, au besoin dans un courant de pensée ; s'il s'agit d'un texte officiel, on s'interrogera sur l'évolution des réponses apportées, des objectifs poursuivis, ainsi que sur les éventuelles difficultés de son adoption.

Ensuite, le texte doit être analysé dans son contenu. Cela signifie notamment qu'après avoir isolé les règles posées, les idées énoncées, il faut se livrer à une appréciation de la logique des idées, de la pertinence des arguments et de la qualité des exemples retenus pour illustrer le propos (pour un document d'ordre doctrinal), de la cohérence de la règle posée par rapport à son fondement, sa portée, sa pertinence au regard du besoin qu'elle a vocation à satisfaire, son efficacité, ses éventuels effets pervers (pour un texte normatif). Ce faisant, il est possible de noter les éléments ou raisonnements susceptibles d'être approuvés ou au contraire contestés, et en cas de désaccord, il est possible d'énoncer des propositions.

## C. Construction du commentaire et rédaction

Le travail préparatoire réalisé précédemment permet de construire, puis de rédiger le commentaire. Il faut par suite ordonner et rendre compte, clairement et simplement, de l'analyse précédemment réalisée. La rédaction procède des mêmes exigences que dans le cas d'une dissertation (on se reportera donc à cette rubrique). Aussi, seules quelques indications spécifiques seront formulées ci-après.

S'agissant d'une **décision juridictionnelle**, une première difficulté peut résider dans sa facture. En effet, elle peut soulever une question juridique unique, ce que certains désignent sous l'expression de « point de droit » (expression qu'il convient d'éviter tant elle est source de confusions). Mais le litige porté à la connaissance de la juridiction peut nécessiter, ce qui est le plus fréquent, la résolution de plusieurs questions. Dans cette hypothèse, il convient alors de s'assurer d'avoir dissocié l'essentiel de l'accessoire, même si une telle partition peut parfois paraître peu aisée. Déterminer ce qui, dans la décision juridictionnelle, est son objet principal,

central, résulte évidemment tant de son analyse que de la mobilisation des connaissances pouvant y avoir trait. Il s'agit aussi de se placer du point de vue du litige lui-même. Toutefois, si l'on se situe du seul point de vue de l'épreuve, on peut user d'une « astuce » (mais qui n'est rien d'autre qu'une astuce...) consistant à s'interroger sur ce qui pourrait justifier sans doute que la décision en cause ait été choisie par l'enseignant pour réaliser un commentaire, notamment au regard de ce qui a été traité en cours.

Généralement, le contenu de la décision détermine la structure du commentaire. Ce dernier se présente sous la forme classique d'une dissertation, avec une introduction, une démonstration organisée autour d'un plan, une conclusion.

L'introduction comporte des caractères spécifiques : après avoir signalé par une brève phrase le domaine sur lequel porte la décision, il convient de rapporter les faits, puis la procédure qui ont conduit à la saisine de la juridiction. Il est préférable d'y procéder d'une part en respectant la chronologie, afin de faciliter la compréhension, d'autre part de façon neutre, afin de ne pas débiter le commentaire lui-même dès l'introduction. L'importance quantitative de cette fraction de l'introduction dépend donc du litige lui-même, elle peut être fort brève comme assez longue (les faits, par exemple, n'ont pas en général la même importance dans le cas d'un contentieux de l'annulation et dans celui d'un contentieux de la responsabilité). Ensuite, il ne faut pas omettre de faire état explicitement de la nature du recours dont est saisie la juridiction, de ce qu'est la juridiction saisie (par exemple, le Conseil d'État, saisi d'un recours en cassation...). Enfin, il faut formuler la question posée au juge, la réponse apportée, et, partant, annoncer le plan retenu.

S'agissant d'un **texte** (qu'il soit ou non officiel, ou non normatif), la présentation du commentaire est similaire. Reste que l'introduction présente également des spécificités : après avoir indiqué brièvement l'objet du texte, les circonstances de l'édition ou de la rédaction du texte doivent être mises en évidence (ce qui figure ci-dessus sous l'expression de « contexte »); de même, et au besoin, convient-il de situer son auteur et son œuvre. Alors, sont énoncées les principales questions soulevées par le texte et, à partir de l'appréciation portée sur son contenu, est énoncé le plan.

Quelle que soit la nature du document dont est objet le commentaire, ce dernier comporte des développements et une conclusion, dont l'élaboration n'appelle pas de remarque particulière. Il est toutefois possible de souligner qu'il est préférable de présenter les développements sous la forme



d'un plan construit à partir, d'une part, des éléments clés qui ont été isolés et, d'autre part, des enseignements tirés de l'analyse à laquelle il a été procédé lors de l'étape précédente, puisque ce plan est destiné à en rendre compte. À l'inverse de la dissertation où elle ne se justifie pas nécessairement, le commentaire impose la rédaction d'une conclusion : elle doit permettre de dégager des perspectives, d'ouvrir sur des développements nouveaux, sans qu'il soit besoin, évidemment, de les traiter (ce qui justifie que la conclusion puisse — et doive — être relativement brève).

### III. L'étude de cas

Sous l'expression « étude de cas » l'on regroupe ici différents exercices que l'on désigne usuellement par « cas pratique », « consultation juridique », « commentaire dirigé »... Le vocabulaire utilisé traduit la diversité des exercices : il n'existe pas d'étude de cas type, comme en attestent d'ailleurs — de manière non exhaustive — les sujets et corrigés proposés ci-après. Deux éléments permettent toutefois d'affirmer l'unité de ces exercices.

Il a pour objet la résolution de problèmes dont l'énoncé figure sous forme de questions. Ces dernières permettent principalement un rapprochement de la réalité de la pratique ; mais elles peuvent n'avoir pour seul objectif que de vérifier une connaissance, ou encore l'agilité d'esprit dont peut faire preuve le candidat. De manière négative, on peut dire que l'étude de cas n'engage pas des questions abstraites dont la réponse rapprocherait cet exercice de la dissertation.

D'ailleurs, les questions appellent certes des réponses argumentées, et ce faisant exigent évidemment un minimum de démonstration ; en revanche, l'exercice procède d'une partition alors que la dissertation se caractérise par l'unité. Ce qui explique sans doute que, compte tenu de l'inégale difficulté des questions, les notes susceptibles d'être obtenues puissent être très élevées (ce qui est plus rare pour une dissertation).

Dans la mesure où l'exercice consiste à répondre à des questions, les indications méthodologiques pourraient être réduites à un conseil : répondre à ces questions directement et complètement, de la manière la plus appropriée. Quelques précisions méritent toutefois d'être apportées.

Généralement, cet exercice s'appuie sur un énoncé relativement long, puisque les questions s'appuient, ou font suite, à un texte. Il en résulte que la **lecture du texte** ne peut être superficielle, mais doit être précise en vue d'un premier repérage des éléments propres à répondre avec pertinence aux questions posées. Parmi les aptitudes propres au juriste figure le soin avec lequel il est capable de saisir certaines indications livrées par le texte, en faisant notamment la part entre ce qui est utile à la résolution juridique du problème et ce qui relève d'indications superficielles, voire anecdotiques. Le candidat doit pouvoir montrer qu'il est astucieux, dès ces premiers repérages.

En principe, l'auteur de l'exercice a cherché à le confectionner avec logique : il est donc préférable de répondre dans l'ordre aux questions posées (une exception pourrait être admise dans le cas d'une question relevant de la simple interrogation sur des connaissances). Le respect de cet ordre, outre qu'il constitue le plus souvent une aide au raisonnement du candidat, permet d'éviter des répétitions, mais aussi de repérer en quel « lieu » l'auteur de l'exercice cherche à guider le candidat. Formellement, il suffit de poser la numérotation des questions et y répondre : nul besoin d'introduction, de conclusion, ni même d'une reproduction manuscrite de la question (sauf si cette dernière permet à l'étudiant de « s'imprégner » de la question posée). Quant à la **répartition du temps** qui peut être consacré à chacune des questions, une indication peut être fournie par le nombre de points qui leur est attribué, lequel correspond normalement à leurs difficultés respectives.

Précisément, il faut être particulièrement scrupuleux dans l'**examen de la question posée**. Cela signifie qu'il faut impérativement éviter de se précipiter dans la rédaction de la réponse avant d'avoir la certitude d'avoir compris ce qui est demandé. Une telle attitude conduit trop souvent certains à réciter une partie du cours qui paraît « coller » à la question. Or, et alors même qu'il est fait état d'une connaissance parfaite du cours, elle ne sera pas prise en compte dans l'évaluation. La précipitation comme l'inattention sont aussi redoutables. Cela impose, de plus, que pour s'assurer de la compréhension de la question, il soit nécessaire d'être particulièrement attentif aux indications comprises dans le texte qui en est le support direct, et qui ont dû être relevées lors de la première lecture. L'une et l'autre étant inséparables, une nouvelle lecture peut s'avérer nécessaire, au moins pour procéder à quelques vérifications. Alors seulement peut être établi le lien entre la règle de droit et la situation d'espèce qui fixe le cadre de la réponse.

L'exercice a moins pour objet de vérifier l'exactitude des connaissances que d'apprécier l'aptitude au raisonnement. Aussi, si la réponse à apporter suppose l'énoncé de la règle applicable à l'espèce, elle ne doit pas s'y limiter, mais rendre compte de son application à l'espèce, dont est déduite la solution proposée : aucun de ces trois éléments (**règle, application, solution**) ne doit être omis. Ce faisant, alors même que la solution proposée est erronée (en raison par exemple d'une erreur sur l'interprétation de la règle applicable), la rectitude du raisonnement peut suffire à emporter la conviction du correcteur.

Les épreuves pratiques plaçant le candidat dans une situation familière (demande de renseignement d'un ami ou consultation de l'étudiant promu avocat par exemple) permettent d'apporter trois indications précieuses sur la résolution de l'étude de cas : quelle que soit sa forme d'ailleurs, il peut être secourable de conserver à l'esprit cette situation. En premier lieu, il est possible de proposer plusieurs solutions, après avoir pris soin d'exposer l'analyse ayant conduit à chacune d'elles. Alors, il est nécessaire d'apporter une appréciation sur leurs valeurs respectives. En deuxième lieu, celui qui consulte un avocat attend de ce dernier une réponse concrète et complète au problème qu'il lui a soumis : cette réponse suppose certes une connaissance du droit (qui justifie la consultation), mais qui lui est, au fond, secondaire. C'est la raison pour laquelle, la réponse — qui doit être suffisante — ne saurait faire une trop grande place à l'exposé du droit positif, de son évolution et de son avenir... En troisième lieu, il ne saurait être déduit du jeu des « questions-réponses », que la présentation formelle n'exige aucun ordre.

Enfin, concernant les « questions » qui invitent au commentaire ou bien à un exposé d'ordre théorique dont le texte de base constituerait un prétexte, leur « réponse » suppose une démarche étroitement comparable à celles exposées ci-dessus, respectivement au titre du commentaire et de la dissertation, à laquelle on se reportera donc.



# La recherche documentaire

---

À proprement parler, et en ce qu'elle procède d'un approfondissement, la recherche documentaire vient se greffer sur un ensemble de supports utilisés en vue de l'acquisition élémentaire des connaissances, ce qui suppose un rapide retour sur ces derniers.

## I. Les supports de l'acquisition des connaissances

Classiquement, l'acquisition des connaissances procède en tout premier lieu de l'audition d'un cours, à l'occasion duquel sont prises des notes. Le plus souvent, l'oralité du cours est complétée par des documents écrits. Parmi ces derniers, un manuel et, pour les étudiants qui suivent les travaux dirigés, des documents de travaux dirigés (parfois des documents de supports de cours distribués à l'occasion de ce cours). Cet ensemble constitue la documentation élémentaire pour s'engager dans l'étude du droit administratif.

## A. Les manuels et traités

Ils sont nombreux, ce qui impose un choix, dans la mesure où il est préférable, au stade d'acquisition des données élémentaires du droit administratif, d'être fidèle à l'un d'entre eux. Comment opérer ce choix ? Il faut essentiellement tenir compte tout d'abord des recommandations de l'enseignant, dans la mesure où sa propre approche de la discipline s'accorde mieux avec un ouvrage qu'avec un autre, ou bien que tel ou tel ouvrage complète mieux ses analyses. Mais cela n'interdit nullement de prendre le temps de consulter les manuels en bibliothèque, d'en lire des extraits et de repérer celui qui apparaît le plus clair et le plus explicite. Reste que le volume de l'ouvrage ne doit pas être déterminant : que les paresseux retiennent que le volume ne détermine pas le programme... Par ailleurs, il faut être attentif à la date d'édition et de mise à jour de l'ouvrage, le droit évoluant en permanence. Enfin, on ne saurait y assimiler les ouvrages de QCM (questionnaire à choix multiple), qui ne peuvent en aucun cas se substituer à un manuel ou à un traité. On doit d'ailleurs recommander vivement de ne pas les utiliser dans la mesure où ils heurtent les principes qui fondent la formation d'un juriste (notamment par la dévalorisation du raisonnement et du travail d'écriture).

## B. Les documents de travaux dirigés

Ils ne doivent pas être négligés (comme ils le sont le plus souvent...) : outre qu'ils sont le support nécessaire aux séances de travaux dirigés, et qu'à ce titre ils doivent être lus et étudiés avant la tenue des séances, ils permettent en cours d'année, d'une part de familiariser son utilisateur avec la littérature juridique, la lecture des jugements et arrêts, etc. ; d'autre part, d'orienter des recherches par les références même qu'ils peuvent comporter.

Ce premier ensemble doit être complété par une lecture et une exploitation de l'actualité.

## C. L'actualité

Il s'agit, en premier lieu, de se tenir informé de l'actualité et, pour ce faire, l'étudiant rejoint le citoyen (qu'il est aussi !), et se livre par conséquent à la lecture d'un **quotidien d'information générale** de son choix. Si cette lecture peut ne pas être exhaustive, en revanche le suivi d'un journal télévisé ou radiodiffusé ne saurait s'y substituer de manière constante. À l'attachement à l'actualité, à l'endroit de laquelle on peut s'exercer avec profit à l'analyse juridique, doit s'ajouter l'information constante de l'actualité juridique. C'est pourquoi, il est important en second lieu de consulter les **revues juridiques**, de se familiariser à leur lecture, d'apprendre à utiliser leurs tables en vue d'éventuelles recherches. Parmi les revues les plus couramment utilisées, et dont les numéros de l'année devront être exploités comme complément au manuel et au cours :

- l'*Actualité juridique, Droit administratif* (AJDA, hebdomadaire depuis septembre 2002, autrefois mensuelle) ;
- la *Revue française de droit administratif* (RFDA, bimestrielle) ;
- la *Revue du droit public* (RD publ. ou RDP, bimestrielle) ;
- la *Semaine juridique. Administration* (JCP, éd. A).

Ces revues comportent des analyses mais également les textes, avis, arrêts et jugements, conclusions des rapporteurs publics...

## II. Les instruments de l'approfondissement

Lorsque l'on souhaite creuser une question, la première démarche est de se reporter à son manuel usuel et aux autres **ouvrages** de cette nature pour procéder à deux opérations. La première consiste à relever les différences et les similitudes dans la présentation et dans l'analyse, ce qui peut permettre de mettre en évidence les enjeux, les difficultés posées. La seconde conduit à relever les références bibliographiques (article de doctrine, thèse, conclusions, jurisprudence, rapport...) qui y sont faites, et de s'y reporter. Dans ces documents, il est également possible d'utiliser au besoin les références qu'ils comportent eux-mêmes. Il y a donc un fil à remonter, des **manuels et traités** aux sources qui ont nourri la pensée de leur auteur. Cela étant, il faut se

méfier de ne pas se noyer dans une documentation trop abondante au détriment de l'effort d'analyse que doit accompagner la lecture de cette documentation. Souvent l'utilisation d'un ou de deux manuels, des références des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, et l'exploitation d'un ou deux autres documents est suffisante au regard de ce qui peut être exigé d'un étudiant de deuxième année de licence.

Une deuxième voie est de lire et étudier les sources primaires. Nombre d'entre elles sont publiées dans les **revues juridiques**, mais l'on ne doit pas hésiter à utiliser un certain nombre de recueils :

– concernant les textes, on les retrouve évidemment au *Journal officiel*, mais l'on peut manier des instruments de travail fort commodes que sont les **codes officiels** : Code général des collectivités territoriales, Code général des propriétés des personnes publiques, Code de la justice administrative... Une mention particulière doit être faite au Code de l'administration, publié et commenté sous la direction de B. Stirn et S. Formery. À l'instar du Code administratif, le Code de l'administration n'est qu'une codification privée : il regroupe, outre le Code de justice administrative, l'ensemble des règles qui demeurent non codifiées relatives aux relations entre l'administration et les administrés, à l'organisation administrative des personnes publiques, ainsi que les principes et règles de l'action administrative ;

– concernant la jurisprudence, et compte tenu de son importance en droit administratif, est souvent recommandé le maniement de recueils d'arrêts commentés, en particulier des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, rédigés par des membres du Conseil d'État et des professeurs de droit (M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois) : cet ouvrage est composé d'une sélection d'arrêts, chacun étant suivi d'un commentaire qui embrasse un pan entier du droit administratif et qui fait le point sur la jurisprudence actuelle. La manipulation des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* ne dispense en aucun cas de consulter le *Recueil Lebon* : non seulement parce qu'une sélection est toujours subjective, mais parce qu'il faut apprendre à l'utiliser et à s'y orienter à partir de ses tables. Ce recueil, publié en principe annuellement, reproduit les arrêts du Conseil d'État ayant une certaine importance (parfois avec les conclusions du rapporteur public), de certaines décisions de juridictions qui lui sont subordonnées, du Tribunal des conflits. Elles y sont classées par ordre chronologique. En revanche, ce recueil ne reproduit pas les avis du Conseil d'État qui, en principe, sont secrets. Cependant, nombre d'entre eux sont publiés dans le rapport annuel



de cette institution. Il faudra donc s'y reporter. On consultera également avec profit les *Grands Avis du Conseil d'État* (ouvrage réalisé sous la direction de Y. Gaudemet, B. Stirn, T. del Farra et F. Rolin).

Outre qu'il est possible d'accéder à des banques de données juridiques par la voie de l'**Internet**, les internautes peuvent retrouver nombre de sources déjà citées sur ce média (par exemple concernant les revues ; le *Journal officiel*...). De manière générale, il est possible de s'orienter sur la toile à partir du portail « **Legifrance** » et de ses différents liens. Ainsi, l'on peut accéder aux sites des différents ministères, à ceux de différentes institutions (telles les assemblées parlementaires ou les autorités administratives indépendantes, par exemple) et des juridictions (ainsi le site du Conseil d'État qui reproduit le texte intégral ou le résumé des décisions les plus récentes, mais qui propose aussi... une visite de ses locaux), mais également de procéder à des recherches documentaires (notamment thématiques) gratuites.



# 1. Les sources du droit administratif

**Thème principal** Hiérarchie de normes

**Mots clés**

sources de la légalité, contrôle du juge, contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, principes généraux du droit, principes à valeur constitutionnelle, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, juge administratif

-----  
sujet donné et corrigé établi par :

**Delphine Costa**  
professeure

**SUJET**

**Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse**

Premier et second semestres 2007-2008 (mai 2008)\*

**Dissertation :**

Le juge administratif, juge constitutionnel ?

Durée : 3 heures.

-----  
\* En 2007-2008, à l'Université d'Avignon, fut poursuivie une expérience pédagogique ayant pour effet de regrouper les deux semestres de droit administratif de la deuxième année de licence en droit sur un seul semestre d'enseignement, à raison d'un volume horaire redoublé ; de la même façon, au demeurant, furent regroupés

## Analyse du sujet

**P**réalablement à la recherche d'un plan et à la rédaction du devoir, le **sujet doit être correctement cerné** en isolant les termes en présence, d'un côté, en les problématisant, d'un autre côté.

En premier lieu, s'agissant des **termes en présence**, des définitions larges doivent être, de préférence, retenues du « juge administratif » et du « juge constitutionnel ».

D'une part, le « **juge administratif** » renvoie à l'ensemble de l'ordre juridictionnel administratif, lequel est autonome et spécifique en droit français. Bien que le terme désigne toutes les juridictions administratives, le juge administratif suprême retiendra particulièrement l'attention. Le Conseil d'État a, en effet, pour rôle non seulement de trancher en premier et dernier ressort les litiges les plus importants (recours pour excès de pouvoir contre les décrets, par exemple), de connaître de tous les pourvois en cassation dans l'ordre administratif, mais aussi, à ces occasions, de fixer la jurisprudence qui s'impose à ce dernier. Dans le contexte actuel, le « juge administratif » désigne donc principalement le Conseil d'État, dans sa fonction jurisprudentielle.

De plus, le « juge administratif » doit être entendu comme celui qui opère un contrôle de légalité.

Quoique le terme de « légalité » soit devenu anachronique, précisément parce que ce n'est plus la Loi seule qui s'impose aux autorités admi-

nistratives, sous le contrôle de leur juge, il est unanimement retenu par la doctrine comme désignant la contrainte pesant sur ces autorités de respecter des règles juridiques régulières, dans toutes leurs activités juridiques. Au demeurant, le contrôle de légalité opéré par le juge administratif peut l'être à l'occasion de tout recours, d'excès de pouvoir d'évidence, mais aussi de plein contentieux, du moment qu'une question de légalité se pose à lui. Le « juge administratif » contrôle donc la régularité juridique d'une action administrative, plus spécifiquement d'un acte administratif.

En somme, le « juge administratif » exerce un contrôle de légalité, dont les contours sont tracés par la politique jurisprudentielle du Conseil d'État.

D'autre part, le « **juge constitutionnel** » semble aisément identifiable en droit français dans la mesure où il existe depuis l'avènement de la V<sup>e</sup> République, en 1958, un Conseil constitutionnel chargé du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel s'assure du respect par les lois dont il est saisi, après leur vote et avant leur promulgation, par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou, depuis 1974, soixante députés ou soixante sénateurs, de l'ensemble des règles ayant valeur

---

les deux semestres de droit des obligations sur l'autre semestre d'enseignement. Dans ces conditions, le programme couvre l'intégralité du **droit administratif général** : l'administration centrale et locale ainsi que les institutions spécialisées ; les actes administratifs unilatéraux et les contrats administratifs ; le service public et la police administrative ; la légalité ; la responsabilité ; le contrôle juridictionnel.

constitutionnelle, qu'il s'agisse de la lettre de la Constitution ou des principes de valeur constitutionnelle, inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans le Préambule de la Constitution de 1946 et, désormais, dans la Charte de l'environnement, ou dégagés par le Conseil constitutionnel lui-même.

Néanmoins, le terme de « juge constitutionnel » peut être entendu dans un sens plus large, comme celui de tout juge susceptible d'opérer un contrôle de constitutionnalité, autrement dit de respect de la règle constitutionnelle suprême par des règles juridiques inférieures, voire par des situations juridiques. Dans ce sens, le Conseil constitutionnel est un juge constitutionnel — si tant est que, par ailleurs, il puisse répondre aux critères de ce qu'est une juridiction, mais c'est un tout autre problème, qui ne doit pas retenir l'attention dans le contexte actuel — mais il peut n'être pas le seul dans notre ordre juridique, même si sa jurisprudence, notamment son interprétation de la Constitution et des principes constitutionnels, s'impose à notre ordre juridique. Tout autre juge — et de préférence la juridiction suprême de chaque ordre juridictionnel, Cour de cassation ou Conseil d'État — peut donc être entendu comme opérant un contrôle de constitutionnalité, non seulement des lois, mais aussi d'autres actes juridiques, voire de faits juridiques.

Autrement dit, le « juge constitutionnel » désigne toute juridiction qui opère un contrôle de constitutionnalité à l'occasion d'un litige qui lui est soumis.

En second lieu, une fois les termes du sujet isolés, le **problématique** peut, à son tour, être mise au jour. Du reste, l'avantage de déterminer avec précision les termes du sujet permet de révéler l'intérêt de ce dernier et d'en faire ainsi surgir la problématique.

En l'occurrence, en confrontant la définition retenue des deux termes en présence, il est aisé d'en trouver les **points de jonction** : d'un côté, un « juge administratif » opérant un contrôle de régularité des actes administratifs, guidé par la jurisprudence du Conseil d'État ; de l'autre, un « juge constitutionnel » opérant un contrôle de constitutionnalité de tout acte ou fait juridique, éclairé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. À la rencontre des deux, se dessine la **question centrale** soulevée par le sujet : le juge administratif peut-il opérer un contrôle de constitutionnalité ?

Cette question centrale se subdivise en d'autres **questions sous-jacentes**, sachant que le juge administratif désigne principalement la Haute Juridiction administrative : le Conseil d'État peut-il contrôler la constitutionnalité des actes administratifs ? Le peut-il des lois ? Peut-il interpréter les règles constitutionnelles ? Peut-il *proprio motu* dégager des principes à valeur constitutionnelle comme il le fait avec les principes généraux du droit ? Peut-il aboutir à un résultat similaire à celui d'un contrôle de constitutionnalité sans ouvertement opérer un tel contrôle ?

Cette dernière question invite alors à la prudence car elle nécessite de prendre la précaution de distinguer le contrôle formel du contrôle matériel. Le premier

type de contrôle désigne celui dont il est jusqu'ici question : un contrôle de la régularité juridique, notamment en s'assurant du respect par les règles inférieures des règles supérieures, singulièrement les règles constitutionnelles, mais aussi, ce qui est devenu coutumier au juge administratif, les règles issues des conventions internationales, dites règles conventionnelles. Le second type de contrôle renvoie au contenu de ces règles : ainsi, des principes de valeur juridique différente (principes à valeur constitutionnelle ; principes généraux du droit à valeur seulement supra-décrétale ; principes posés par des conventions internationales, de valeur intermédiaire entre la loi et la Constitution) peuvent avoir un contenu similaire (principes de liberté, d'égalité...). Or si le contrôle de conventionnalité opéré par le juge administratif est formellement distinct d'un contrôle de constitutionnalité, il aboutit matériellement à un résultat comparable.

Par ailleurs, la question centrale soulevée par le sujet — le juge administratif opère-t-il un contrôle de constitutionnalité ? — présente un **intérêt**, puisqu'une première réponse peut être apportée sans hésitation. Il est de jurisprudence constante que le juge administratif se refuse à contrôler la constitutionnalité des lois. Mais cette première réponse est d'évidence insuffisante, car non seulement le juge s'autorise à contrôler la constitutionnalité des actes administratifs en dehors de tout écran législatif, mais en outre il s'offre dorénavant de nombreuses possibilités lui permettant d'opérer soit un véritable contrôle de constitutionnalité des lois,

soit un contrôle qui s'en approche par ses résultats.

Ainsi, la **problématique** sous-tendue par le sujet consiste bien à se demander si le juge administratif opère un contrôle de constitutionnalité, en précisant à quelle occasion et de quelle manière. Cette question est loin d'être incongrue à l'heure où le Conseil d'État s'assure avec imagination et audace du respect par notre ordre juridique des règles qui s'imposent à lui, qu'elles soient d'origine constitutionnelle, conventionnelle ou de droit communautaire dérivé, lequel présente de grandes spécificités.

Les réflexions qui précèdent sont nécessaires à la compréhension du sujet et à son correct traitement. Du reste, nombre d'entre elles peuvent nourrir l'**introduction générale** du devoir, laquelle permet précisément de montrer que le sujet est bien compris. De plus, elles sont le préalable à la construction du plan du devoir, qui doit traduire l'argumentation retenue afin de répondre aux questions soulevées par le sujet.

Si aucun **plan** n'est parfait et si chaque sujet peut être traité de multiples manières différentes, un plan peut néanmoins être proposé qui soit le reflet fidèle des réflexions menées jusqu'à présent. En effet, à la question centrale posée, la réponse semble d'emblée négative, mais tout l'intérêt consiste à montrer que la réponse peut être positive, dans certaines situations. Autrement dit, le choix ici arrêté relève la jurisprudence traditionnelle en **introduction**, car il paraît inutile de s'y appesantir, tandis que la jurisprudence

administrative récente nourrira l'argumentation générale relatée dans les

développements. Si conclusion il y a, elle s'ouvrira à l'actualité juridique.

## Corrigé

« **E**n l'état actuel du droit public français, [le] moyen [de contrariété d'une loi aux lois constitutionnelles de 1875] n'est pas de nature à être discuté devant le **Conseil d'État** statuant au contentieux » : c'est en des termes clairs et fermes que la Haute Juridiction administrative affirma, dans l'arrêt de Section *Sieur Arrighi* du 6 novembre 1936, qu'il lui était impossible de s'assurer de la constitutionnalité des lois. Cette affirmation de principe fut maintes fois réitérée, en dépit des évolutions de notre système juridique et des changements de Constitution. Notamment, alors que dans un arrêt du même jour, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État admettait enfin de contrôler la conventionnalité des lois, elle se refusa à opérer un contrôle comparable au regard de la Constitution en des termes dénués d'ambiguïté : « Il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la constitutionnalité [d'une] loi... » (CE, Ass., 20 oct. 1989, *Roujansky*; voir aussi CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette, M<sup>me</sup> Lipietz et autres*).

Sous la v<sup>e</sup> République, cette situation peut aisément s'expliquer, dans la mesure où il existe, en droit français, depuis son instauration en 1958, un organe chargé

du contrôle de la constitutionnalité des lois : le **Conseil constitutionnel**. Au demeurant, c'est à l'existence de ce dernier que se réfère le Conseil d'État lorsqu'il rappelle encore, de façon didactique, dans un arrêt du 5 janvier 2005, *M<sup>lle</sup> Y... et M. X...*, que « l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation; qu'il ressort des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ».

Dans ces conditions, d'évidence, le **juge administratif n'est pas un juge constitutionnel**.

Pourtant, cette première affirmation mérite d'être précisée d'abord, nuancée ensuite, contredite enfin, à la lueur de la jurisprudence administrative.

Elle mérite **précision**, car le contrôle de constitutionnalité auquel refuse de se livrer le Conseil d'État porte sur les seules lois et, encore, à quelques exceptions près.

Elle mérite également **nuances**, dans la mesure où le haut magistrat administratif précise lui-même que la Constitution peut l'habiliter à contrôler les lois, comme il le rappelle à propos de l'article 55 dans l'arrêt du 5 janvier 2005 précité, comme la jurisprudence récente le montre au regard de l'article 88-1.

Elle mérite **contradiction**, car de brèche en assaut jurisprudentiel, le Conseil d'État aboutit, par de subtils procédés de technique juridique, à un résultat comparable à celui d'un contrôle de constitutionnalité de la loi, qu'il interprète la Constitution ou qu'il contrôle directement la constitutionnalité des lois.

En somme, il arrive que le juge administratif soit un juge constitutionnel, qu'il agisse de façon **ostensible** ou avec davantage de **discrétion**.

## I. Le juge administratif, un juge ostensiblement constitutionnel

Le juge administratif se comporte ouvertement en juge constitutionnel quand il n'est pas confronté à une règle proprement législative ou bien lorsqu'il est habilité par la Constitution elle-même à opérer un contrôle de constitutionnalité.

### A. Le juge administratif, juge constitutionnel des actes administratifs

Ainsi qu'il a été rappelé, dans son contrôle de la régularité juridique de l'ac-

tion administrative, le juge administratif refuse d'opérer le contrôle de la constitutionnalité des lois. Autrement dit, lorsqu'il contrôle un acte administratif pris sur le fondement d'une loi, cette dernière fait « **écran** » entre l'acte litigieux et la Constitution, empêchant le contrôle de constitutionnalité ensemble de l'acte administratif et de sa base légale. *A contrario*, en l'absence de loi, nul écran empêche le juge de vérifier la constitutionnalité de l'acte administratif. L'écran législatif ne s'interpose pas dans deux situations distinctes : en l'absence de loi, comme l'illustrent les règlements autonomes, ou encore en présence d'une simple loi d'habilitation.

#### 1. Le juge administratif, juge constitutionnel des règlements autonomes

Lorsqu'aucune loi ne fait écran entre un acte administratif dont le juge contrôle la légalité et la Constitution, alors ce dernier peut contrôler directement sa constitutionnalité. Tel est le cas quand le juge administratif contrôle la légalité des **règlements** dits « **autonomes** », ceux qui n'ont pas de base textuelle législative (art. 37 Const.). C'est ce qu'affirme le Conseil d'État dans un arrêt de Section du 12 février 1960, *Société Eky*, où il constate que le pouvoir réglementaire, dans la détermination des infractions contraventionnelles, a fait une « exacte application de la Constitution ». Au demeurant, la Haute Juridiction administrative opère, dans cette espèce, un contrôle de constitutionnalité au regard des principes posés par la Déclara-



tion des droits de l'homme et du citoyen, plusieurs années avant que le Conseil constitutionnel y procède également.

## 2. Le juge administratif, juge constitutionnel des actes administratifs pris sur le fondement d'une loi « transparente » d'habilitation

Quand une loi se contente d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir pour fixer les règles juridiques s'appliquant en un domaine particulier, sans poser aucun principe, ni aucune règle de fond, elle est regardée par le juge administratif comme étant « **transparente** ». Par conséquent, elle ne peut s'interposer entre l'acte réglementaire auquel elle sert d'habilitation législative et la Constitution, ce qui permet au juge administratif de confronter directement l'un à l'autre. Le raisonnement du Conseil d'État est clairement établi dans son arrêt du 17 mai 1991, *Quintin*, où des dispositions réglementaires prises sur le fondement d'une habilitation législative ne sont pas contraires à un principe constitutionnel (voir aussi CE, 10 oct. 1997, *Fédération nationale des experts-comptables*).

La technique de l'**habilitation** se retrouve dans le contrôle de constitutionnalité qu'opère le juge administratif lorsqu'il y est autorisé par la Constitution elle-même.

## B. Le juge administratif, juge constitutionnel sur habilitation de la Constitution

Le mécanisme de l'habilitation constitutionnelle a été imaginé à l'occasion du contrôle qu'exerce le juge administratif au regard des conventions internationales et, désormais, du droit communautaire dérivé.

### 1. Le juge administratif, juge constitutionnel de la conventionnalité des lois et des actes administratifs (art. 55 Const.)

Jusqu'à l'arrêt *Nicolo*, le juge administratif considérait qu'il ne pouvait pas contrôler le respect des conventions internationales par les actes administratifs, hormis quand le contrôle pouvait être opéré directement (respect par un décret d'extradition d'une convention internationale d'extradition, sous l'empire de la IV<sup>e</sup> République : CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*), ni par les lois dont ils assuraient l'application, car cela se serait traduit par un contrôle au regard de l'article 55 de la Constitution, lequel impose aux lois le respect des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés, sous réserve de réciprocité.

Or, précisément, dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du 20 octobre 1989, le commissaire du gouvernement **P. Frydman** invite les hauts magistrats administratifs à interpréter ledit article

comme habilitant spécifiquement les juridictions ordinaires à opérer un contrôle de conventionnalité, en l'absence d'un tel contrôle par le Conseil constitutionnel lui-même (Cons. const., décision n° 75-54 DC, 15 janv. 1975, *Interruption volontaire de grossesse*). C'est ainsi que le Conseil d'État rappelle, dans l'arrêt du 5 janvier 2005, que « pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article », lequel l'habilite ainsi à contrôler la conventionnalité des lois et des actes administratifs pris sur leur fondement.

Par suite, le juge administratif exerce un **double contrôle de constitutionnalité** : d'abord, directement, au regard du seul article 55, et, ensuite, indirectement, au regard des principes constitutionnels. En effet, grâce au contrôle de conventionnalité, le juge administratif est devenu coutumier de la confrontation des lois aux conventions internationales, plus précisément aux principes fondamentaux posés par certaines d'entre elles, parmi lesquelles les traités communautaires ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950. Or, fréquemment, le Conseil d'État opère un **contrôle formel de conventionnalité** qui s'apparente **matériellement** à un **contrôle de constitutionnalité** lorsque les principes fondamentaux de référence offrent aux droits et libertés une garantie équivalente dans

les conventions internationales et dans la Constitution française (comparer Cons. const., décision du 15 janvier 1975 préc., et CE, Ass., 21 déc. 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*).

Du reste, l'idée d'équivalence est au cœur d'une seconde habilitation constitutionnelle, concernant spécifiquement le droit communautaire dérivé.

## 2. Le juge administratif, juge constitutionnel de la transposition du droit communautaire dérivé (art. 88-1 Const.)

Au sein du droit international, le droit communautaire dérivé occupe une place particulière, dans la mesure où, quantitativement foisonnant, il s'impose à notre ordre juridique avec la même force que le droit international conventionnel. Les **règlements communautaires** ne posent guère de difficulté puisque le contrôle de leur respect par les lois et les actes administratifs peut s'opérer aisément sur le fondement de la jurisprudence *Nicolo* (CE, 24 sept. 1990, *Boisdet*). En revanche, les directives communautaires posent davantage de problèmes, qu'elles soient transposées par des lois ou par des actes administratifs réglementaires.

Dans le premier cas, le Conseil constitutionnel a estimé que la **transposition législative d'une directive communautaire** résultait d'une exigence constitutionnelle, posée à l'article 88-1 de la Constitution, selon lequel « la République participe aux Communautés euro-

péennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » (Cons. const., décision n° 2004-496, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ; voir aussi Cons. const., décision n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*).

Dans le second cas, le Conseil d'État a adopté une démarche similaire à celle de son voisin du Palais Royal en s'assurant non seulement du respect des objectifs des directives par les **actes réglementaires de transposition** mais aussi de la constitutionnalité des actes réglementaires, voire des directives, car il s'estime habilité pour ce faire par l'article 88-1. Dans l'arrêt d'Assemblée du 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, le juge administratif opère ouvertement un contrôle de constitutionnalité, sur le fondement de la Constitution elle-même, mais dans des conditions particulières tenant à la spécificité de la construction communautaire (voir les conclusions du commissaire du gouvernement M. Guyomar) : s'il existe une règle ou un principe général de droit communautaire offrant une protection équivalente à celle d'un principe à valeur constitutionnelle, le juge administratif contrôle la conformité de la directive à cette règle ou à ce principe communautaire, avec l'éventuel secours de la Cour de justice des Communautés européennes en cas de difficulté sérieuse, afin de s'assurer de la constitu-

tionnalité de l'acte administratif de transposition ; en l'absence de **protection équivalente**, le juge administratif contrôle directement la constitutionnalité de la disposition réglementaire contestée.

Combinant les techniques de l'habilitation constitutionnelle et de l'équivalence de protection fondamentale, le juge administratif opère un **contrôle de constitutionnalité**, direct ou indirect selon les situations.

Ainsi, le contrôle opéré par le juge administratif sur habilitation constitutionnelle le conduit, *a minima*, à un contrôle de constitutionnalité au regard des dispositions constitutionnelles d'habilitation, article 55 d'un côté, article 88-1 de l'autre ; *a maxima*, il le conduit à un contrôle de constitutionnalité indirect, matériel et non formel, voire direct, dans les conditions énoncées précisément par la jurisprudence *Arcelor*.

Au-delà, le juge administratif peut encore se conduire en juge constitutionnel de manière subreptice, sous couvert de procédés qui ne relèvent pas du contrôle de constitutionnalité mais lui offrent un résultat comparable à ce dernier.

## II. Le juge administratif, un juge discrètement constitutionnel

Les techniques précédentes se présentent comme des **exceptions** au principe posé par la jurisprudence *Arrighi*, qu'elles

exploitent les imperfections de cette dernière ou qu'elles soient rendues possibles par la Constitution. Si elles **contournent** les difficultés posées par ladite jurisprudence, elles ne viennent nullement la contredire.

Tout autres sont les techniques qui permettent au juge administratif d'aboutir à un résultat similaire à celui que lui offrirait un contrôle de la constitutionnalité des lois, mais qui empruntent des **chemins détournés**, qu'il s'agisse d'interprétation des règles constitutionnelles ou du contrôle de l'abrogation implicite des lois.

### A. Le juge administratif, juge constitutionnel par le biais de l'interprétation de la Constitution

Le Conseil d'État n'a pas attendu la V<sup>e</sup> République et le Conseil constitutionnel pour assurer la primauté des règles constitutionnelles sur les actes administratifs et imposer leur respect aux autorités administratives, y compris les plus élevées. Le doyen Vedel n'a-t-il pas montré que le droit administratif avait des **bases constitutionnelles**, en se fondant sur l'arrêt du Conseil d'État du 8 août 1919, *Labonne*, qui reconnaissait un pouvoir propre de réglementation au président de la III<sup>e</sup> République, en dehors de toute habilitation législative, mais en visant spécifiquement les lois constitutionnelles de 1875 ? **Protecteur des droits et des libertés**, notamment grâce aux « principes généraux du droit », le Conseil d'État s'est parfois trouvé dans l'impossibilité de se satisfaire de sa juris-

prudence traditionnelle : en tant que de besoin, il s'en est alors remis à la Constitution, celle de 1946 ou celle de 1958, en **l'interprétant** dans un sens favorable à l'État de droit. Mais il est parfois allé plus loin encore en révélant de lui-même des principes à valeur constitutionnelle.

#### 1. Le juge administratif, interprète constitutionnel

Le Conseil d'État a dégagé la jurisprudence relative aux **principes généraux du droit**, à partir de l'immédiat après-guerre (CE, Ass., 26 oct. 1945, *Aramu et autres*), en imposant directement aux autorités administratives des principes, dont le contenu pouvait les apparenter à des principes constitutionnels : cela lui a donc permis de pallier l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois de sa part. Mais cette jurisprudence ne lui a pas permis de résoudre tous les litiges impliquant des droits et des libertés. En témoigne l'arrêt d'Assemblée du contentieux du 7 juillet 1950, *Dehaene*, où les hauts magistrats administratifs se trouvaient confrontés à un vide législatif, leur permettant d'interpréter le Préambule de la Constitution de 1946 dans le sens de la conciliation du droit de grève, de valeur constitutionnelle, avec la sauvegarde de l'intérêt général. Or l'interprétation est audacieuse, dans la mesure où le Préambule prévoyait précisément que le droit de grève s'exercerait dans le cadre des lois le réglementant ; en l'absence de telles lois, le Conseil d'État a tout de même imposé le respect de la Constitution au gouvernement.

Le juge administratif s'est donc conduit en juge constitutionnel, sous couvert d'une simple interprétation de la Constitution.

## 2. Le juge administratif et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

Au nombre des principes constitutionnels, figurent les **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République**, lesquels, au contraire des principes écrits dans la lettre même de la Constitution et de la Déclaration de 1789 ou des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps explicités par le Préambule de 1946, sont une référence inscrite laconiquement dans ce dernier. Or, avant — comme après — la création du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État s'est autorisé à isoler de tels principes.

D'une part, sous la IV<sup>e</sup> République, la Haute Juridiction administrative a estimé que la liberté d'association avait valeur constitutionnelle car elle constituait précisément un principe fondamental reconnu par les lois de la République. L'arrêt d'Assemblée du 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, ne faisait, en somme, que préfigurer la célèbre décision du Conseil constitutionnel de quelque quinze années postérieures (Cons. const., décision n° 71-44 DC, 16 juill. 1971, *Liberté d'association*). Entre-temps, la V<sup>e</sup> République était entrée en vigueur, instituant précisément un juge constitutionnel. Il était

donc envisageable que le Conseil d'État ne recoure plus à une interprétation de la Constitution dans le sens de l'émergence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

D'autre part, pourtant, l'arrêt d'Assemblée du 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, découvre le principe fondamental « selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique », à l'occasion de sa confrontation à une convention internationale opposée à un décret d'extradition faisant l'objet du litige administratif. En l'espèce, le Conseil d'État interprète ladite convention internationale conformément à ce principe fondamental reconnu par les lois de la République, ce qui plie la convention au respect d'un principe constitutionnel. Mais, ce faisant, le juge administratif se conduit en juge constitutionnel dégageant un **principe constitutionnel** opposé à une convention internationale, de façon à assurer le respect de la hiérarchie des normes (voir aussi CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et autres*).

En somme, lorsqu'il interprète la Constitution, le juge administratif permet d'assurer la suprématie de la Constitution, ce qui confine au contrôle de la constitutionnalité des actes qui lui sont déférés : il se conduit donc en juge constitutionnel. Tel est encore le cas quand il examine la validité des lois dans le temps.

## B. Le juge administratif, juge constitutionnel des lois implicitement abrogées

À côté de l'interprétation, il est une autre technique qui apparente le juge administratif à un juge constitutionnel : le contrôle de l'abrogation implicite de la loi. Si l'abrogation ne se confond pas avec l'inconstitutionnalité, le résultat du contrôle opéré par le juge administratif le transfigure cependant en juge constitutionnel.

### 1. Contrôle de l'abrogation implicite et contrôle de l'inconstitutionnalité

Les lois et les actes administratifs restent en vigueur tant qu'ils ne sont pas modifiés ou abrogés par une règle juridique de valeur soit équivalente, soit supérieure. En présence d'une **abrogation expresse**, le juge ne fait que tirer la conclusion évidente de la disparition de l'acte litigieux. En revanche, l'**abrogation implicite** est sournoise : elle impose au juge de rechercher si l'acte litigieux — réglementaire ou législatif — s'avère incompatible avec une règle juridique postérieure. Le contrôle de l'abrogation est donc une conséquence de la succession dans le temps de règles juridiques. Le conflit entre normes se situe sur le strict plan temporel.

Tout au contraire, le contrôle qui censure l'**inconstitutionnalité d'une loi** — ou d'un acte administratif — s'assure de la supériorité de la Constitution sur

l'une de ces règles. Le conflit entre normes est donc bien différent, puisque c'est un conflit qui se situe sur le plan de la valeur juridique.

Pourtant la jurisprudence récente brouille quelque peu la frontière entre ces deux types de contrôle, faisant du juge administratif un juge constitutionnel.

### 2. Le juge administratif de l'abrogation implicite des lois, juge constitutionnel

Dans deux décisions de 2005, le Conseil d'État a examiné si des règles constitutionnelles n'avaient pas abrogé implicitement des dispositions législatives antérieures, la loi de 1955 sur l'état d'urgence confrontée à la Constitution de 1958, dans un cas (CE, ord. réf., 21 nov. 2005, *Boisvert*), l'ordonnance de 1945 sur les huissiers de justice confrontée au Préambule de 1946, dans l'autre (CE, Ass., 16 déc. 2005, *Syndicat national des huissiers de justice*). Dans le premier de ces arrêts, les hauts magistrats administratifs ont estimé que la loi était toujours en vigueur, tandis que dans le second, ils ont considéré l'ordonnance comme implicitement abrogée, en ses dispositions contraires à la liberté syndicale.

Bien qu'ils s'en défendent, ces arrêts aboutissent à un **résultat similaire** à celui qu'offre le **contrôle de constitutionnalité**. Certes, dans le second des arrêts cités, le Conseil d'État précise que « s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promul-

gation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle ». Mais, en définitive, la loi est écartée au profit de la Constitution, transformant le juge administratif en juge constitutionnel.

\*

Ouvertement ou subrepticement, le Conseil d'État exerce parfois un contrôle de la constitutionnalité des

actes administratifs et des lois, voire des directives communautaires et des conventions internationales. Dans ces conditions, l'instauration, par le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la v<sup>e</sup> République, du mécanisme de l'**exception d'inconstitutionnalité** devant le Conseil constitutionnel ne semble pas des plus opportunes. Gageons toutefois que l'imagination du juge administratif saura trouver l'utilité de s'en remettre au juge constitutionnel dans des situations encore inédites.





**Thème principal**    **Principe de légalité**

**Mots clés**    pouvoir réglementaire, traités internationaux,  
Constitution, loi-écran

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Jacques Petit**  
professeur

**SUJET**

**Université de Rennes I**

Premier semestre 2007-2008

**Commentaire d'arrêt :**

Commentez l'arrêt du Conseil d'État du 26 septembre 2005, *Association collectif contre l'handiphobie*, ci-dessous reproduit :

Vu la requête, enregistrée le 3 juillet 2002 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée par l'association Collectif contre l'handiphobie, dont le siège est 36, rue Brûle Maison à Lille (59000), représentée par son président; l'association Collectif contre l'handiphobie demande au Conseil d'État l'annulation du décret n° 2002-779 du 3 mai 2002 pris pour l'application de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique;

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 2123-2, introduit dans le Code de la santé publique par l'article 26 de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception : « La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée. Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement. Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile. Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique. Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article » ;

Considérant, d'autre part, que si, en vertu de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre assure l'exécution des lois et exerce le pouvoir réglementaire sous réserve de la compétence conférée au président de la République par l'article 13 de la Constitution, et si l'exercice du pouvoir réglementaire comporte, non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, il en va autrement dans le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle ;

Considérant qu'à l'appui de sa demande d'annulation pour excès de pouvoir du décret du 3 mai 2002, pris pour l'application des dispositions précitées de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique, l'association requérante soutient que la loi dont elles sont issues, a été adoptée en méconnaissance des principes posés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des engagements internationaux de la France ;

Considérant, en premier lieu, qu'il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux de se prononcer sur la conformité de la loi à la Constitution ;

Considérant, en deuxième lieu, que la seule publication, faite au *Journal officiel* du 9 février 1949, du texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme ne permet pas de ranger cette dernière au nombre des textes diplomatiques qui,

ayant été ratifiés et publiés, ont, aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, une autorité supérieure à celle de la loi interne; qu'ainsi, la requérante ne saurait utilement invoquer cette déclaration pour contester la légalité du décret attaqué;

Considérant, en troisième lieu, que les stipulations de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966 aux termes duquel « les États parties [...] reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre » sont dépourvues d'effet direct dans l'ordre juridique interne;

Considérant, en quatrième lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'article L. 2123-2 qu'une stérilisation ne peut être pratiquée sur une personne mineure; que l'existence d'une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement doit être constatée; que, si la personne est apte à exprimer sa volonté, la stérilisation ne peut lui être imposée; que les conditions dans lesquelles le juge des tutelles est amené à se prononcer sont définies avec précision; qu'en particulier, ce juge est tenu d'entendre la personne concernée, ses parents ou son représentant légal et de recueillir l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées, lequel apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique; qu'eu égard à l'ensemble des règles et garanties ainsi définies, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que les dispositions litigieuses de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique, dont le décret attaqué permet l'application, auraient pour objet ou pour effet de favoriser la stérilisation non volontaire des personnes handicapées et seraient, dès lors, incompatibles, d'une part, avec le droit de se marier et de fonder une famille reconnu par l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, d'autre part, avec la prohibition des traitements inhumains et dégradants prévue respectivement par les articles 3 de cette convention et 7 de ce pacte, enfin, avec le droit à une vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de cette même convention; que, pour les mêmes motifs, le moyen tiré de ce que la loi dont le décret attaqué fait application introduirait, au détriment des personnes qu'elle vise, une discrimination contraire aux stipulations des articles 14 de cette convention et 26 de ce pacte doit être écarté;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'association Collectif contre l'handiphobie n'est pas fondée à demander l'annulation du décret attaqué.

# Corrigé

L'arrêt *Association collectif contre l'handiphobie* évoque un visage à deux faces. Il touche à la question très délicate et lestée d'un lourd passé (les pratiques eugéniques du régime nazi) de la stérilisation des personnes handicapées et intéresse, par là, le droit des libertés fondamentales. Il illustre aussi la diversification contemporaine des sources du droit administratif — saisi ici dans l'une de ses branches spéciales, le droit de la santé publique — et, partant, les difficultés que pose au juge administratif la confrontation des décisions administratives à un « bloc de légalité » devenu plus complexe. C'est naturellement sous ce second angle que, pour l'essentiel, il est ici considéré.

S'agissant d'un contentieux éminemment objectif — contestation de la légalité d'un règlement —, les faits dont le litige procède, tels que l'arrêt les révèle, se réduisent à peu de chose et sont d'ordre purement normatif. L'article 26 de la loi du 24 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, inséré dans le Code de la santé publique sous l'article L. 2123-2, détermine à quelles conditions une mesure de stérilisation, par ligature des trompes ou des canaux déférents, peut être pratiquée sur une personne dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap. Fort classiquement, cette disposition législative renvoie, *in fine*, à un décret pris après l'avis du Conseil d'État, le soin de fixer ses conditions

d'application. C'est précisément ce décret, édicté le 3 mai 2002, que l'association *Collectif contre l'handiphobie* a attaqué, par la voie du recours pour excès de pouvoir, devant le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort.

Le fait que le recours ainsi introduit visait un règlement pris pour l'application d'une loi explique la manière un peu particulière dont se présentait l'argumentation de la requérante. Celle-ci soutenait en substance que le décret litigieux était illégal pour avoir été pris en vue de la mise en œuvre d'une disposition législative contraire aux principes posés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par certains engagements internationaux de la France. En d'autres termes, à travers le décret, c'est l'inconstitutionnalité et l'inconventionnalité de la loi elle-même qui, par voie d'exception, était contestée.

Cette contestation n'a pas prospéré. Tous les moyens avancés par l'association ont en effet été rejetés, mais pour des raisons différentes. Certaines des normes dont la méconnaissance par la loi (et donc le décret) était alléguée ne pouvaient, de toute façon, être invoquées devant le juge administratif. Quant aux autres normes sur lesquelles la requérante s'appuyait et qui, elles, étaient parfaitement invocables devant le Conseil d'État, ce dernier a estimé que

la loi (et donc le décret) attaqué ne les avait pas méconnues.

## I. La loi du 4 juillet 2001 et les normes non invocables devant le juge administratif

Les raisons de cette absence d'invocabilité étaient de deux ordres, soit que l'association s'appuie sur des textes internationaux inapplicables dans l'ordre juridique interne et ne faisant donc pas partie de la légalité s'imposant à l'administration, soit que critiquant la conformité de la loi du 4 juillet 2001 à la Déclaration de 1789, qui fait partie du bloc de constitutionnalité, son argumentation se heurte à l'incompétence de la juridiction administrative pour statuer sur la constitutionnalité de la loi.

### A. L'absence d'incidence des textes internationaux inapplicables en droit interne

Depuis l'arrêt *Dame Kirkwood* (CE, Ass., 30 mai 1952), il est admis que les traités internationaux sont, à certaines conditions, applicables dans l'ordre juridique interne, ce qui implique, sur le plan contentieux, que la méconnaissance de leurs stipulations peut être invoquée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir. En outre, en vertu de la jurisprudence *Nicolo* (CE, Ass., 20 oct. 1989), le juge administratif se reconnaît compé-

tent pour faire prévaloir le traité sur la loi conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution. Encore faut-il, pour que ces jurisprudences jouent, que l'on ait bien affaire à un traité et que, dans l'affirmative, ce traité satisfasse aux conditions d'applicabilité en droit interne, deux exigences que le juge administratif a pleine compétence pour vérifier.

Il a ainsi reconnu, en l'espèce, que la première de ces deux exigences n'était pas satisfaite en ce qui concerne l'un des textes dont la méconnaissance était invoquée par l'association requérante, à savoir la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des nations unies (ONU) le 10 décembre 1948. De jurisprudence constante, en effet, cette déclaration n'a pas la nature d'un traité international passé dans le cadre de l'ONU. Les raisons en ressortent de l'arrêt commenté : comme les traités, la Déclaration a certes été publiée au *Journal officiel* mais, à la différence des traités, elle n'a fait l'objet d'aucune ratification. Positivement, il s'agit d'une résolution de l'Assemblée générale, c'est-à-dire d'un « acte dérivé », mais dépourvu de toute force obligatoire (à la différence notamment, des règlements et directives communautaires qui forment le droit communautaire dérivé).

S'agissant des stipulations de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966, sur lesquelles la requérante s'appuyait également, c'est la seconde des exigences susmentionnées, qui, selon le Conseil d'État, faisait

défaut. À la différence de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ce pacte est sans conteste un traité. Il n'est pas moins certain qu'il satisfait aux conditions d'applicabilité en droit interne énoncées par l'article 55 de la Constitution : ratification (ou approbation) et publication régulières (la réciprocité ne s'imposant pas pour les conventions multilatérales protectrices des droits de l'homme). Mais, pour faire partie de la légalité s'imposant à l'administration, une convention internationale doit, en plus, être pourvue de ce qu'on appelle l'« effet direct ». Comme l'arrêt considéré le confirme implicitement, le respect de cette exigence s'apprécie stipulation par stipulation et non pour le traité pris globalement. Pour qu'une stipulation soit d'effet direct, deux conditions doivent être réunies. D'abord il faut qu'elle ait pour objet de créer des droits et des obligations au profit et à la charge des particuliers et non pas seulement de régler les rapports d'État à État; il faut ensuite qu'elle soit suffisamment précise pour être applicable par elle-même. La première condition était sans doute réalisée en l'espèce; c'est, sans le dire, sur la seconde que l'arrêt se fonde probablement pour juger dépourvues d'effet direct les stipulations de l'article 12 qui, il est vrai, sont fort générales.

Il arrive également que le Conseil d'État juge inapplicables par elles-mêmes certaines normes constitutionnelles trop imprécises. Mais ce n'est pas sur ce terrain qu'il s'est placé, en l'espèce, pour rejeter le moyen tiré de la méconnaissance de la Déclaration de 1789.

## B. L'incompétence du juge administratif pour contrôler la constitutionnalité de la loi

Le moyen tiré de la contrariété de la loi du 4 juillet 2001 à la Déclaration de 1789 était voué au rejet dès lors que, compétent pour contrôler la constitutionnalité des actes administratifs, le juge administratif ne l'est pas, comme le rappelle l'arrêt commenté, pour se prononcer sur la constitutionnalité de la loi. Les raisons de cette incompétence sont bien connues : au motif traditionnel de la séparation des pouvoirs (CE, 6 mai 1936, *Arrighi*) s'ajoute aujourd'hui l'idée que le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, avant la promulgation de la loi, exclut toute intervention du juge ordinaire en la matière au stade de l'application de la loi (CE, 5 janv. 2005, *M<sup>lle</sup> Desprez et M. Baillard*).

Il n'est pas inutile de remarquer que le sort de la requête n'aurait pas été différent si l'association, au lieu de contester ouvertement la constitutionnalité la loi, n'avait directement mis en cause que celle du décret. Le Conseil d'État, en effet, lui aurait alors opposé la théorie de la loi-écran : dès lors que le décret se borne à faire application de la loi, il n'est pas possible d'en censurer l'inconstitutionnalité sans dénoncer, indirectement mais nécessairement, celle de la loi; en d'autres termes, celle-ci fait écran entre la Constitution et le décret.

Un tel écran n'existe plus, depuis la jurisprudence *Nicolo*, quand c'est la

conventionnalité de la loi qui est en cause.

## II. La loi du 4 juillet 2001 et les normes internationales invocables à son encontre

L'association requérante contestait également la compatibilité de la loi du 4 juillet 2001 avec diverses stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), assurément applicables en droit interne. Le Conseil d'État a jugé, au contraire, que la loi considérée avait respecté les traités invoqués à son encontre, ce qui n'est pas sans incidence sur les obligations du pouvoir réglementaire que l'arrêt commenté rappelle également.

### A. La conventionnalité de la loi du 4 juillet 2001

Le principe même d'un tel contrôle de conventionnalité ne fait plus aujourd'hui de difficulté. Longtemps, le Conseil d'État a refusé d'assurer le respect de l'article 55 de la Constitution en vérifiant qu'une loi adoptée postérieurement à un traité avait bien respecté celui-ci (CE, Sect., 1<sup>er</sup> mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule*). En effet, il assimilait un tel contrôle à un contrôle de constitutionnalité de la loi,

une disposition législative incompatible avec un engagement international étant par là même contraire à l'article 55 de la Constitution. Mais le Conseil constitutionnel ayant décliné cette invitation à faire entrer le contrôle de conventionnalité dans son contrôle de constitutionnalité (15 janv. 1975, *IVG*), le Conseil d'État, poussé dans ce sens par la jurisprudence de la Cour de cassation (24 mai 1975, *Soc. Cafés Jacques Vabres*), s'est résolu à juger que l'article 55 l'habilite implicitement à contrôler la compatibilité des lois avec les conventions internationales.

C'est ce qu'il a fait en l'espèce à propos de l'article 26 de la loi du 4 juillet 2001. On touche ici à la partie de l'arrêt qui intéresse le plus directement le droit des libertés fondamentales plutôt que le droit administratif. *Il n'était donc pas demandé aux étudiants de deuxième année de donner sur ce point un commentaire approfondi ; on attendait seulement qu'ils exposent clairement le raisonnement suivi par le juge.*

L'association requérante interprétait les dispositions de l'article 26 de la loi du 4 juillet 2001 comme ayant pour objet ou du moins pour effet de favoriser la stérilisation non volontaire de personnes handicapées par l'altération de leurs facultés mentales. De cette interprétation, elle déduisait l'incompatibilité de ces dispositions avec plusieurs stipulations de conventions internationales. Les plus pertinentes étaient assurément celles qui garantissent le droit de se marier et de fonder une famille (CEDH, art. 12 ; PIDCP, art. 23) ainsi que le droit à une vie privée et familiale (CEDH,

art. 8). Peut-être plus aventurée était l'invocation de la prohibition des traitements inhumains et dégradants (CEDH, art. 3 ; PIDCP, art. 7). Enfin, dès lors que la loi, selon la requérante, ne privait des droits invoqués que certaines personnes, il était logique d'y voir au détriment de celles-ci une discrimination contraire aux stipulations de ces conventions qui prescrivent l'égalité dans la jouissance des droits qu'elles consacrent (CEDH, art. 14 ; PIDCP, art. 26).

Le Conseil d'État a rejeté cette argumentation en en écartant le fondement, c'est-à-dire l'interprétation de la loi comme favorisant une stérilisation forcée. Il s'appuie, à cet effet, sur l'ensemble des règles et garanties établies par le législateur que l'on peut en effet estimer raisonnables.

## B. Le rappel des obligations du pouvoir réglementaire d'exécution de la loi

L'arrêt commenté reprend ici un motif devenu constant (par ex. : CE, 28 juill. 2000, *Assoc. France Nature Environnement*, arrêt qui avait été étudié en travaux dirigés) qui comprend trois éléments dont l'intérêt, en l'espèce, était inégal.

De ce point de vue, les règles de la répartition, entre le Premier ministre et le président de la République, du pouvoir réglementaire général, notamment en vue de l'édition des décrets d'application des lois, n'appellent pas un long commentaire. Comme le Conseil d'État l'énonce, la compétence de principe

appartient, en vertu de l'article 21 de la Constitution, au chef du gouvernement, le chef de l'État n'étant compétent, en vertu de l'article 13, qu'à l'égard des décrets délibérés en Conseil des ministres, que cette délibération soit juridiquement obligatoire ou n'intervienne que pour des motifs de convenance politique. En l'occurrence, une telle délibération n'était pas imposée par l'article 26 de la loi du 4 juillet 2001 (ni, semble-t-il, par aucun autre texte) ; il se peut qu'elle ait eu lieu ; l'arrêt n'en dit rien ni n'indique d'ailleurs quel est l'auteur du décret. En tout état de cause, une éventuelle incompétence aurait été soulevée d'office par le Conseil d'État, ce moyen étant d'ordre public.

Il n'y a pas non plus à s'arrêter très longuement sur la réaffirmation de l'obligation classique (CE, Sect., 13 juill. 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF*) pour les autorités compétentes d'édicter les règlements nécessaires à l'exécution des lois. Cette obligation, très légitime — il serait anormal que le gouvernement puisse priver d'effectivité une loi en s'abstenant de prendre les mesures indispensables à sa mise en œuvre —, est subordonnée à des conditions qui ne le sont pas moins : elle n'existe que si l'absence du règlement rend impossible l'application de la loi et doit être satisfaite dans un délai raisonnable.

Surtout — ce point était le plus directement en cause ici —, cette obligation cesse quand la loi considérée apparaît incompatible avec une norme internationale (ou communautaire) : le Premier ministre ou le chef de l'État, selon le cas,



doit alors, tout au contraire, s'abstenir de prendre les mesures réglementaires nécessaires à la mise en œuvre du texte législatif. C'est ce qu'il aurait dû faire ici s'il était apparu que la loi du 4 juillet 2001 était incompatible avec les stipulations internationales invoquées par la requérante.

On finira en relevant que certaines de ces stipulations (liberté du mariage, droit à une vie privée et familiale notamment) se retrouvent dans le droit constitutionnel français ce qui compense, tout en le rendant un peu paradoxal, le refus du juge administratif, ici réaffirmé, de contrôler la constitutionnalité de la loi.



**Thème principal**    **Constitution**

**Mots clés**

conventions internationales,  
droit communautaire, contrôle  
de constitutionnalité

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Pascale Gonod**  
professeur

**SUJET**

**Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)**

Premier semestre 2007-2008

**Cas pratique :**

Après avoir lu les textes figurant ci-après, veuillez traiter, dans l'ordre, les points suivants :

1. Quelles sont les conditions d'introduction dans l'ordre interne des conventions internationales ? (3 points)
2. Quels sont les « actes du droit communautaire dérivé » auxquels il est fait référence dans l'extrait de l'arrêt ci-après reproduit ? (3 points)
3. Commentez les motifs de l'arrêt figurant en italiques et entre crochets. (6 points)
4. Quelle est la fonction du vice-président du Conseil d'État ? (2 points)

5. En indiquant en particulier si le contrôle de constitutionnalité des lois promulguées vous paraît à la fois possible et utile, veuillez discuter la proposition formulée par le vice-président du Conseil d'État. (6 points)

**Conseil d'État, 5 janvier 2005, *Desprez et Baillard* (extrait)**

« [...] En ce qui concerne le contrôle exercé par le Conseil d'État statuant au contentieux :

*[ Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ;*

*Considérant cependant, que pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article ; ]*

Considérant toutefois, que, contrairement à ce que soutient la requête [...], la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée par le Conseil européen le 7 décembre 2000 et reprise dans un acte interinstitutionnel publié le 18 décembre 2000 est dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivé susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales ; [...] »

**Intervention de M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, le 11 septembre 2007, devant le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la 9<sup>e</sup> République (extrait)**

Le vice-président du Conseil a exposé les modalités possibles d'un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées dans les termes suivants :

« Quant aux modalités du contrôle de constitutionnalité, celui-ci devrait être limité au respect des règles de fond, à l'exclusion des règles de compétence et de procédure dont le respect doit être assuré dans le seul cadre du contrôle *a priori* à l'initiative des autorités politiques ou des membres du Parlement. On écartera aussi le recours direct des citoyens : ce recours, par construction abstrait, poserait inévitablement un problème de restriction drastique de l'intérêt pour agir ou d'encombrement du rôle du Conseil constitutionnel. Il devrait en outre être

enfermé dans des limites temporelles étroites, comme c'est le cas dans les États qui le pratiquent. Il ferait partiellement double emploi avec le contrôle *a priori* existant aujourd'hui.

Il conviendrait donc de mettre en place un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité par la voie de l'exception, un contrôle concret, tout justiciable pouvant devant les juridictions ordinaires soulever l'inconstitutionnalité d'une loi.

Faut-il pour autant reprendre le projet de 1990 et 1993 ?

Je ne le pense pas. Les auteurs de ce projet, rédigé en termes quasiment identiques à trois ans d'intervalle, ne pouvaient anticiper l'engagement des juges administratifs et judiciaires, dans le cadre du contrôle de conventionnalité, dans un véritable contrôle matériel de constitutionnalité les conduisant à écarter les lois incompatibles avec nos engagements internationaux. Répliquer la réforme de ces années-là, avec le double renvoi du juge saisi au Conseil d'État ou à la Cour de cassation, puis, le cas échéant, au Conseil constitutionnel, reviendrait à maintenir le contrôle de constitutionnalité à la périphérie ou aux marges du procès : par définition, le justiciable, comme le juge opéreront toujours pour la voie de droit la plus efficace, c'est-à-dire celle du contrôle de conventionnalité, plutôt que pour celle de l'exception d'inconstitutionnalité conduisant à un sursis à statuer, afin de trancher, au terme d'un triple examen, la question pendante.

Par conséquent, le refus du juge administratif ou judiciaire de trancher les conflits de normes entre la loi et la Constitution ne paraît plus pouvoir être maintenu. [...]

Faut-il pour autant qu'il soit entièrement levé ? Après réflexion, je ne le propose pas.

Le juge saisi d'une exception d'inconstitutionnalité devrait pouvoir l'écarter, si cette exception ne commande pas l'issue du litige ou si elle est dépourvue de substance. Mais il ne pourrait pas l'accueillir lui-même. En cas de doute sérieux, le juge saisi devrait procéder à un renvoi au Conseil d'État ou à la Cour de cassation qui pourrait, selon le cas, soit rejeter l'exception, soit l'accueillir, soit saisir le Conseil constitutionnel. Le renvoi d'une question préjudicielle au Conseil constitutionnel devrait être prononcé en particulier lorsqu'existe une difficulté sérieuse de constitutionnalité ou pour prévenir un risque de divergence de jurisprudence entre les ordres judiciaire et administratif.

Ainsi le Conseil constitutionnel continuerait-il d'assurer en dernier ressort, sans être exposé au risque de l'encombrement, la régulation générale du contrôle de constitutionnalité. »

Durée de l'épreuve : 3 heures. Aucun document n'est autorisé.

## Avertissement

Le sujet a été traité en janvier 2008, par suite avant le dépôt du projet de loi de révision de la Constitution issu des travaux mené par le comité Balladur (sur ces derniers et la suite qui leur a été donnée, consulter : [www.comite-constitutionnel.fr](http://www.comite-constitutionnel.fr)) et l'adoption de la loi du 23 juillet 2008.

Le sujet pratique n'impose en aucun cas une introduction ou une conclusion :

il suffit de répondre directement et complètement aux questions posées. Trois d'entre elles sont de pures questions de connaissances et ne posent donc aucune difficulté pour celui qui connaît son cours ; les deux autres supposent certes la mobilisation de connaissances sans lesquelles l'analyse est peu possible, mais c'est sur l'effort de raisonnement et d'analyse que sont évaluées les réponses apportées. Si ces dernières doivent être construites, en revanche, elles n'exigent pas l'élaboration formelle d'un plan.

## Corrigé

### 1. Quelles sont les conditions d'introduction dans l'ordre interne des conventions internationales ?

Il convient ici de se reporter à l'article 55 de la Constitution qui dispose que les « traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». En d'autres termes, pour être introduit dans l'ordre interne, les engagements internationaux doivent satisfaire les trois conditions suivantes :

– être régulièrement approuvés ou être publiés : soit par voie législative, soit par voie référendaire. En outre et en application de l'article 54, lorsqu'un engage-

ment international comporte une clause contraire à la constitution, constatée par le Conseil constitutionnel, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver implique de réviser au préalable la Constitution ;

– être publiés au *Journal officiel de la République française* ;

– le principe de réciprocité doit être respecté.

Il ne s'agit pas de traiter ici de la place dans l'ordre interne des conventions internationales, mais des conditions d'introduction — et par suite de validité — dans l'ordre interne.

On pouvait signaler que le juge administratif contrôle que les conventions ont été effectivement ratifiées ou approuvées, et que le contrôle de la condition de réciprocité fait l'objet de sa part d'un « référé diplomatique » qui ne

le lie cependant pas (CE, 4 avr. 1999, *Chevrol*).

## 2. Quels sont les « actes du droit communautaire dérivé » auxquels il est fait référence dans l'extrait de l'arrêt reproduit ?

Le droit communautaire dérivé se dissocie du droit communautaire originaire qui est constitué des traités instituant les Communautés et l'Union européennes. Il s'agit des actes pris par les organes communautaires en application de l'article 249 TUE (ancien article 189 du traité de Rome), à savoir les règlements, les directives, les décisions et les avis.

Dans l'extrait de l'arrêt il est fait mention des actes du droit communautaire dérivé « susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales » : on pouvait aussi préciser la portée de ces quatre catégories d'actes (règlements et décisions susceptibles d'être directement invoquées ; directives pouvant être invoquées à l'occasion de la contestation des leurs actes de transposition ; vœux sans portée normative...).

## 3. Commentez les motifs de l'arrêt figurant en italiques

Il convient tout d'abord de s'assurer de la compréhension des deux motifs à commenter.

Le premier motif indique la portée de l'article 61 de la Constitution, telle qu'elle résulte de sa lettre (la conformité de la loi à la Constitution est appréciée

par le Conseil constitutionnel, après le vote et avant la promulgation de ladite loi), et de ses travaux préparatoires (est exclu le contrôle de constitutionnalité de la loi au moment de son application, c'est-à-dire après sa promulgation et son entrée en vigueur). Le second motif envisage la situation du juge ordinaire (en l'espèce le juge administratif) face à l'exigence qui est la sienne d'appliquer l'article 55 de la Constitution, c'est-à-dire de faire prévaloir en cas de conflit entre la loi et une convention internationale son principe, soit la supériorité des traités sur la loi, ce qui impliquerait de trancher un conflit de normes entre la loi et la Constitution.

Ensuite, il faut s'interroger sur le sens des règles ainsi rappelées au regard du contrôle par le juge administratif des normes supranationales (et donc faire appel à ses propres connaissances sur cette question dont les grandes lignes ne seront pas ici exposées).

Si, avant l'adoption de la Constitution de 1958, la prééminence du Parlement constituait un frein certain au contrôle de la loi, aujourd'hui, et comme l'affirme le Conseil d'État dans cet extrait de l'arrêt *Desprez et Baillard*, le juge ordinaire ne peut, sauf à se mettre en contradiction avec l'article 61 de la Constitution, opérer un contrôle de constitutionnalité de la loi. Pourtant, l'application de l'article 55 conduit pratiquement le juge à se prononcer sur la loi au moyen de ce que l'on désigne par l'expression de contrôle de conventionnalité.

L'application de la théorie dite de la loi-écran faisait obstacle à l'application de l'article 55 de la Constitution, dans la

mesure où la non-conformité d'un acte administratif à une norme supranationale ne pouvait être sanctionnée dès lors que l'acte était adopté conformément à une loi postérieure à cette norme (jurisprudence dite des « semoules », CE, 1<sup>er</sup> mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*). Depuis l'affaire *Nicolo* (CE, 20 oct. 1989), le juge administratif assure (après le juge judiciaire : C. cass., 25 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*) l'effectivité de la primauté du droit international (et communautaire) : non seulement il sanctionne la contrariété directe d'un règlement à un engagement international, mais opère un tel contrôle par la voie de l'exception. Par suite, si la loi contraire à un engagement international n'est pas abrogée, elle est écartée par le juge puisque ne pouvant constituer la base juridique de l'acte contesté. Ce faisant, le contrôle de conventionnalité permet d'atteindre la loi, le juge ordinaire exerçant en pratique un contrôle matériel de constitutionnalité.

Aussi, il peut paraître curieux, voire paradoxal, d'accepter, d'un côté, que le juge ordinaire, en application de l'article 55 de la Constitution, protège le principe de supériorité des traités sur les lois et, de l'autre, par le jeu de l'article 61 de la Constitution, ne puisse participer à la protection de la primauté de la Constitution dans l'ordre interne.

Enfin, l'idée de paradoxe ainsi dégagée pouvait permettre d'articuler la construction du commentaire.

#### 4. Quelle est la fonction du vice-président du Conseil d'État ?

La fonction du vice-président du Conseil d'État est, contrairement à ce que son appellation laisse à penser, de présider et de diriger cet organe, en application de l'article L. 121-1 du Code de justice administrative, et, avant l'adoption de ce code, en vertu d'une pratique ancienne (on pouvait préciser qu'alors le président du Conseil d'État était, en titre, le garde des Sceaux — III<sup>e</sup> République —, puis le chef du Gouvernement — IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> Républiques).

#### 5. En indiquant en particulier si le contrôle de constitutionnalité des lois promulguées vous paraît à la fois possible et utile, veuillez discuter la proposition formulée par le vice-président du Conseil d'État

Trois directives sont données, aucune d'entre elles ne devant être omises : la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées, son utilité et, enfin, la discussion de la proposition formulée par le vice-président du Conseil d'État :

– la possibilité : elle doit être envisagée d'un point de vue juridique, et eu égard au travail réalisé pour apporter une réponse à la question 3, la tâche est aisée. La lettre de la Constitution interdit un tel contrôle, sauf à procéder à une révision constitutionnelle. Bien que l'arrêt *Desprez et Baillard* ne laisse guère augurer



une telle position de la part du juge, on pouvait néanmoins envisager la situation qui naîtrait de la mise en œuvre par le juge d'un pouvoir prétorien par lequel il s'autoriserait à opérer à un tel contrôle;

– l'utilité : pour apprécier l'utilité d'un tel contrôle, il était possible de faire appel à ses opinions personnelles (de citoyen, de justiciable potentiel, de juriste), mais également aux arguments développés par différents juristes, et en particulier ceux qui ont présidé à l'élaboration du projet de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et par voie d'exception de 1990 et 1993 (dont les étudiants ayant eu à composer avaient eu connaissance, puisque ce projet figurait dans leurs documents de travaux dirigés);

– la proposition : s'agissant de la proposition faite par le vice-président du Conseil d'État, sa discussion et son appréciation ne doivent pas être en contradiction avec les arguments qui auront été énoncés pour juger de l'utilité d'un tel contrôle. Il était opportun d'en énoncer la substance et les modalités. Pour ce faire, on pouvait chercher à la caractériser; en particulier, il était possible de souligner d'une part sa prudence au regard des compétences et pouvoirs

respectifs des juges et du Conseil constitutionnel qu'on préserve, dans cette proposition, des risques de concurrence, d'autre part de la préoccupation de préserver l'unité du droit en prévenant les risques de divergences de jurisprudence.

L'intervention complète du vice-président du Conseil d'État devant le comité Balladur peut être suivie sur le site : [www.comite-constitutionnel.fr](http://www.comite-constitutionnel.fr); son texte préparatoire figure en outre sur le site [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr).

## Annexe

« Article 61-1 nouveau de la Constitution du 4 octobre 1958. – Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »



**Thème principal**    **Compétence du juge administratif et du juge judiciaire**

**Mots clés**    normes constitutionnelles, normes internationales, effet direct, service public industriel et commercial, usager, emprise irrégulière, voie de fait

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Benoît Plessix**  
professeur

**SUJET**

**Université Nancy II**

Premier semestre 2008-2009

**Cas pratique :**

Depuis que vous suivez vos études à la faculté de droit de Nancy, vos parents vous reprochent de ne plus jamais vous voir : entre les cours, la préparation des travaux dirigés et les sorties avec vos amis, il est vrai que vous dînez désormais rarement avec eux. C'est pourquoi, vous avez été contraint d'accepter d'être présent au dîner que vos parents organisent ce soir. Ce dîner ne vous emballe guère, d'autant que vos parents ont convié divers amis, que vous trouvez depuis longtemps fort ennuyeux. Il est vrai qu'ils sont en général assez plaintifs, subissant divers malheurs plus ou moins graves sur lesquels ils se répandent longuement. Vous avez le mauvais pressentiment que, connaissant votre statut de jeune et brillant étudiant en droit, ils vous assaillent de questions pour résoudre leurs problèmes.

Ce qui devait arriver arriva ! Le dîner est ennuyeux à mourir, et la conversation a vite tourné à un invraisemblable bureau des pleurs.

**I. (4 points)** Votre voisin de gauche, Jean-Loup Pahune, est un vieil ami de vos parents, à qui il arrive toujours divers accidents. Il est vrai qu'il s'obstine à pratiquer divers sports, alors qu'il suffit de l'observer pour s'apercevoir qu'il est dépourvu de toute souplesse. Ayant entendu parler de vos compétences en droit administratif, il vous raconte sa dernière aventure. Lui, qui était en possession de son forfait de ski le jour où l'accident s'est produit, a subi une importante et douloureuse fracture du genou après avoir perdu son équilibre et le contrôle de sa trajectoire alors qu'il descendait à ski une piste bleue, heurtant violemment une barrière aménagée le long de cette piste se situant sur le territoire de la commune, laquelle assure la gestion du service des remontées mécaniques et des pistes de ski. Il s'agissait d'une barrière composée de lattes de bois fixées au sol, d'une hauteur de 1,80 m, ayant pour double fonction de délimiter la piste de ski et orienter les skieurs vers le parc de stationnement. En plus de la douleur physique et morale, et de l'envie d'obtenir rapidement réparation financière, Jean-Loup Pahune est profondément agacé. Il a consulté deux avocats qui sont en désaccord sur le point de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour statuer sur ce litige. Il vous demande de lui dire ce que vous en pensez. Particulièrement obsédé par son affaire, il vous donne même une feuille tirée de sa veste, sur laquelle il a photocopié l'article L. 342-13 du Code de tourisme, qui dispose :

« L'exécution du service des remontées mécaniques et pistes de ski est assurée, soit en régie directe, soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente. »

**II. (5 points)** La situation de votre voisin de droite est encore plus dramatique. Heinrich Idéktahula est vieil ami géorgien de vos parents ; ils se sont connus du temps de leurs études à la faculté de lettres. Il a un fils de 5 ans, qui est élevé chez ses grands-parents, résidant à Nancy. M. Idéktahula a eu cet enfant avec une jeune femme venant d'Ossétie, et qui a été assassinée il y a un an par des Ossètes extrémistes, reprochant à l'une des leurs une telle liaison. L'enfant a ainsi subi un très important traumatisme moral. Il pourrait subir d'autres préjudices s'il devait retourner vivre dans son pays natal. C'est pourquoi Heinrich Idéktahula a demandé le statut de réfugié, qui lui a été refusé. Prenant acte de cette décision, le préfet de Meurthe-et-Moselle a donc pris une décision de refus d'octroi d'une carte de séjour, assortie d'une obligation de quitter le territoire français avant la fin de l'année et de la fixation du pays de renvoi. Le tribunal administratif de Nancy a fait droit à sa demande d'annulation de l'obligation de quitter le territoire français. D'où sa présence actuelle à Nancy. Mais il voudrait bien obtenir l'annulation du refus d'octroi d'un titre de séjour, en invoquant l'idée que son

retour en Géorgie et, partant, sa séparation avec son fils, constituerait pour l'enfant un nouveau et grave traumatisme. Il vient de saisir le tribunal administratif de Nancy d'un nouveau recours pour excès de pouvoir. Ce recours étant dispensé du ministère d'avocat, il exerce donc seul son action en justice, mais est un peu perdu. Une association d'aide aux réfugiés lui a toutefois suggéré d'invoquer la Convention de New York sur les droits de l'enfant de 1990. Il vous demande de lui expliquer d'abord s'il est possible de soulever l'invocation d'une norme internationale devant le juge administratif français, et à quelles conditions, et de lui dire ensuite s'il a des chances d'obtenir l'annulation de la décision de refus du préfet en invoquant l'article 3-1 de cette convention, lequel dispose :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

**III. (3 points)** La situation de votre voisin d'en face est encore plus singulière. Voilà que M. Gérard Menvussa, vieil ami de votre père, apprend à tout le monde, le soir du dîner, qu'il souhaite épouser sa nièce, avec qui il va avoir un enfant. Compétent en droit civil tout autant qu'en droit administratif, vous pouvez alors vous permettre d'intervenir dans la discussion et rappeler à Gérard Menvussa que, en vertu de l'article 164 du Code civil, « néanmoins, il est loisible au président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées : [...] par l'article 163 aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu ». Comprenant qu'il va donc lui falloir demander au chef de l'État une autorisation de contracter mariage, et ne sachant pas si la survenance d'un enfant est une « cause grave » au sens de l'article 164 du Code civil, Gérard Menvussa commence à comprendre qu'il pourrait fort bien être destinataire d'une décision négative de la part du président de la République. Il vous demande alors de lui préciser devant quel juge compétent il devra contester cette décision du chef de l'État.

**IV. (4 points)** M. Omar Al Amérikenè parle alors de sa situation, bien plus conventionnelle. Mais vous commencez à vous prendre au jeu de l'application concrète des connaissances apprises en cours, et vous voilà finalement intéressé par ce que raconte chacun des invités de vos parents. Omar Al Amérikenè a fait citer devant le tribunal correctionnel de Nancy l'ANPE, la célèbre Agence nationale pour l'emploi, dont vous savez qu'elle est un établissement public administratif. Il lui reprochait d'avoir refusé de présenter sa candidature à un employeur du fait de la consonance étrangère de son patronyme. Le tribunal a déclaré l'ANPE coupable de l'infraction poursuivie, et s'est ensuite prononcé sur l'action en réparation des intérêts civils, Omar Al Amérikenè s'étant en effet porté partie civile. Or, il vient d'apprendre que le ministère public fait appel de ce jugement, pour deux motifs. D'une part, lors de l'instance, le tribunal correctionnel

aurait interprété lui-même le règlement intérieur applicable aux agents de l'ANPE. D'autre part, le tribunal correctionnel, en tant que juge de l'ordre judiciaire, serait incompétent pour se prononcer sur l'action en réparation de la partie civile. Que pensez-vous de la pertinence de ces deux motifs d'appel ?

V. (4 points) M. et M<sup>me</sup> Line et Luc Table sont propriétaires d'un terrain qui leur a été vendu il y a deux ans par un office public d'habitation à loyer modéré (HLM), qui s'est séparé d'une partie de ses terrains, les autres appartenant toujours à l'office d'HLM et qui, désormais, jouxtent la propriété privée de M. et M<sup>me</sup> Table. Par suite d'une simple erreur matérielle tenant à la configuration des lieux, ayant conduit les ingénieurs à mal délimiter le terrain de leur intervention, les services de travaux publics de la commune, qui croyaient travailler sur le terrain de l'office d'HLM, sont venus en fait poser une canalisation d'eau potable dans le sous-sol du terrain appartenant à M. et M<sup>me</sup> Table, alors que la commune n'a mis en œuvre aucune procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique ou n'a institué aucune servitude publique. Souhaitant obtenir, d'une part l'indemnisation des conséquences dommageables de tels travaux, d'autre part le déplacement de la canalisation, M. et M<sup>me</sup> vous Table demandent, au cours du repas :

- quelles actions en justice doivent-ils tenter ?
- quel est l'ordre de juridictions compétent ?
- quelle est leur chance d'obtenir gain de cause ?

\*

Finalement, vous vous dites que ce repas a constitué un excellent entraînement aux futures épreuves du premier semestre. Peut-être ne serait-il pas inutile de monter immédiatement dans votre chambre et de faire comme si vous deviez rédiger un devoir. Vous vous mettez au travail, et, vous n'oubliez pas de présenter un travail formellement soigné.

Surtout, vous vous remettez en mémoire les conseils de vos enseignants selon lesquels :

- à l'occasion d'un cas pratique, il ne s'agit pas de réciter de manière désincarnée le cours mais de prêter attention à chacun des termes employés, d'analyser chacun des éléments de fait, de les qualifier juridiquement et d'apporter une réponse claire et précise à la question de droit formulée ;

- mais, bien évidemment, de justifier les réponses apportées, ce qui implique de sélectionner parmi les connaissances de cours celles qui correspondent à la question posée, **et de les exposer en détail**, afin que les réponses soient justifiées par des connaissances de cours, citation d'arrêts à l'appui, et que votre correcteur puisse ainsi s'assurer que votre réponse n'est pas le fruit du hasard.

## Conseils

Outre les conseils méthodologiques précisés, il importe de rappeler que tout sujet d'examen doit tenir compte des contraintes imposées par la semestrialisation des études juridiques : les questions posées doivent se limiter à la partie du cours correspondant au semestre ; les réponses apportées doivent être appréciées au regard de telles limites. Ici, il s'agit d'une épreuve de premier semestre : par hypothèse, il faut tenir compte d'une connaissance partielle du droit administratif ; en l'espèce, les étudiants n'avaient pas encore étudié le régime du recours pour excès de pouvoir. Dans un tel contexte, le cas pratique devient davantage un prétexte pour vérifier, à

l'issue de trois mois d'apprentissage du droit administratif, les connaissances du cours à l'occasion de l'exposé de situations pratiques. De l'étudiant, on attend qu'il connaisse les fondamentaux, les grands arrêts de base (le nom, l'année et la juridiction). Il n'en demeure pas moins que l'exercice proposé est bien un cas pratique et que l'étudiant ne doit pas se contenter d'un exposé mécanique et stéréotypé de ses connaissances ; il doit les restituer à l'appui d'une réponse à la question posée, au terme d'un raisonnement dont il doit présenter les étapes. C'est la moindre des exigences pour un exercice qui, en contrepartie, ne présente pas les mêmes contraintes formelles que la dissertation ou le commentaire d'arrêt.

## Corrigé

. |

Comme dans toute étude de cas, il faut qualifier les éléments en présence. L'article L. 342-13 du Code du tourisme nous dit explicitement que lorsque le service des pistes et remontées mécaniques est géré en régie par une personne publique, c'est un SPIC. Or, en l'espèce, on nous dit que le service est géré par la commune : il s'agit donc bien d'un SPIC. On nous dit également que l'accident a eu lieu sur une piste de ski, bien du domaine public, contre une barrière de bois

implantée dans le sol et destinée aux besoins du service (balisage de la piste, orientation des skieurs) : il s'agit donc bien d'un ouvrage public. Enfin, M. Pahune était en possession de son forfait : il a donc passé un contrat d'achat avec le SPIC ; c'était bien un usager, qui plus est régulier.

Le régime des SPIC est soumis à un principe simple : soumission au droit privé (T. confl., 1921, *Sté commerciale de l'Ouest africain*). C'est notamment vrai pour les relations commerciales entre le service et ses usagers, lesquelles font naître

tre nécessairement des rapports de droit privé. Ainsi, lorsque l'usager est lié au service par un contrat, ce dernier est toujours un contrat de droit privé, même si son objet a un lien avec le service public ou s'il comporte des clauses exorbitantes de droit commun : c'est, au profit du juge judiciaire, un bloc invariable de compétence (CE, 1961, *Établissements Campanon-Rey*; T. confl., 1962, *Dame Bertrand*). Enfin, à la différence des tiers (CE, 1958, *Veuve Barbaza*), le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle des SPIC vis-à-vis des usagers appartient toujours à la compétence du juge judiciaire, y compris lorsque le dommage trouve sa source, comme en l'espèce, dans un ouvrage public (le caractère attractif de la notion de travail public, issu de la loi du 28 pluviôse an VIII, est mis en échec par la notion de SPIC : T. confl., 1954, *Dame Galland*). Il n'y a donc ici absolument pas lieu d'hésiter : M. Pahune doit saisir le juge judiciaire pour demander réparation du préjudice subi.

## . II

La première partie de la question était en réalité une question de cours déguisée, qu'il ne nous appartient pas ici de traiter : l'étudiant était conduit à rappeler une histoire jurisprudentielle aujourd'hui bien établie (en évoquant notamment les jurisprudences *Semoules*, *Nicolo*, *Boisset*, *Rothmans*, etc.).

S'agissant de la seconde question, il fallait rappeler que, même s'il est possible d'invoquer toute norme internationale

devant le juge administratif, à l'exception de la coutume internationale qui ne prime pas sur les lois nationales (CE, 1997, *Aquarone*), encore faut-il que la convention internationale ait un effet direct. Celui-ci peut être défini comme l'aptitude d'une norme juridique à produire directement des droits et obligations au profit des sujets de droit ; pour une convention internationale, il s'agit de son aptitude à produire directement des droits et obligations au profit des ressortissants des parties contractantes. Pour le juge national, il y a donc deux conditions à vérifier : la norme internationale ne doit pas imposer des obligations aux seuls États ; elle doit être suffisamment précise et inconditionnelle. Le juge procède au cas par cas, disposition par disposition (CE, 1997, *D<sup>lle</sup> Cinar* ; CE, 1997, *GISTI*). En l'espèce, l'article 3-1 de la Convention des droits de l'enfant reconnaît des droits subjectifs au profit des individus qu'ils peuvent opposer aux organes de leur pays, organes aussi bien administratifs que juridictionnels : on remarquera que l'article ne cite pas le terme d'État. Par ailleurs, l'article est rédigé de façon précise, en termes impératifs et inconditionnels : il met en avant l'intérêt supérieur de l'enfant, « considération primordiale ». Il est donc possible au requérant d'invoquer la méconnaissance de l'article 3-1 de la Convention de New York et soutenir que la décision du préfet est nulle : en raison du contexte en Ossétie, l'intérêt supérieur de l'enfant impose sans doute que celui-ci ne soit pas séparé de son père. Quoi qu'il en soit, l'article 3-1 est d'effet direct et peut être invoqué à l'appui d'une demande d'annulation.



## . III

La réponse à cette question repose sur un rappel préalable : parmi les matières réservées par nature au juge judiciaire, matières protégées par la Constitution (Cons. const., 1987, *Conseil de la concurrence*), et impliquant la compétence du juge judiciaire, figure le contentieux des actes d'état civil, et plus généralement, le contentieux de l'état des personnes, relevant en effet du juge judiciaire. On considère alors que le maire agit comme officier d'état civil, placé sous l'autorité du garde des Sceaux. Il existe certes deux exceptions, liées à des questions « publiques », voire politiques : seul le juge administratif est compétent pour connaître d'un recours contre les décrets pris par le président de la République et relatifs, d'une part à la francisation, d'autre part au changement de noms. Or, la présente espèce ne correspond en rien à ces deux hypothèses. Le mariage est l'archétype de l'acte d'état civil. C'est donc bien le juge judiciaire qui sera compétent pour vérifier la légalité du décret du président de la République, qu'il accorde ou refuse la dérogation à l'interdiction des mariages entre membres d'une même famille.

## . IV

S'agissant du premier motif d'appel invoqué par le ministère public, il apparaîtrait dépourvu de toute pertinence. En vertu de l'article 111-5 du Code pénal, le juge judiciaire statuant en matière pénale a plénitude de compétence pour,

soit interpréter, soit apprécier la légalité de tous les actes administratifs, réglementaires ou individuels. Il pouvait déjà le faire, même avant 1994, en vertu de la jurisprudence (T. confl., 1951, *Avranches et Desmarets*). À supposer même que le juge judiciaire ait été en l'espèce un juge civil, il aurait été compétent, puisque le juge judiciaire est toujours compétent pour interpréter un acte administratif réglementaire (T. confl., 1923, *Septfonds*).

En revanche, le second motif d'appel semble beaucoup plus sérieux et fondé. Lorsqu'il statue sur les indemnités dues à la partie civile, le tribunal correctionnel statue en tant que juge civil et non pénal. Or, en vertu d'un des arrêts les plus élémentaires du droit administratif, seul le juge administratif peut apprécier la responsabilité pécuniaire d'une personne publique agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique pour l'exécution d'une mission de service public (T. confl., 1873, *Blanco*). Or, tel est bien le cas de l'ANPE, puisqu'on nous rappelle qu'il s'agit bien d'un établissement public administratif. S'il avait géré un SPIC, la responsabilité vis-à-vis d'un usager aurait certes relevé de la compétence judiciaire (T. confl., 1954, *Dame Galland*) ; mais tel n'est pas le cas ici. On aurait pu songer aussi à la compétence indemnitaire du juge judiciaire, lorsqu'il y a atteinte à la liberté individuelle (Constitution, art. 66), jurisprudence en effet adaptée au cas de comportements d'agents publics (T. confl., 1952, *Dame de la Murette* ; T. confl., 1966, *Clément*). Mais, selon la jurisprudence, la liberté individuelle recouvre simplement le

droit de ne pas être détenu ou arrêté arbitrairement ; elle protège aussi l'inviolabilité du domicile. Un comportement raciste d'un agent public ne saurait entrer dans le champ de cette notion juridique.

## • V

Assurément, la demande des époux Table concerne une atteinte à leur droit de propriété privée immobilière. En cas d'atteinte par l'administration, c'est le juge judiciaire et non le juge administratif qui est compétent pour sanctionner l'administration, par dérogation à la compétence constitutionnellement protégée de la juridiction administrative (Cons. const., 1987, *Conseil de la concurrence*), au nom des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire et de l'importance des compétences judiciaires en matière de protection de la propriété privée immobilière (Cons. const., 1989, *Urbanisme et agglomérations nouvelles*).

On peut d'abord songer à la voie de fait. Dans ce cas, la compétence judiciaire est totale puisque, à la différence de la théorie de l'emprise où sa compétence est limitée à la réparation des dommages causés par l'Administration, le juge judiciaire est compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs à l'origine de la voie de fait et prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire à l'administration.

Mais, en l'espèce, y a-t-il pour autant voie de fait ? Force est d'apporter une réponse négative. Les voies de fait se rencontrent d'abord dans deux hypothèses :

d'une part, en cas d'exécution forcée irrégulière d'une décision administrative, qu'importe que celle-ci soit ou non régulière (T. confl., 1902, *Société immobilière Saint-Just*) ; d'autre part, lorsque la voie de fait résulte d'une décision administrative entachée d'une très grave irrégularité (T. confl., 1935, *Action française*).

Ensuite, dans les deux hypothèses précédentes, il n'y a voie de fait qu'à deux conditions : d'une part, il faut que l'acte ou l'action administrative porte une atteinte grave, soit au droit de propriété (mobilière ou immobilière, peu importe), soit à une liberté fondamentale ; d'autre part, il faut que l'action administrative soit manifestement non susceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'Administration en vertu des textes constitutionnels, législatifs ou réglementaires.

Or, en l'espèce, il ne s'agit nullement d'un problème d'exécution forcée irrégulière. Mais il est également impossible de dire que la pose de la canalisation est une mesure non susceptible de se rattacher à un pouvoir administratif, puisque existent, comme nous le rappelle l'étude du cas, la procédure d'expropriation et celle des servitudes publiques, qui auraient permis d'assurer un cadre régulier à de tels travaux.

On peut donc songer, comme fondement à une action en justice, à la théorie de l'emprise (CE, 1961, *Werquin*). Les conditions sont ici réunies : véritable dépossession de la propriété privée immobilière des époux ; emprise irrégulière, puisque les opérations de travaux ont été menées sans titre régulier (pas de procédure d'expropriation, pas d'ins-

tauration d'une servitude). En revanche, il convient de dire aux futurs requérants que, la compétence du juge judiciaire en matière d'emprise étant

limitée à l'allocation de dommages-intérêts, ils ne pourront obtenir du juge judiciaire qu'il ordonne le déplacement de la canalisation.



**Thème principal**    **Contrôle juridictionnel  
de l'administration**

**Mots clés**    autorité des décisions du Conseil constitutionnel,  
Convention européenne des droits de l'homme,  
directive européenne, intérêt à agir, loi de  
transposition, réserves d'interprétation

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Olivier Jouanjan**  
professeur

**SUJET**

**Université de Strasbourg**

Second semestre 2008-2009

**Cas pratique :**

**Avertissement :** la triste histoire rapportée ci-dessous est inventée et toute ressemblance avec des événements réels, passés, présents ou à venir serait purement fortuite. L'étudiant considérera que le droit applicable est, sans changement, le droit existant à la date de l'examen.

La **directive communautaire** du 4 août 2009 tendant à renforcer la compétitivité internationale, à moderniser la gouvernance et à garantir la responsabilité aux besoins du marché des universités européennes a été adoptée par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission. Cette directive, dite

« directive Universités millénium », qui fait suite au « Livre blanc » de la Commission intitulé « 80 % d'une classe d'âge à Bac + 8 », prévoit notamment que :

– les présidents des universités sont nommés et révoqués par le ministre compétent dans chaque État membre après avis d'un organisme collégial dont la moitié des membres au moins sont désignés par les organismes représentatifs des chefs d'entreprises et des professions libérales et un tiers, désignés par les syndicats de salariés. Les présidents doivent être choisis parmi des personnalités possédant des compétences managériales notoires, à l'exclusion des personnels enseignants des établissements d'enseignement supérieur ;

– les personnels enseignants et administratifs sont représentés au sein d'un conseil dit « de prospective et d'animation de la vie universitaire » (conseil PAVU) dont les compétences sont exclusivement consultatives. Les enseignants-chercheurs élisent librement leurs représentants, dont le nombre ne saurait toutefois être supérieur à 10 % du nombre des membres du conseil ;

– tout enseignant-chercheur doit faire l'objet d'une évaluation annuelle à laquelle procèdent des « comités performance recherche » installés auprès de chaque université et composés d'élus locaux. Le président de l'université consulte les rapports annuels de ces comités puis établit le service des enseignants-chercheurs pour l'année à venir, service qui doit comprendre des tâches de recherche, d'enseignement, d'administration et animation, d'insertion professionnelle des étudiants ainsi qu'une « participation significative à l'entretien et la surveillance des locaux » ;

– de même, après consultation de ces rapports, le président de l'université décide de l'avancement de tout enseignant-chercheur relevant de son établissement ;

– enfin, il prononce, après avis simple du conseil PAVU, toute sanction à l'encontre des personnels de son établissement, jusqu'à la révocation sans droit à pension.

Pour une fois, la France s'est empressée de **transposer cette directive**. La loi du 17 septembre 2009 — date anniversaire de la loi de 1793 dite « loi des suspects » — précise le dispositif de la directive relativement à la composition du conseil et des comités, aux avancements et aux sanctions. Saisi, le **Conseil constitutionnel** a déclaré la conformité de la loi à la Constitution en assortissant toutefois sa décision d'une réserve d'après laquelle les dispositions concernant la procédure de sanction devaient s'interpréter conformément au principe constitutionnel selon lequel l'intéressé doit être mis à même de présenter utilement sa défense avant toute sanction prise à son encontre.

Afin d'éviter les complications inutiles qui résulteraient d'une concertation avec les personnels intéressés, un **décret** est rapidement publié le 10 octobre

2009, qui précise les conditions d'application de la loi et donc de la transposition de la directive. Ce décret dispose notamment que, lorsqu'une sanction disciplinaire est envisagée, l'intéressé doit en recevoir notification. Il bénéficie alors d'un délai de cinq jours pour adresser au président ses observations écrites sur les faits qui lui sont reprochés. Ce délai est ramené à deux jours lorsque l'intéressé a le grade de professeur des universités.

### Questions :

I. Rappelant la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au contrôle des lois de transposition de directives européennes, vous préciserez quelle a été l'étendue du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur la loi du 17 septembre. Le Conseil a assorti la déclaration de conformité de la loi à la Constitution d'une « réserve » : expliquez ce que cela signifie. (5 points)

II. M. Joseph K., professeur de génétique aléatoire à l'université Trofim Lysenko de Brie-Comte-Robert, est scandalisé par toute cette réforme. **Quelle procédure** peut-il envisager et **quel acte** peut-il attaquer ? A-t-il un **intérêt suffisant à agir** contre cet acte ? Auriez-vous vous-même, en qualité d'étudiant de licence, un intérêt à agir contre cet acte ? Que pensez-vous de l'intérêt à agir que pourraient faire valoir, toujours contre le même acte : Marguerite D., maman d'un élève turbulent de seconde scolarisé au lycée Marcel-Cerdan de Vitry-le-François et la Marquise d'O., une octogénaire qui passe ses soirées au foyer Saint-Joseph où elle séjourne à retraduire les œuvres complètes de Thomas d'Aquin. (5 points)

III. Selon Joseph K., qui s'est renseigné auprès d'un collègue juriste de l'Université de Strasbourg, les **irrégularités** sont nombreuses dans cette affaire et il relève notamment que :

- l'Union européenne n'est pas **compétente** pour adopter une directive dans la matière de l'enseignement supérieur ;

- la directive méconnaît le **principe constitutionnel de l'indépendance des enseignants-chercheurs** que ne reconnaissent, malheureusement, ni le droit communautaire ni la Convention européenne des droits de l'homme ;

- elle méconnaît le « droit à une bonne administration » garanti par la **Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne** ;

- elle méconnaît le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la **Convention européenne des droits de l'homme**, applicable aux sanctions disciplinaires ;

- en tant qu'elle reprend les dispositions de la directive, la loi méconnaît les mêmes principes ;

– le **décret** n'a pas tenu compte de ce qu'a dit le Conseil constitutionnel et, en laissant des **délais trop courts**, ne permet pas à la personne qui fait l'objet de poursuites disciplinaires de présenter utilement sa défense ; par ailleurs, en distinguant entre professeurs et autres personnels, il introduit une **violation du principe d'égalité**.

Dans l'hypothèse où le recours évoqué à la question précédente serait recevable devant le Conseil d'État, vous direz, **sans vous prononcer sur le fond**, c'est-à-dire sans évaluer le sérieux des moyens, si et dans quelle mesure la haute juridiction accepterait d'examiner les moyens ci-dessus énumérés. (10 points)

Durée de l'épreuve : 3 heures. Aucun document n'est autorisé.

## Corrigé

La question se rapporte évidemment à la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel relative au contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition des directives européennes. Cette jurisprudence, qui commence avec les décisions 496 DC du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique* et 497 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Communications électroniques et communication audiovisuelle* reconnaissent, par interprétation de l'article 88-1 de la Constitution, une exigence constitutionnelle de transposition des directives. Sans que cette interprétation hausse les directives au rang des normes de valeur constitutionnelle, elle a pour effet de **limiter** considéra-

ment le contrôle que peut exercer le Conseil constitutionnel sur une loi de transposition de directive, puisqu'une telle loi est pour ainsi dire largement couverte par l'obligation constitutionnelle de transposition. Cette jurisprudence a été ultérieurement précisée et le Conseil constitutionnel fixe à son contrôle deux limites.

En premier lieu, la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ; en second lieu, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Com-



munautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne et ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer; en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel (décisions 540 DC du 27 juillet 2006, *Droits d'auteur et droits voisins*; 543 DC du 30 novembre 2006, *Secteur de l'énergie*; 564 DC du 19 juin 2008, *Organismes génétiquement modifiés*).

Le Conseil précisait d'ailleurs, dans les décisions de 2004, qu'il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne.

De sorte, qu'il doit faire application de ces principes en l'espèce puisque la loi déferée est bien une loi de transposition. L'étudiant n'a pas à effectuer le contrôle par lui-même puisque cela ne lui est pas demandé et que le résultat de ce contrôle est indiqué dans l'énoncé : la loi est conforme à la constitution « sous réserve ».

On appelle « déclarations de conformité sous réserve » les décisions très fréquentes, par lesquelles le Conseil constitutionnel sélectionne, parmi plusieurs interprétations possibles d'une disposi-

tion législative, la seule qu'il estime conforme à la Constitution et conditionne la déclaration de constitutionnalité de cette disposition à l'exigence que celle-ci soit appliquée conformément à l'interprétation ainsi retenue. Cette technique permet au juge constitutionnel de ne pas prononcer la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition ambiguë tout en évitant qu'elle soit le point de départ d'une série de normes ou décisions inconstitutionnelles. La disposition sera donc promulguée et les droits du législateur préservés. Cette technique dite aussi de l'« interprétation conforme à la constitution » est également largement utilisée par les juridictions constitutionnelles étrangères.

## .. II

« Attaquer un acte », cela signifie introduire un recours dont l'objet est l'annulation de l'acte. En France, aucun recours n'est ouvert aux particuliers contre la loi. Il est erroné de parler de « recours par voie d'exception ». L'exception est un moyen soulevé au cours d'un procès et par lequel un requérant demande qu'une norme ne soit pas appliquée au procès à raison de son invalidité : cette norme n'est pas attaquée et son annulation n'est pas demandée. Ainsi, il est faux de dire, comme l'ont fait certains étudiants, qu'il est possible d'attaquer la loi par la voie de l'exception d'inconventionnalité. Seul un acte administratif peut être attaqué et le recours en annulation d'un acte administratif unilatéral est, en France, le recours pour excès de pouvoir. Le seul acte administratif qui peut être attaqué

est, en l'espèce, le décret d'application de la loi de transposition. S'agissant d'un décret, le recours devra être formé directement devant le Conseil d'État.

Tout recours formé devant le juge administratif suppose que le requérant puisse démontrer un intérêt suffisant à agir. Cet intérêt doit être légitime, personnel, direct et certain.

Le cas de M. K. ne pose aucune difficulté : le décret en tant qu'il modifie son statut porte directement et certainement atteinte à l'intérêt qu'on doit reconnaître personnellement à M. K., pris en sa qualité de professeur des universités. Le caractère légitime ne fait guère de doute dans la mesure où cette condition interdit le recours exercé en vue de protéger une situation irrégulière ou immorale (on ne saurait notamment se prévaloir de sa propre turpitude). Tel n'est pas le cas ici, ni d'ailleurs, pour régler la question une fois pour toutes, dans tous les autres cas évoqués.

Un étudiant peut-il demander l'annulation du décret modifiant le statut de ses enseignants et l'organisation de l'université. Une réponse positive paraît s'imposer dans la mesure où, à tout le moins, ce décret touche, en transposant la directive, à l'organisation des conseils représentatifs de l'établissement et donc, nécessairement, à la représentation étudiante.

Le cas de la mère d'un élève de lycée est plus difficile. Une première erreur commise par un nombre important de copies a consisté à analyser l'intérêt à agir du point de vue de l'élève. Or, il s'agit bien d'un recours que le parent, en son nom propre, entend exercer et l'inté-

rêt doit être apprécié au regard de la situation de celui-ci et non de l'élève. Si sa qualité de parent peut lui donner donc un intérêt **personnel**, il ne peut s'agir que de l'intérêt **moral** qui doit être reconnu au parent et concernant la qualité de l'éducation de leurs enfants. Le problème réside essentiellement dans l'appréciation du caractère direct et certain de la lésion de cet intérêt moral. La circonstance que l'enfant soit dit turbulent ne saurait entrer en ligne de compte, contrairement à ce que de nombreuses copies ont cru pouvoir affirmer. On peut accepter que, se fondant sur le libéralisme du Conseil d'État dans les arrêts classiques *Lot*, *Damasio* et *Abisset*, les étudiants concluent à ce que l'intérêt n'est ni trop indirect, ni trop incertain, selon la formule du professeur Chapus. Il est toutefois probable que, à raison du fait que l'enfant de M<sup>me</sup> D. n'est pas en âge d'entrer à l'université, le Conseil d'État estime que le caractère certain de l'intérêt lésé ne soit pas démontré.

Quant à la Marquise d'O., elle ne paraît, au vu de l'énoncé, avoir aucune qualité qui puisse lui donner intérêt à agir contre un décret réformant l'université, une institution avec laquelle elle n'a manifestement plus aucun lien. Le recours pour excès de pouvoir n'est pas une action populaire.



Il s'agissait ici, évidemment de la question la plus difficile. Les principes de sa résolution sont essentiellement à chercher dans l'arrêt du Conseil d'État du

10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, une décision qui avait fait l'objet d'un long développement en cours et qui fait suite à la décision plus connue du 8 février 2007, *Société Arcelor*. Il convient de poser clairement les principes du contrôle exercé sur le décret d'application d'une loi de transposition d'une directive européenne avant de les appliquer à l'espèce. On peut synthétiser ces principes comme suit :

### 1. S'agissant du contrôle de la validité de la directive

Le Conseil d'État recherche, si le moyen est évoqué devant lui, si la directive est conforme au droit communautaire et écarte ce moyen lorsqu'il ne lui apparaît pas fondé. En revanche, s'il a un doute quant au bien-fondé d'un tel moyen, il ne saurait se prononcer sur la validité de la directive et doit renvoyer cette question de validité d'un acte européen à la Cour de justice des Communautés européennes. Par ailleurs, les droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme font partie intégrante du droit communautaire à titre de principes généraux de ce droit. La question de la conformité d'une directive à ce droit de la Convention se ramène à l'hypothèse précédente.

### 2. S'agissant du contrôle de la loi

Le Conseil d'État contrôle normalement la conformité d'une loi à une convention internationale (jurisprudence *Nicolo*) et aussi aux directives (v. CE, Ass., 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France*).

Toutefois, tout ce qui dans la loi concernée n'est que l'« exacte transposition de la directive » ne saurait faire l'objet d'un contrôle spécifique puisque les dispositions concernées sont **couvertes** par la directive et dépendent entièrement du contrôle effectué sur la directive (et de la question préjudicielle éventuelle). Ne peuvent donc être spécifiquement invoqués que des moyens soit de contrariété de la loi à la directive qu'elle transpose, soit de non-conformité des dispositions non couvertes par la directive à des normes conventionnelles, à l'exception des normes constitutionnelles (le Conseil d'État ne contrôle pas la constitutionnalité des lois et, au moment de l'épreuve, les dispositions nouvelles de l'article 61-1 de la Constitution, introduisant la question de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel ne sont pas encore en vigueur à raison de la non-adoption de la loi organique qui doit en aménager le régime).

### 3. S'agissant du contrôle du décret

Les mêmes principes que précédemment s'imposent par analogie concernant le contrôle du décret : les contrôles précédents épuisent les questions de validité des dispositions du décret qui sont la stricte application de la directive et de la loi. Seules des irrégularités propres au décret, non couvertes par la directive ou la loi, peuvent être valablement invoquées. Toutefois, la question la plus difficile se pose lorsque l'inconstitutionnalité d'un tel décret est invoquée et que la norme constitutionnelle pertinente est un droit fondamental strictement natio-

nal qui n'est reconnu ni par le droit communautaire ni par la Convention européenne des droits de l'homme. Selon le Conseil d'État, dans la décision *Arcelor* et conformément à l'arrêt *Sarran*, il appartient au juge administratif français d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées.

On peut maintenant reprendre chacune des questions en faisant tout de même attention aux possibles pièges glissés par un professeur malveillant...

• **S'agissant de l'incompétence de l'Union européenne à adopter une telle directive.** S'il estime qu'il existe un doute sérieux sur cette question, le Conseil d'État devra renvoyer la question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes. De fait, l'Union européenne n'a pas compétence pour édicter une telle directive dans la matière de l'enseignement supérieur. Mais la question du bien-fondé ou non des arguments n'est pas posée. Plusieurs copies évoquent le processus de Bologne pour réfuter l'incompétence prétendue de l'Union. Cette évocation dépassait le cadre de la question posée (à lire toujours très attentivement) et sur le fond, le processus de Bologne ne résulte pas d'une directive de l'Union, qui eût été incompétente. L'argument est certainement bien-fondé et l'on espère qu'une telle directive ne puisse provenir que de l'imagination d'un professeur encore sans doute traumatisé par des événements récents (2009), mais il n'avait pas à être discuté par l'étudiant qui doit pouvoir distinguer entre la recevabilité d'un moyen et son bien-fondé.

• **Sur le principe de l'indépendance des professeurs d'université.** Ici la question est beaucoup plus délicate. On doit s'en tenir à l'énoncé du sujet qui précise que ce droit fondamental n'est pas reconnu ni par le droit communautaire ni par le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Arcelor* précise que la constitutionnalité du décret est alors directement examinée par le Conseil d'État, qui passe ainsi outre l'écran que forme la directive. Dans l'ordre interne, la Constitution reste la norme suprême, comme l'affirme l'arrêt *Sarran*. On peut en conclure que la directive ne fera pas écran. Toutefois, la question, que n'évoquent ni l'arrêt *Arcelor* ni l'arrêt *Conseil national des barreaux*, mais qui se pose en l'espèce, est de savoir si la loi ne fait pas écran. Si, dans un tel cas, le Conseil d'État estime pouvoir écarter l'écran de la directive, peut-il écarter l'écran de la loi ? On peut raisonnablement penser que non. Ici, la question de la constitutionnalité du décret se ramène à la question de la constitutionnalité de la loi. Or le Conseil d'État n'est pas compétent pour examiner la constitutionnalité de la loi. Mais surtout, le Conseil constitutionnel a déclaré la conformité à la constitution de cette loi et cette déclaration lie le juge administratif. Bien que le juge administratif ne se soit pas encore expressément prononcé sur une telle question, on peut admettre que la loi, déclarée constitutionnelle, fait écran et empêche le contrôle direct de la constitutionnalité du décret sur ce point. Il s'agissait ici d'une question extrêmement difficile et elle n'avait pas pour but de sanctionner l'étudiant qui ne la voyait pas. Elle donnait une prime aux

copies, très peu nombreuses, qui soulevaient, plus ou moins, le problème.

- **Le moyen tiré de la Charte européenne des droits de l'homme** est irrecevable dans la mesure où cette Charte n'a pas force obligatoire.

- **La directive méconnaît l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.** Puisque le droit communautaire reconnaît à titre de principes généraux du droit communautaire les droits de la Convention, dans le cas où le Conseil d'État a un doute sérieux sur cette question, il doit renvoyer la question à la Cour de justice des Communautés européennes.

- **En tant qu'elle reprend les mêmes principes, la loi serait inapplicable.** Ici, il faut faire une stricte application de la jurisprudence *Conseil national des barreaux*, ce qui a pour conséquence que le contrôle de la loi se confond avec le contrôle de la directive. Il n'est invoqué aucune inconventionnalité propre de la loi. Son sort dépend donc des questions préjudicielles que le Conseil d'État pourra poser à la Cour de justice des Communautés européennes. Pour le reste, il ne faut pas oublier que la loi a été déclarée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel.

- **Quant à la validité du décret.** Il apparaît que les griefs formulés à l'encontre du décret (violation des droits de la défense et du principe d'égalité) résultent d'ajouts propres au décret et ne sont pas la conséquence nécessaire ni de la directive, ni de la loi. Dès lors, sans que se pose la question de l'éventuel écran que pourraient former la directive ou la loi, le juge administratif peut directe-

ment s'emparer de cette question et statuer sur la violation éventuelle par le décret des principes du respect des droits de la défense et de l'égalité devant la loi. Il n'est pas demandé d'évaluer le bien-fondé de ces moyens, même si la violation de l'égalité apparaît ici particulièrement évidente. Il faut en revanche évoquer la réserve d'interprétation formulée par la décision du Conseil constitutionnel et qui, conformément à une jurisprudence désormais bien établie, s'impose au juge administratif : le décret devait tenir compte de l'interprétation de la loi fixée par le Conseil constitutionnel et le juge doit donc particulièrement contrôler que les droits de la défense sont respectés par ce décret.

\*

Ce cas pratique était nettement divisé en deux parties. Les deux premières questions (notées sur 10 points) apparaissaient relativement faciles à résoudre. Elles étaient plutôt des questions de cours et permettaient de reconnaître, à travers leurs copies, les étudiants qui avaient maîtrisé les fondamentaux de la matière. La troisième question était nettement plus difficile et avait pour objet de distinguer, parmi les étudiants, ceux qui avaient simplement « appris le cours » (ce qui n'est jamais suffisant) de ceux qui avaient **réfléchi** aux questions les plus actuelles du droit public français. La moyenne des notes s'est établie autour de 9/20, ce qui est un résultat normal. Mais les très bonnes copies (au-dessus de 15/20) furent très peu nombreuses. Cela démontre la tendance malheureuse des étudiants à **moins**

**réfléchir qu'à apprendre par cœur, à bachoter.** Si la mémoire est nécessaire, elle n'est cependant pas suffisante : réflé-

chir est aussi une exigence qui s'impose au juriste professionnel.

## 2. L'organisation administrative

**Thème principal** Administration d'État

**Mots clés** ministère, direction d'administration centrale, décret, pouvoir réglementaire

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Pascale Gonod**  
professeur

**SUJET**

**Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)**

Premier semestre 2008-2009

### Cas pratique :

Après avoir lu les trois textes figurant ci-après, veuillez traiter, dans l'ordre, les points suivants :

1. Indiquez la signification de l'une des quatre mentions soulignées et en gras. (3 points)
2. Commentez l'article 1<sup>er</sup> du décret du 22 décembre 2008. (5 points)
3. Résumez les missions de la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique telles qu'elles sont définies par le décret du 22 décembre 2008. (3 points)

4. En vous appuyant sur les documents ci-après, indiquez quelles sont les évolutions les plus significatives relatives à cette direction depuis 1945. (4 points)
5. Quel est l'auteur (ou quels sont les auteurs) de ce décret ? Aurait-il pu comporter la signature du chef de l'État ? Justifiez votre réponse. (3 points)
6. Quelle est la signification de l'article 4 du décret du 22 décembre 2008 ? (2 points)

**Ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires et instituant une direction de la Fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile (extrait)**

Article 15 : Il est institué à la présidence du gouvernement une direction de la Fonction publique qui est chargée :

- 1° De préparer les éléments d'une politique d'ensemble de la fonction publique ;
- 2° D'établir ou de faire établir une documentation et des statistiques d'ensemble touchant la fonction publique ;
- 3° D'étudier toute proposition tendant à :
  - a) Améliorer l'organisation des services publics ;
  - b) Coordonner les règles statutaires particulières aux divers personnels de l'État et des autres collectivités publiques ;
  - c) Aménager les principes de la rémunération et le régime de prévoyance de ces personnels.

Le ministère de l'Économie et des Finances participe à l'étude de tous les projets élaborés ou examinés par la présidence du gouvernement au titre du paragraphe 3° ci-dessus.

Le ministre de l'Économie et des Finances signe ou contresigne tous les textes relatifs à la fonction publique ou aux fonctionnaires qui ont des répercussions financières directes ou indirectes.

**Décret n° 59-210 du 3 février 1959 fixant les attributions de la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique (extrait)**

Le Premier ministre,

Vu la Constitution, et notamment son article 37 ;



Vu l'ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945 modifiée relative à la formation, au recrutement de certaines catégories de fonctionnaires et instituant une direction de la Fonction publique ;

Vu la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires.

Article 1 : La direction générale de l'Administration et de la Fonction publique au secrétariat général du Gouvernement est chargée, sous l'autorité du Premier ministre, des attributions conférées à celui-ci par l'ordonnance du 9 octobre 1945 et par la loi du 19 octobre 1946 portant statut général des fonctionnaires.

Le Premier ministre peut lui confier les questions administratives de caractère général relevant de sa compétence.

### **Décret n° 2008-1413 du 22 décembre 2008 relatif à la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique (*texte intégral*)**

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique,

Vu la Constitution, notamment le second alinéa de son article 37 ;

Vu le Code de justice administrative, notamment son article R. 123-20 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, ensemble la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

Vu l'ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945 modifiée relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires et instituant une direction de la Fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile ;

Vu le décret n° 84-588 du 10 juillet 1984 modifié relatif aux instituts régionaux d'administration ;

Vu le décret n° 87-389 du 15 juin 1987 modifié relatif à l'organisation des services d'administration centrale ;

Vu le décret n° 92-604 du 1<sup>er</sup> juillet 1992 modifié portant charte de la **déconcentration** ;

Vu le décret n° 99-945 du 16 novembre 1999 modifié portant statut particulier du corps des administrateurs civils ;

Vu le décret n° 2002-49 du 10 janvier 2002 modifié relatif aux missions, à l'administration et au régime financier de l'**École nationale d'administration** ;

Vu l'avis du comité technique paritaire central de l'administration centrale du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et du ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique en date du 5 décembre 2008 ;

Vu l'avis du comité technique paritaire ministériel unique au ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et au ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique en date du 9 décembre 2008 ;

Vu l'avis du comité technique paritaire ministériel des services du Premier ministre en date du 11 décembre 2008 ;

Vu l'avis du comité paritaire spécial de la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique en date du 12 novembre 2008 ;

Le Conseil d'État (section de l'administration) entendu,

DÉCRÈTE :

Article 1 : L'administration centrale du ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique comprend une direction générale de l'Administration et de la Fonction publique.

Article 2 :

I. La direction générale de l'Administration et de la Fonction publique est chargée :

1° De piloter et de coordonner la gestion des ressources humaines dans les administrations de l'État, notamment en matière de gestion prévisionnelle de l'emploi public, de politiques de recrutement et de formation professionnelle ;

2° De préparer et de mettre en œuvre les projets concernant le statut général des **fonctionnaires** ainsi que ses évolutions, les dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, les textes concernant les agents non titulaires ainsi que les dispositions relatives aux droits sociaux et aux régimes de retraite propres aux agents publics ;

3° D'assurer la coordination des dispositions statutaires, indicielles et indemnitaires propres à chaque administration de l'État ainsi qu'aux fonctions publiques territoriale et hospitalière ;

4° De participer à la définition de la politique salariale et des règles relatives à la rémunération et au temps de travail des agents publics ;

5° De participer à la conception, à l'animation, à l'exécution et au contrôle des politiques d'action sociale, de protection sociale, d'hygiène, de sécurité et de prévention en faveur des agents publics.

II. Elle est également chargée :

1° D'assurer le secrétariat du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État institué par l'article 13 de la loi du 13 janvier 1984 susvisée et de la commission de déontologie instituée par l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée ;

2° D'assurer la tutelle de l'École nationale d'administration et des instituts régionaux d'administration ;

3° D'assurer la gestion interministérielle du corps des administrateurs civils ;

4° D'apporter son concours, pour ce qui la concerne, à la préparation et à la mise en œuvre des mesures relatives à l'encadrement supérieur de l'État.

III. Dans le cadre de ses missions, la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique anime le dialogue social interministériel et pilote les réseaux interministériels de gestion des ressources humaines. Elle veille à la qualité et à l'accessibilité du droit de la fonction publique et participe à la définition, à la mise en œuvre et au développement des systèmes d'information intéressant la gestion des ressources humaines. Elle élabore, rassemble et diffuse, en liaison avec les autres services intéressés, les statistiques, études, recherches et documentations relatives aux fonctions publiques. Elle veille à la connaissance de l'environnement européen et international et participe aux actions de coopération administrative internationale.

Article 3 : Sont abrogés :

1° L'article 15 de l'ordonnance du 9 octobre 1945 susvisée ;

2° Le décret n° 59-210 du 3 février 1959 fixant les attributions de la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique.

Article 4 : Le présent décret peut être modifié par décret.

Article 5 : Le ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique et le secrétaire d'État chargé de la fonction publique sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et sera publié au *Journal officiel de la République française*.

Fait à Paris, le 22 décembre 2008.

François Fillon

Par le Premier ministre :

Le ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, Éric Woerth

Le secrétaire d'État chargé de la fonction publique, André Santini

# Corrigé

Il convient de prendre connaissance de tous les documents qui servent de support à l'exercice et de l'ensemble des questions posées, et ce afin de comprendre le sujet, mais également en vue notamment d'éviter les redites et de « calibrer » les réponses; la considération des points accordés à chaque question est susceptible de faciliter la répartition du temps de travail à consacrer à chaque question.

## 1. Indiquez la signification de l'une des quatre mentions soulignées et en gras

Il s'agit d'une question faisant uniquement appel aux connaissances — et ne présente donc aucune difficulté particulière —, qui est ouverte puisque le candidat choisi parmi quatre mentions celle dont il souhaite livrer la signification. Il est inadapté (puisque telle n'est pas la demande) et inutile (puisque seule la première mention est lue et évaluée) de livrer la signification de toutes les mentions. Selon le choix opéré, il suffisait d'indiquer :

– la déconcentration est un transfert de compétences d'un organe central à un organe non central, lequel demeure lié par la voie hiérarchique à l'organe central. Il s'agit d'un mode d'organisation de l'administration dit de centralisation imparfaite;

– l'École nationale d'administration est une école de formation de la haute fonction publique constituée en établissement public administratif;

– un fonctionnaire est un agent nommé et titularisé dans un grade de la hiérarchie des administrations publiques;

– la tutelle est un mode de contrôle entre des personnes juridiques (notamment, en droit public, par les personnes morales fondamentales sur leurs établissements publics, et, avant 1982, de l'État sur les collectivités territoriales infra-étatiques). L'absence d'exposé des composantes de la tutelle (annulation, réformation, autorisation, substitution, etc.) n'a pas été sanctionnée.

## 2. Commentez l'article 1<sup>er</sup> du décret du 22 décembre 2008

La seule difficulté apparente de la question tient à l'extrême brièveté de la disposition à commenter. C'est pourquoi, l'effort consistait à rechercher « hors » de la disposition elle-même des éléments propres à mener le commentaire, et ce en évitant de procéder à un simple exposé de connaissances. Cela étant compris, l'exercice est d'une grande facilité.

Cet article fixe un élément de l'organisation de l'administration centrale d'un ministère. Pour en mener le commentaire, il était possible de confronter au « modèle » d'organisation centrale la

structure nouvelle et mettre en évidence son originalité ou son classicisme.

Aussi, l'on devait tout d'abord décrire les principes de la structure des administrations centrales : pyramidales et hiérarchisées. Par suite, il est nécessaire d'indiquer la mise en œuvre classique de ces principes : bureaux regroupés en sous directions, sous directions regroupées en directions (avec parfois un niveau intermédiaire, dits services), lesquelles sont parfois coordonnées par un secrétariat général (comme au ministère de la Défense nationale) et qui dépendant du ministre et de son cabinet. Il était bienvenu de signaler qu'il existe deux types de directions, soit les directions dites horizontales (qui correspondent notamment aux fonctions de gestion propres au département ministériel) et les directions dites verticales (qui correspondent aux attributions du ministère), et d'indiquer que les dénominations de ces structures sont variables (direction générale ou direction par exemple).

Ensuite, il convient d'indiquer que cette structure traditionnelle est complétée par d'autres organes qui dépendent du ministre, ou bien hiérarchiquement (service de communication par exemple, mais aussi délégation, mission, corps d'inspection), ou bien sont soumis à sa tutelle (les établissements publics), ou bien encore lui sont seulement rattachés (cas de certaines autorités administratives indépendantes).

Cela étant rappelé, il était possible de caractériser rapidement la direction instituée.

De plus, le commentaire de cet article imposait de revenir sur les compétences

en matière de découpage d'un département ministériel en directions — il est fixé par décret, comme en l'espèce — et en sous directions — par arrêté du ministre intéressé —, et, par suite, de s'interroger sur la stabilité — ou non — des structures centrales (et ce que révèle à cet égard le cas de cette direction, qui est ancienne), et sur ce que consacrent ces structures du point de vue de la politique gouvernementale menée.

### 3. Résumez les missions de la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique telles qu'elles sont définies par le décret du 22 décembre 2008

Il s'agissait, concrètement, de résumer l'article 2 du décret, consacré aux missions de la direction. Dans la mesure où il est structuré en trois paragraphes, ceux-ci peuvent aisément servir de guide dans la constitution du résumé. Il s'agit de **résumer** et donc pas de **recopier**, ou encore de sélectionner deux trois missions et de les juxtaposer pour faire un texte plus court. Le résumé indique une rédaction en quelques lignes (pas plus de dix eu égard au volume de l'article en question)

#### *Résumé possible :*

La direction générale de l'Administration et de la Fonction publique est chargée d'une mission de conception, de coordination et de mise en œuvre des règles applicables aux fonctionnaires de l'État et des politiques publiques relatives

aux ressources humaines de l'État. Elle assure également une mission de secrétariat (tel celui du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État) et d'administration de corps d'encadrement supérieur de l'État. Elle prend enfin en charge une mission d'animation, de recherches et de diffusion des données propres à la fonction publique, et ce tant sur un plan interne que sur les plans européen et international.

4. En vous appuyant sur les documents reproduits, indiquez quelles sont les évolutions les plus significatives relatives à cette direction depuis 1945

Il s'agit ici d'aiguiser sa curiosité et de comparer les différents textes. On remarque alors trois éléments :

D'abord la dénomination : direction de la Fonction publique en 1945 ; elle devient, en 1959, direction **générale** de l'Administration et de la Fonction publique, dénomination actuellement maintenue.

Ensuite, et à travers la dénomination : on passe d'une direction à une direction générale, et, s'agissant des missions, d'une direction en charge non plus seulement de la fonction publique mais aussi de l'administration.

Enfin, la direction est rattachée au départ à la présidence du gouvernement, puis en 1959, toujours sous l'autorité du Premier ministre, au secrétariat général du gouvernement, et depuis 2008 à un ministère, celui du Budget, des Comptes publics et de la Fonction

publique. Est ainsi opéré le passage d'une mission interministérielle à une mission ministérielle.

5. Quel est l'auteur (ou quels sont les auteurs) de ce décret ? Aurait-il pu comporter la signature du chef de l'État ? Justifiez votre réponse.

La question comporte deux volets et une indication : la justification. Il convient de s'y conformer. Elle impose de revenir sur le partage du pouvoir réglementaire au sommet de l'État, tel qu'opéré par la Constitution (articles 21 et 13 notamment) et interprété par le juge administratif (en particulier les jurisprudences *Sicard* de 1962 et *Meyet* de 1992), sans que le candidat ne puisse se contenter d'un simple exposé de ses connaissances en la matière (ce à quoi invite seulement la justification réclamée).

Les visas autant que la signature permettent de dire formellement qu'il s'agit d'un décret du Premier ministre. À ce titre, il comporte la cosignature du ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, et du secrétaire d'État chargé de la fonction publique (c'est-à-dire des « ministres chargés de l'exécution », conformément aux dispositions constitutionnelles).

Le décret aurait pu être signé par le président de la République s'il avait été délibéré en Conseil des ministres, présidé par le président de la République, ce qui aurait alors fait du texte un décret de ce dernier (affaire *Meyet*).

## 6. Quelle est la signification de l'article 4 du décret du 22 décembre 2008 ?

La formule de l'article 4 : « Le présent décret peut être modifié par décret », peut *a priori* apparaître absurde en raison de la règle du parallélisme des compétences et des formes, et de l'imprécision des formules utilisées qui rend complexe l'interprétation.

On sait cependant qu'il existe plusieurs sortes de décret, dits simples ou en

Conseil d'État par exemple, ce qui introduit une hiérarchie procédurale entre ces deux types de décrets.

On pouvait s'interroger sur la nature de ce décret : il s'agit d'un décret en Conseil d'État (dans les visas on peut repérer la mention « le Conseil d'État (la section de l'administration) entendu ») ; on peut peut-être penser que l'article 4, si on veut lui donner un effet utile et dépasser son absurdité apparente, autorise la modification par décret simple de ce décret en Conseil d'État.





# 3. Les actes de l'administration

**Thème principal**    **Acte unilatéral**

**Mots clés**

directive, retrait, modification unilatérale du contrat, responsabilité du fait de la police administrative, arme à feu, responsabilité du fait du service public hospitalier, chefs de préjudice

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Agathe Van Lang**  
professeure

**SUJET**

**Université de Nantes**

Second semestre 2008-2009

**Cas pratique :**

## **Panique à la fac**

I. Au printemps 2008, le ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche décide de revoir les critères d'attribution des bourses d'étude allouées aux étudiants. À cette fin, il adresse une note datée du 20 avril aux rectorats, selon laquelle les services compétents devront prendre en compte prioritairement le succès en 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> année de licence, puis dans les années suivantes (L3 et master), et enfin les critères sociaux, pour allouer des bourses aux demandeurs. Le ministre ajoute que la réponse ne pourra être donnée qu'après examen particulier de chaque dossier.

Ayant demandé une bourse comme chaque année, votre amie Bérangère, étudiante en master 1 d'histoire, obtient une réponse positive du rectorat d'académie de Nantes le 10 septembre 2008, qui vise la note du ministre du 20 avril 2008. Le premier versement doit intervenir fin novembre. Mais le 15 novembre, elle reçoit une lettre (datée du 14 novembre) l'informant que cette décision a été retirée, et qu'il lui est possible de former un recours administratif ou juridictionnel dans un délai de deux mois.

Bérangère, comptant sur vos lumières en droit administratif, vous demande conseil. Elle souhaite des informations sur les points suivants (7 points) :

– comment s'analyse juridiquement la note du ministre du 20 avril ? Est-il possible de la contester directement devant une juridiction ?

– la décision positive du 10 septembre peut-elle se fonder sur ce texte ? Comment s'analyse juridiquement cette décision ?

– que signifie, dans la lettre reçue le 15 novembre, le terme « retirée » ? L'administration pouvait-elle légalement retirer la décision du 10 septembre ?

Votre ami François a lui aussi fait une demande de bourse, adressée par lettre recommandée avec accusé de réception au rectorat. L'accusé de réception lui indique que sa demande est parvenue au service compétent le 5 juillet. Mais le 15 septembre, il n'a pas encore reçu de réponse. Ne sachant qu'en penser, il vous demande également de l'éclairer sur sa situation. (2 points)

**II.** L'université de Nantes, établissement public administratif, a passé un contrat en 1999 avec la société Atoufaire, pour assurer la maintenance des photocopieuses, téléviseurs et magnétoscopes utilisés par les enseignants.

Devant l'afflux des étudiants en première année de droit et de lettres, l'université demande à la société Atoufaire, dans le cadre du contrat, d'équiper plusieurs amphithéâtres en matériel audiovisuel afin d'assurer des cours en visioconférence.

Le directeur de la société estime que ces nouvelles prestations excèdent ses compétences et refuse de s'exécuter.

Analysez juridiquement la situation, sans oublier de qualifier le contrat. Précisez quels sont les moyens d'action respectifs des deux parties au contrat. (4 points).

**III.** Au printemps 2009, un mouvement de protestation se développe à l'université de Nantes. Des étudiants déterminés à faire céder le gouvernement décident d'organiser le blocus des locaux de la faculté de droit. Des agitateurs étrangers au campus se mêlent à eux et, l'alcool aidant, des bagarres éclatent.

Les services de police, appelés par la présidence de l'université, arrivent sur les lieux et sont accueillis par des railleries et des insultes. Perdant son calme,

l'agent Lacata tire en l'air avec son arme de service. La balle ricoche sur un lampadaire et tue malencontreusement un étudiant, Simon Lapoisie.

Extrêmement choquée, son amie Huguette s'évanouit et se cogne la tête au bord du trottoir en tombant. Elle est transportée aux urgences de l'hôpital de Nantes, où, en raison de l'encombrement du service, elle n'est prise en charge qu'au bout de plusieurs heures. L'hématome sous-dural dont elle souffrait ne pouvant être totalement résorbé, Huguette subit des séquelles importantes et définitives : maux de tête violents, perte de concentration et d'acuité de sa vision. Elle doit renoncer à poursuivre ses études ainsi qu'à son sport favori, le tir à l'arc.

Conseillez les parents de Simon, et son amie Huguette, dans leurs actions en responsabilité : qui poursuivre et sur quel(s) fondement(s) juridique(s) ? Quels préjudices invoquer ? (7 points)

## Corrigé

### I. L'attribution des bourses d'étude

#### 1. Analyse juridique de la note du ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

La note du 20 avril 2008 adressée par le ministre aux rectorats constitue une directive, c'est-à-dire un acte administratif unilatéral du type défini par la jurisprudence de la Section du Conseil d'État du 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France* (Rec. p. 750). En effet, cette note a pour objet de poser des critères destinés à encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative dans l'attribution des bourses d'étude. Elle est adressée par le ministre, chef de service, à ses

subordonnés. Le texte précise que la réponse à une demande de bourse ne pourra intervenir « qu'après examen particulier de chaque dossier », ce qui constitue un indice permettant d'identifier la directive : contrairement au règlement, la directive ne prive pas l'autorité administrative de sa liberté d'appréciation, qui s'exprime dans la faculté d'y déroger, après examen particulier de chaque affaire, pour des motifs d'intérêt général ou des motifs tirés des particularités du cas examiné.

À l'instar des circulaires non impératives et des véritables mesures d'ordre intérieur, la directive n'est pas une décision administrative, au sens d'acte faisant grief. Selon les termes de l'arrêt *Société Géa* (CE, Sect., 29 juin 1973, Rec. p. 453), « n'ayant aucun caractère régle-

mentaire », les directives « ne modifient pas, par elles-mêmes, la situation juridique des administrés ». L'absence de caractère décisoire et d'effets directs sur les administrés justifie que ce type d'acte ne peut être contesté directement devant le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE, 18 oct. 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, Rec. p. 338).

## 2. Analyse juridique de la décision du 10 septembre 2008 concernant Béragère

La réponse positive datée du 10 septembre obtenue par Béragère constitue une décision administrative. Plus précisément, il faut y voir un acte individuel (c'est-à-dire un acte dont le destinataire est nommément désigné ; en l'occurrence, Béragère) créateur de droits. Sur ce point, il convient de se référer à l'arrêt de Section du Conseil d'État du 6 novembre 2002, *M<sup>me</sup> Soulier* (Rec. p. 369), précisant qu'une « décision administrative accordant un avantage financier créé des droits au profit de son bénéficiaire ». La décision du rectorat d'académie de Nantes qui accorde une bourse d'étude à Béragère correspond assurément à cette définition.

La décision du 10 septembre 2008 visait la note du ministre du 20 avril 2008 : il n'y a là rien d'irrégulier. En effet, l'administration est en droit de se fonder explicitement sur une directive pour justifier une décision individuelle. On voit par là que la directive est opposable aux administrés. De cette situation découle

la possibilité de soulever, par voie d'exception, l'illégalité de la directive, à l'occasion d'un recours contentieux contre l'acte individuel qui en procède.

## 3. Analyse juridique de la lettre du 14 novembre 2008

Cette lettre informant Béragère que la décision du 10 septembre a été retirée constitue une décision de retrait. Le retrait est l'annulation d'un acte administratif par l'autorité administrative. À la différence de l'abrogation, le retrait supprime non seulement les effets futurs de l'acte, mais aussi ses effets passés : le retrait rétroagit, en faisant disparaître l'acte administratif unilatéral à compter de son édicition.

L'administration pouvait-elle légalement retirer la décision accordant à Béragère une bourse ? Il s'agit d'examiner ici les conditions du retrait, dont nous savons qu'elles varient selon le type d'acte. Nous avons établi précédemment que la décision retirée était un acte individuel créateur de droits, explicite qui plus est (la décision a bien été portée à la connaissance de sa bénéficiaire). Par conséquent, la solution en l'espèce est régie par la jurisprudence *Ternon* (CE, Ass., 26 oct. 2001, Rec. p. 497), selon laquelle « l'administration ne peut retirer une décision créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ». Pour être légal, le retrait de la bourse devait intervenir dans un délai de quatre mois et se fonder sur l'illégalité de l'acte. Si la condition de délai est remplie (le délai de quatre mois prend fin le 10 jan-

vier 2009, or le retrait a été édicté le 14 novembre 2008), en revanche rien n'indique que cette décision est illégale. En effet, l'énoncé du sujet ne donne pas suffisamment de détails concernant la situation de Bérangère au regard des critères sociaux et de mérite déterminant l'octroi d'une bourse d'étude, pour que nous puissions nous prononcer sur ce point.

*À noter que le plus important n'est pas nécessairement, dans le traitement d'un cas pratique, de parvenir à une solution certaine et définitive, mais de faire la démonstration de connaissances adaptées et d'un raisonnement rigoureux. L'aveu d'un doute, ou d'une hésitation possible entre plusieurs options, n'est donc nullement pénalisant.*

#### 4. Cas de François

François n'a pas obtenu de réponse à sa demande de bourse formée par lettre recommandée avec accusé de réception. Depuis la **loi du 12 avril 2000**, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, le silence gardé par l'administration pendant plus de deux mois sur une demande vaut décision de rejet (art. 21). La demande de François est parvenue au service compétent le 5 juillet 2008, l'accusé de réception faisant foi. Le 15 septembre, alors que plus de deux mois se sont écoulés, François se trouve donc confronté à une décision implicite de rejet, acquise précisément le 5 septembre (à 24 h). La décision lui étant défavorable, François peut avoir intérêt à la contester devant le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir. Il faut lui préciser qu'il dispose pour ce faire d'un délai de deux

mois, à compter de la date d'acquisition de la décision implicite. Ce délai commence à courir le 6 septembre à 0h et s'achève le 7 novembre à 24h : il s'agit en effet d'un délai franc. Par conséquent, le 15 septembre, le délai n'est pas expiré et le recours pour excès de pouvoir demeure possible. Ceci dit, nous ne disposons pas de suffisamment d'indications concernant la situation de François pour apprécier ses chances de succès devant le juge administratif.

## II. La modification du contrat

L'identification de la nature administrative ou privée du contrat en cause est un préalable nécessaire, dès lors que la question posée concerne des difficultés liées à l'exécution du contrat. Le régime juridique applicable, ainsi que la juridiction compétente pour connaître du contentieux découlent en effet de cette qualification.

### 1. Qualification du contrat

Le contrat conclu en 1999 entre l'université de Nantes et la société Atoufaire pour assurer la maintenance de certains matériels pédagogiques (photocopieuses, téléviseurs et magnétoscopes) est un contrat administratif. En l'occurrence, il correspond par son objet à la catégorie des marchés publics, qui sont toujours des contrats administratifs par détermination législative depuis la **loi du 11 décembre 2001, MURCEF**. Aux termes du Code des marchés publics

(art. 1 et 2), les marchés publics sont des « contrats conclus à titre onéreux par l'État, ses établissements publics [...] avec des personnes publiques ou privées pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, fournitures ou services ». Pour affiner la qualification, nous pouvons relever que ce contrat, passé entre un établissement public administratif et une entreprise privée, constitue un marché de services, ayant pour objet des prestations matérielles.

*On observera ici que le travail de qualification du contrat suppose d'envisager d'abord les catégories législatives, et secondairement, de recourir aux critères jurisprudentiels. Cela peut représenter une économie de temps non négligeable, pour parvenir vraisemblablement au même résultat, soit l'identification d'un contrat administratif ! En outre, le maniement des critères jurisprudentiels s'avère plus hasardeux, en ce qu'il suppose une connaissance précise de la jurisprudence. C'est donc seulement devant l'impossibilité de faire jouer la détermination textuelle du contrat que l'on examinera les critères jurisprudentiels.*

## 2. Les moyens d'action respectifs des deux parties au contrat

Le problème à traiter surgit en cours d'exécution du contrat, la personne publique partie au contrat ayant demandé à son cocontractant privé de nouvelles prestations (équipement d'amphithéâtres en matériel audiovisuel). Le directeur de la société Atoufaire considère que ces nouvelles prestations excè-

dent ses compétences et refuse de s'exécuter.

Le régime du contrat administratif se singularise par l'existence de pouvoirs exorbitants au profit de l'administration. L'administration contractante dispose toujours, en particulier, d'un pouvoir de modification unilatérale, fondé sur les exigences nouvelles de l'intérêt général que sert le contrat administratif. Ce pouvoir lui a été reconnu au début du XX<sup>e</sup> siècle par l'arrêt du Conseil d'État du 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* (Rec. p. 5), confirmé par les arrêts du Conseil d'État du 21 mars 1910, *Compagnie générale des tramways* (Rec. p. 216) et du 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux* (Rec. p. 33). En l'espèce, le besoin nouveau paraît exister (augmentation notable des effectifs étudiants en première année de droit et de lettres), et les nouvelles prestations demandées ne sont pas très éloignées de celles stipulées au contrat en 1999. L'université est donc en droit d'attendre de son cocontractant qu'il s'exécute, à défaut elle pourra user de l'arsenal de sanctions unilatérales qui figure au nombre des prérogatives exorbitantes de l'administration contractante.

Quant à la société Atoufaire, elle a droit au respect de l'équilibre financier du contrat : le surcoût entraîné par ces nouvelles obligations sera compensé intégralement par l'université (CE, 21 mars 1910, *Cie générale des tramways*). Si elle refuse de s'exécuter, comme son directeur menace de le faire, elle risque d'être fautive et d'encourir une résiliation-sanction, décidée de manière

unilatérale par l'université qui en a le pouvoir. Or ce type de résiliation exclut tout dédommagement.

### III. Les dommages consécutifs au blocage de la faculté de droit

Nous allons distinguer ici le cas des parents de Simon et celui d'Huguette.

#### 1. L'action en responsabilité des parents de Simon

L'étudiant Simon Lapoisse a été tué au cours de l'opération de police par un tir maladroit d'un agent.

La cause du préjudice — le décès de Simon — se trouve donc dans l'intervention des forces de police. Il s'agit dès lors pour les parents de Simon de fonder leur action sur la responsabilité du fait des services de police. Il convient de préciser tout d'abord que l'opération en cause se rattache à la police administrative et non pas judiciaire : le critère de distinction est le but poursuivi par la police (CE, Sect., 11 mai 1951, *Consorts Baud*, Rec. p. 295). En l'espèce, c'est sans nul doute une simple opération de maintien de l'ordre public (il n'est pas question de rechercher des infractions et d'appréhender leurs auteurs) et nous nous situons par conséquent sur le terrain de la police administrative. Cette précision est importante car la nature de la police détermine la juridiction compétente pour connaître de l'action en réparation — ce sera la juridiction admi-

nistrative — et les règles de droit applicables — les règles propres au droit de la responsabilité publique.

Le régime de la responsabilité du fait de la police administrative reste principalement fondé sur la faute, et parfois encore la faute lourde lorsqu'il s'agit comme en l'espèce d'une opération de maintien de l'ordre sur le terrain présentant une difficulté certaine (voir par ex. CE, 8 avr. 1987, *Dame Virmaux*, Rec. p. 140). Toutefois, il sera possible ici d'invoquer la responsabilité sans faute car la cause du préjudice est une arme à feu. Il est admis, en effet, depuis deux affaires jugées en 1949 que « la responsabilité de la puissance publique se trouve engagée même en l'absence de faute, dans le cas où le personnel de la police fait usage d'armes ou d'engins comportant des risques exceptionnels » (CE, A 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, Rec. p. 307; Franquette et Daramy). Les conditions d'application de cette jurisprudence sont ici réunies : usage d'une arme à feu et anormalité du préjudice caractérisée par sa gravité (la blessure mortelle de Simon). Ajoutons qu'il est plus intéressant de nombreux égards de se situer sur le terrain de la responsabilité sans faute : la victime n'a pas à prouver la faute, preuve toujours difficile à rapporter; cela nous dispense également d'entrer dans la subtile distinction de la faute personnelle et de la faute de service...

Quant au préjudice dont se plaignent les parents de Simon, il est de nature morale : c'est le *pretium affectionis* que leur cause la perte de leur enfant. Nous savons que le juge administratif accepte de réparer ce préjudice depuis l'arrêt

d'Assemblée du Conseil d'État du 24 novembre 1961, *Min. des travaux publics c/Consorts Letisserand* (Rec. p. 661). La douleur morale des parents ne semblant pas douteuse en l'espèce, ils pourront obtenir une réparation de l'ordre de 5 000 à 7 500 euros.

## 2. L'action en responsabilité d'Huguette

Huguette, blessée à la tête dans sa chute, a reçu des soins tardifs au service des urgences de l'hôpital de Nantes. Il en résulte une atteinte définitive de son état de santé.

Le préjudice supporté par Huguette découle directement du mauvais fonctionnement du service public hospitalier. C'est donc une hypothèse de responsabilité publique, relevant du juge administratif, et fondée sur un régime de faute simple. En effet, depuis l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 10 avril 1992, *Époux V.*, l'exigence de la faute lourde pour les actes médicaux a été abandonnée ; la responsabilité du service public hospitalier peut être désormais engagée pour une faute simple, dans tous les

aspects de son activité (hors quelques cas de responsabilité sans faute). En l'espèce, le dommage semble surtout imputable au défaut d'organisation et de fonctionnement du service des urgences, qui relève de longue date du régime de la faute simple (CE, Sect., 8 nov. 1935, *Dame Vion*, Rec. p. 1019).

Les préjudices d'Huguette sont multiples et importants. Il y a d'abord un préjudice matériel tenant à l'abandon de ses études, qui la prive d'une chance sérieuse d'obtenir des diplômes et de ce fait une bonne situation professionnelle. Nous sommes donc en présence d'un préjudice futur mais certain, qui à ce titre ouvre droit à réparation. Elle supporte ensuite plusieurs préjudices d'ordre moral : ses maux de tête violents relèvent de la douleur physique, c'est le *pretium doloris* dont la réparation est également admise ; l'abandon de son sport favori sera indemnisé au titre des troubles dans les conditions d'existence ; enfin, elle pourra aussi se prévaloir de la douleur morale (*pretium affectionis*) que lui cause la mort de son ami Simon (bien que nous ne sachions pas précisément quel était leur degré d'intimité).



## Thème principal **Acte administratif**

### Mots clés

délégation de service public, référé suspension, sanction administrative, recours de plein contentieux, recours pour excès de pouvoir, police administrative

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Patrice Chrétien**  
professeur

**SUJET**

**Université de Cergy-Pontoise**

Second semestre 2008-2009

### Cas pratique :

**I.** En lisant la décision du Conseil d'État du 20 octobre 2008 (reproduite en annexe), des supporters du Paris Saint-Germain se sont étonnés de la compétence du juge administratif pour connaître d'une décision sanctionnant le club français de football, selon eux, le meilleur. Comment leur expliquez-vous cette compétence ? (3 points)

**II.** D'une manière générale, par quels procédés juridiques une collectivité publique peut-elle confier à un tiers la gestion d'un service public dont elle est responsable ? Qu'en est-il s'agissant de la Fédération française de football ? (3 points)

III. Quelles conditions doivent être remplies pour que le juge des référés ordonne la suspension d'une sanction administrative ? (1,5 point)

IV. Commentez l'ordonnance du 14 août 2008 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris a suspendu l'exécution de la décision de la commission supérieure d'appel de la Fédération française de football confirmant la sanction de l'exclusion du Paris Saint-Germain de la Coupe de la Ligue pour la saison 2008-2009. (4,5 points)

V. Dans un arrêt *Société Atom* du 16 février 2009, le Conseil d'État a jugé que le « juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, [...] se prononce sur la contestation dont il est saisi comme juge de plein contentieux ». Qu'est-ce que cela signifie ? Qu'en serait-il s'il se prononçait toujours comme juge de l'excès de pouvoir ? (4 points)

VI. Comment se prononce-t-il lorsqu'il est saisi d'une contestation portant sur une mesure de police administrative générale ? Précisez quel est le contrôle alors exercé ? (4 points)

#### Annexe :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés, lors de la finale de l'édition 2007-2008 de la Coupe de la Ligue, organisée le 29 mars 2008 au Stade de France, à Saint-Denis, par la Ligue de football professionnel et opposant le Racing Club de Lens au Paris Saint-Germain, une banderole portant un message à caractère injurieux a été déployée pendant quelques minutes dans la tribune sud du stade occupée par les supporters du Paris Saint-Germain ; qu'à la suite de cet incident, la commission de discipline de la Ligue de football professionnel a, le 30 avril 2008, infligé à la Société Paris Saint-Germain football la sanction de l'exclusion de la Coupe de la Ligue pour la saison 2008-2009, sanction confirmée le 16 juin 2008 par la commission supérieure d'appel de la Fédération française de football ; que, par une ordonnance en date du 14 août 2008, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a, à la demande de la Société Paris Saint-Germain football, suspendu l'exécution de la

décision de la commission supérieure d'appel en date du 16 juin 2008 ; que la Fédération française de football demande l'annulation de cette ordonnance ;

*Sur les moyens tirés de l'insuffisante motivation de l'ordonnance :*

Considérant qu'en se fondant, pour juger qu'était de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée, en l'état de l'instruction, le moyen tiré du caractère manifestement disproportionné de la sanction prononcée, sur la nature des manquements reprochés à la Société Paris Saint-Germain football et sur la circonstance que la sanction prononcée est la plus élevée dans l'échelle des sanctions applicables à un match à élimination directe, le juge des référés, qui n'était pas tenu de répondre à chacun des arguments opposés en défense par la Fédération française de football, a désigné avec une précision suffisante le moyen retenu, et, par suite, suffisamment motivé son ordonnance ;

*Sur les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative :*

Considérant qu'aux termes de l'article 129 des règlements généraux de la Fédération française de football : « 1. Les clubs qui reçoivent sont chargés de la police du terrain et sont responsables des désordres qui pourraient résulter avant, pendant ou après le match du fait de l'attitude du public, des joueurs et des dirigeants ou de l'insuffisance de l'organisation./ Néanmoins, les clubs visiteurs ou jouant sur terrain neutre sont responsables lorsque les désordres sont le fait de leurs joueurs, dirigeants ou supporters. [...] / 4. Dans tous les cas cités ci-dessus, les clubs sont passibles d'une ou plusieurs des sanctions prévues au titre IV » ; qu'il résulte de ces dispositions, qui imposent aux clubs de football, qu'ils soient organisateurs d'une rencontre ou visiteurs, une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité dans le déroulement des rencontres, que, si un club visiteur ou jouant sur terrain neutre est notamment responsable, à l'occasion d'une rencontre, de l'attitude de ses supporters et, ce faisant, des désordres imputables à ceux-ci, il appartient à l'organisateur d'assurer la police du terrain et de prendre toutes mesures permettant d'éviter les désordres pouvant résulter, tant avant, pendant qu'après le match, de l'attitude de l'ensemble du public, c'est-à-dire y compris les supporters du club adverse ; que la détermination de la responsabilité d'un club visiteur ou jouant sur terrain neutre et de la sanction susceptible de lui être infligée doivent ainsi tenir compte des obligations spécifiques qui incombent à ce club et, en particulier, du fait que celui-ci ne maîtrise pas l'organisation de la rencontre ; qu'ainsi, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a pu, sans erreur de droit, tenir compte, pour apprécier la proportionnalité de la sanction prononcée, de la circonstance que le club sanctionné jouait sur terrain neutre et ne maîtrisait pas l'organisation de la rencontre ;

Considérant qu'en cas de méconnaissance des dispositions précitées de l'article 129 des règlements généraux de la Fédération française de football, il appartient aux organes disciplinaires de la fédération, après avoir pris en compte les mesures de toute nature effectivement mises en œuvre par le club pour prévenir les désordres, d'apprécier la gravité des fautes commises par lui et de déterminer les sanctions proportionnées à ces manquements ; qu'il leur revient, en particulier, d'apprécier dans quelle mesure la gravité des actes commis par les supporters est la conséquence des carences du club ; qu'il ressort des motifs de l'ordonnance attaquée qu'en l'espèce, le juge des référés a tenu compte de la gravité des incidents causés par les supporters du Paris Saint-Germain mais a estimé qu'elle ne révélait pas une faute du club de nature à justifier une sanction aussi grave que celle qui a été prononcée ; qu'il n'a, ainsi, pas entaché son ordonnance d'une erreur de droit ;

Considérant que le juge des référés a, par une appréciation souveraine des faits exempte de dénaturation, relevé que la sanction prononcée d'exclusion de la Coupe de la Ligue pour la saison prochaine était la sanction la plus grave applicable à un match à élimination directe ;

Considérant que s'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que les supporters du Paris Saint-Germain ont adopté, à l'occasion de la finale de la Coupe de la Ligue, par le déploiement d'une banderole incitant à la haine et à la discrimination, un comportement répréhensible, et que le club a, ce faisant, eu égard notamment au temps pris par les stadiers qu'il avait mis à disposition des organisateurs pour faire retirer la banderole dont ils n'avaient pas empêché le déploiement, commis des manquements dans l'exercice de son obligation de sécurité qui justifiaient la prise d'une sanction disciplinaire à son encontre, le club avait toutefois mis en place des moyens conséquents pour prévenir les désordres susceptibles d'être commis par ses supporters, dans le cadre d'une rencontre dont il ne maîtrisait pas l'organisation ; qu'ainsi, en tenant compte de l'ensemble des éléments qui précèdent, le juge des référés a pu, par une appréciation souveraine des faits exempte de dénaturation, retenir que le moyen tiré du caractère manifestement disproportionné de la sanction était, en l'état de l'instruction, susceptible de faire naître un doute sérieux sur la légalité de cette décision ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la Fédération française de football n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; [...]

# Corrigé

. I

Il est vrai que la compétence du juge administratif ne va pas de soi. Les supporters du Paris Saint-Germain, sans doute, n'ignorent pas que la Fédération française de football est une association privée régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901. S'ils n'ont pas fait de droit administratif (mais connaissent néanmoins le dualisme juridictionnel), ils sont fondés à en conclure logiquement que les actes pris par cette fédération sont des actes privés relevant du juge judiciaire.

Pour leur expliquer la compétence administrative, il suffit de leur rappeler que le législateur a confié à certaines fédérations sportives la mission d'organiser des compétitions, c'est-à-dire l'exécution d'un service public administratif. Bien qu'il s'agisse de personnes privées, leurs décisions, qui s'imposent aux intéressés et constituent l'usage fait par elles des prérogatives de puissance publique qui leur sont conférées, ont le caractère d'actes administratifs. Tel est le cas des sanctions qu'elles infligent.

. II

Deux procédés sont à distinguer. Les délégations peuvent d'abord se faire par voie de contrats, ce que l'on appelle aujourd'hui des « conventions de délégation de service public » (la concession

et l'affermage en sont des exemples). Quand elles ne sont pas contractuelles, les délégations peuvent résulter de textes créant des régimes de délégations qui alors sont unilatérales.

S'agissant de la fédération française de football, la délégation est unilatérale. Son régime est aujourd'hui fixé par le Code du sport.

. III

Les conditions sont celles énumérées à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative (cité dans la décision du Conseil d'État reproduite, du 20 octobre 2008) : d'une manière générale, pour qu'il puisse y avoir suspension, il faut que le juge des référés (quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation) soit « saisi d'une demande en ce sens » ; l'urgence doit le justifier et il doit être « fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ».

. IV

À lire la décision reproduite du Conseil d'État, il apparaît que, pour ordonner la suspension, le juge des référés a considéré « qu'était de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la

décision attaquée, en l'état de l'instruction, le moyen tiré du caractère manifestement disproportionné de la sanction prononcée » : il s'est fondé sur la nature des manquements reprochés à la Société Paris Saint-Germain football et sur la circonstance que la sanction prononcée est la plus élevée dans l'échelle des sanctions applicables à un match à élimination directe.

C'est là une motivation que le Conseil d'État estime suffisante (ce qui suppose que l'ordonnance en cause devait être suffisamment motivée). Il n'est pas fait état de l'urgence, condition qui s'impose elle aussi pour qu'il puisse y avoir suspension : forcément, cette condition a dû être considérée comme remplie — ce qui n'est guère contestable : sans la suspension de la sanction le club aurait risqué de ne pouvoir participer aux premières rencontres de la Coupe de la ligue 2008-2009.

Quant aux éléments retenus pour considérer qu'il y avait « doute sérieux », ils semblent eux aussi difficilement contestables. Les règlements généraux de la Fédération française de football posent des règles claires. Sans doute sont-elles d'application délicate dès lors qu'il appartient aux organes disciplinaires de cette fédération « d'apprécier la gravité des fautes commises [...] et de déterminer les sanctions proportionnées à ces manquements ». Le contrôle du juge administratif est en conséquence tout aussi difficile à exercer. Mais, en l'espèce (et sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail des différents éléments retenus), on peut aisément admettre le « doute sérieux ». Ce que confirme le Conseil

d'État qui rejette la demande d'annulation de l'ordonnance.

Ce n'est certes qu'un « doute sérieux », et le juge des référés ne s'est prononcé qu'« en l'état de l'instruction ». En principe, le juge du fond pourrait se prononcer autrement. On le voit mal cependant considérer que la sanction n'était pas disproportionnée : en dépit de la gravité des incidents causés par les supporters du Paris Saint-Germain, il paraît là encore aller de soi qu'ils ne justifiaient pas la sanction la plus grave possible, s'agissant qui plus est d'une rencontre dont le club ne maîtrisait pas l'organisation.

*Il pouvait être aussi relevé que l'ordonnance a été contestée devant le Conseil d'État par un pourvoi en cassation et qu'elle n'apparaît qu'au travers de la décision rendue par le même Conseil d'État. Au vu de cette dernière, quelques commentaires auraient certainement pu être faits sur le contrôle exercé par le juge de cassation... (Ils n'étaient cependant pas demandés, le recours en cassation ne figurant pas au programme.).*

## . V

Quand le juge du fond se prononce comme juge de plein contentieux, il dispose de pouvoirs plus importants que s'il se prononçait comme juge de l'excès de pouvoir. Dans le cas des sanctions que l'administration inflige à un administré, l'arrêt *Société Atom* considère ainsi qu'il lui appartient de prendre une décision qui se substitue à celle de l'Administration et, le cas échéant, de faire applica-

tion d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue.

S'il se prononçait comme juge de l'excès de pouvoir (ce qu'il faisait avant l'arrêt du 16 février 2009), le juge du fond ne pourrait qu'annuler l'acte — et non pas prendre une décision se substituant à celle de l'Administration — et il devrait appliquer les règles en vigueur à la date de cet acte — pas une règle intervenue ultérieurement, « plus douce ».

*Tout cela a été vu en cours et référence a alors été faite à une chronique de Sophie-Justine Liéber et Damien Botteghi, AJDA 2009. 583. À l'occasion, il a été rappelé que les manuels, même les plus récents, ne sont jamais tout à fait à jour et ne dispensent pas d'aller au cours et suivre l'actualité ! Ce ne sont que des instruments de travail, à retoucher sans cesse. Pour ce qui est de l'arrêt Société Atom, les conclusions de Claire Legras ont été publiées à la RFDA 2009.259 ; on peut lire aussi, par exemple, les commentaires de David Bailleul (JCP éd. A, 2009, n° 2089) et Fabrice Melleray (RJEP 2009, n° 665, p. 35).*

prononce comme juge de l'excès de pouvoir.

Son contrôle est particulièrement approfondi. Il porte, comme toujours en matière de recours pour excès de pouvoir, sur la légalité externe des actes (compétence, forme, procédure) et sur leur légalité interne (contenu, motifs, but). Il a pour particularité de s'étendre à l'adéquation des actes au but qu'ils visent. C'est alors un contrôle de proportionnalité. Ce que montre l'arrêt *Benjamin* du Conseil d'État, de 1933, concernant une conférence interdite par un maire : le juge administratif commence par rappeler qu'en l'espèce il fallait concilier l'exercice des pouvoirs de police avec le respect de la liberté de réunion ; de là, il conclut qu'au vu des circonstances le maire aurait pu, « sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures qu'il lui appartenait de prendre ». Plutôt que d'interdire, on peut supprimer, par exemple, qu'il aurait pu faire appel à des policiers susceptibles de contrôler l'accès et assurer le respect de l'ordre public. Sa décision n'était pas strictement indispensable. Elle était disproportionnée.

## . VI

S'agissant d'une mesure de police administrative générale, le juge du fond se





**Thème principal**    **Acte administratif unilatéral**

**Mots clés**

acte créateur de droit, abrogation, recours pour excès de pouvoir, retrait

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Fabrice Melleray**  
professeur

**SUJET**

**Université Montesquieu-Bordeaux IV**

Second semestre 2008-2009

**Commentaire d'arrêt :**

Commentez l'arrêt de Section du Conseil d'État du 6 mars 2009, *Coulibaly* :

Vu la requête, enregistrée le 30 mai 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée pour M. Abou Coulibaly; M. Coulibaly demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler la décision de la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 22 décembre 2006 qui a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la décision du 25 septembre 2006 du conseil régional de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Rhône-Alpes rejetant sa demande ten-

dant à l'annulation de la décision du 4 juillet 2006 du conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de l'Isère mettant fin à son inscription au tableau de l'ordre ;

2°) de mettre à la charge du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le Code de la santé publique ;

Vu l'accord de coopération entre l'institut d'odontostomatologie de l'université d'Abidjan et l'université de Montpellier I en date du 15 octobre 1987 ;

Vu le Code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

– le rapport de M. Xavier de Lesquen, maître des requêtes,

– les observations de la SCP Gaschignard, avocat de M. C. et de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes,

– les conclusions de M<sup>me</sup> Catherine de Salins, rapporteur public,

– les nouvelles observations de la SCP Gaschignard, avocat de M. C. et de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes ;

Considérant que l'article L. 4111-1 du Code de la santé publique subordonne l'exercice de la profession de chirurgien-dentiste à trois séries de conditions, relatives respectivement à la détention d'un diplôme ou d'un certificat, à la nationalité et à l'inscription au tableau de l'ordre ; qu'en vertu de l'article L. 4141-3 de ce code, le diplôme mentionné à l'article L. 4111-1 est soit le diplôme français d'État de docteur en chirurgie dentaire, soit le diplôme français d'État de chirurgien-dentiste, soit un diplôme délivré par un autre État membre de la Communauté européenne ou partie à l'Espace économique européen ; que l'article L. 4112-1 prévoit que les chirurgiens-dentistes qui exercent dans un département sont inscrits sur un tableau établi et tenu à jour par le conseil départemental de leur ordre et que nul ne peut être inscrit à ce tableau s'il ne satisfait pas aux conditions fixées par l'article L. 4111-1 ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. Coulibaly, qui est né en 1967 en Côte-d'Ivoire, a suivi trois années d'études à l'institut d'odontostomatologie d'Abidjan avant de poursuivre, dans le cadre défini par un accord de coopération conclu le 15 octobre 1987 entre cet institut et l'université de Montpellier I, sa formation dans cette dernière université ; qu'à l'issue de deux années d'études à Montpellier, le doyen de la faculté d'odontologie de cette ville

a établi, le 16 juin 1992, une attestation selon laquelle M. Coulibaly « a satisfait à ses examens de 4<sup>e</sup> et de 5<sup>e</sup> année d'études en chirurgie dentaire et a soutenu publiquement sa thèse le 16 juin 1992 » ; que le procès-verbal de cette thèse indique que le jury de l'université a estimé que le grade de docteur en chirurgie dentaire pouvait être accordé à l'intéressé, précise qu'il n'a pas valeur de diplôme et que le diplôme de docteur en chirurgie dentaire sera délivré, conformément aux stipulations de l'accord de coopération, par l'institut d'odontostomatologie de l'université d'Abidjan ; que celle-ci a délivré le 8 mars 1993 à M. Coulibaly le diplôme de docteur en chirurgie dentaire ; que celui-ci a poursuivi, par la suite, sa formation à l'université de Montpellier I où il a obtenu deux certificats d'études supérieures et un certificat d'études cliniques spéciales ; que M. Coulibaly, qui a acquis la nationalité française en 2003, a été inscrit le 5 octobre 2004 au tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes de l'Isère en vue de l'exercice de sa profession comme salarié ; qu'il a ensuite sollicité, en vue de son installation à titre libéral dans l'Hérault, un transfert de résidence professionnelle dans ce dernier département ; que le conseil départemental de l'Isère, estimant alors que M. Coulibaly ne satisfaisait pas à la condition de diplôme exigée par l'article L. 4111-1 du Code de la santé publique, a décidé, le 4 juillet 2006, de mettre fin à son inscription au tableau ; que cette décision a été confirmée par une décision du 25 septembre 2006 du conseil régional Rhône-Alpes puis par une décision du 22 décembre 2006 du Conseil national de l'ordre, dont M. Coulibaly demande l'annulation pour excès de pouvoir ;

Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer ou abroger une décision expresse individuelle créatrice de droits que dans le délai de quatre mois suivant l'intervention de cette décision et si elle est illégale ; que la décision par laquelle le conseil départemental décide d'inscrire un praticien au tableau en application de l'article L. 4112-1 du Code de la santé publique a le caractère d'une décision individuelle créatrice de droits ; que s'il incombe au conseil départemental de tenir à jour ce tableau et de radier de celui-ci les praticiens qui, par suite de l'intervention de circonstances postérieures à leur inscription, ont cessé de remplir les conditions requises pour y figurer, il ne peut, en l'absence de fraude, sans méconnaître les droits acquis qui résultent de l'inscription, décider plus de quatre mois après celle-ci de radier un praticien au motif que les diplômes au vu desquels il a été inscrit n'auraient pas été de nature à permettre légalement son inscription ;

Considérant que l'inscription de M. Coulibaly au tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes de l'Isère le 5 octobre 2004 a été décidée par le conseil départemental au vu et après examen des diverses pièces relatives à sa formation universitaire dont il ne résulte pas que leur production par l'intéressé ait eu le

caractère d'une manœuvre frauduleuse; que, par suite, le conseil départemental ne pouvait décider, le 4 juillet 2006, d'abroger cette décision créatrice de droits au motif que le réexamen du dossier de M. Coulibaly aurait fait apparaître que celui-ci ne détenait pas le diplôme requis par les dispositions de l'article L. 4141-3 et qu'il était tenu de faire cesser une situation d'exercice illégal de l'art dentaire; qu'il y a lieu en conséquence, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, d'annuler la décision attaquée;

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup> : La décision de la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes du 22 décembre 2006 est annulée.

## Analyse du sujet

L'ordre des chirurgiens-dentistes, personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public administratif, peut-il remettre en cause près de deux ans plus tard l'inscription d'un dentiste à son tableau au motif qu'il vient de découvrir que ce dernier ne remplissait pas dès le départ les conditions nécessaires à une telle inscription ?

Certains patients répondront peut-être oui, spécialement lorsqu'ils apprendront qu'il était reproché au dentiste de ne pas posséder le diplôme nécessaire à l'exercice de cette profession. Le juge administratif répond non, illustrant une nouvelle fois que le principe de sécurité juridique (élevé au rang de principe

général du droit par CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG*) prévaut désormais très régulièrement sur les exigences de la légalité.

La solution aurait évidemment été différente, et très simple à retenir, si une quelconque fraude avait été reprochée à M. Coulibaly. En effet, il est de jurisprudence constante que « la fraude corrompt tout » et qu'un acte obtenu au terme d'une manœuvre frauduleuse peut être retiré ou abrogé à tout moment (CE, Sect., 17 juin 1955, *Sieur Silberstein*). Et les exemples ne manquent malheureusement pas (CE, 23 févr. 2009, *M<sup>me</sup> B.-R.*). Mais tel n'était absolument pas le cas en l'espèce, le Conseil de l'ordre ne pouvant s'en prendre qu'à sa propre négligence.

# Corrigé

**M.** Coulibaly, titulaire d'un doctorat en chirurgie dentaire de l'Université d'Abidjan, avait été inscrit en octobre 2004 au tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes de l'Isère. Constatant deux ans plus tard qu'il avait commis une erreur de droit en estimant que M. Coulibaly était titulaire d'un diplôme lui permettant d'exercer en France la profession de dentiste (l'équivalence entre les diplômes français et ivoirien n'étant pas avérée), ledit Conseil de l'ordre décide en juillet 2006 d'abroger cette inscription, cette décision étant confirmée par le conseil régional de l'ordre puis par le Conseil national quelques mois plus tard.

M. Coulibaly forme alors un recours pour excès de pouvoir, et non un recours en cassation puisqu'était ici en cause la mise en œuvre d'une attribution administrative (CE, Ass., 2 avr. 1943, *Bouguen*) et non juridictionnelle de l'ordre (CE, Ass., 12 déc. 1953, *De Bayo*), contre la décision du Conseil national. Bien lui a en a pris dans la mesure où le Conseil d'État lui donne raison deux ans plus tard (ouvrant d'ailleurs la voie à une requête indemnitaire, la décision illégale du conseil de l'ordre ayant très probablement causé un préjudice significatif à M. Coulibaly et toute illégalité étant en principe fautive, CE, Sect., 26 janv. 1973, *Driancourt*). Pour ce faire, la Section du contentieux a estimé que la décision d'inscription était un acte créateur de droits (I) et qu'elle ne pouvait donc

plus être abrogée, du seul fait de son illégalité *ab initio*, près de deux ans après son édicition (II).

## I. Nature de la décision d'inscription : un acte créateur de droits

Si l'arrêt *Coulibaly* enrichit la liste des actes créateurs de droits (A), il ne fait guère progresser la réflexion sur la définition de cette notion qui demeure largement indéterminée (B).

### A. Enrichissement de la liste des actes créateurs de droits

La notion d'acte créateur de droits est illustrée par une jurisprudence abondante et parfois fluctuante, qu'on songe aux actes pécuniaires, avant-hier créateurs de droits (CE, 3 nov. 1922, *Dame Cachet*), hier non créateurs de droits lorsque l'administration était en situation de compétence liée (CE, Sect., 15 oct. 1976, *Buissière*) et aujourd'hui à nouveau créateurs de droits (CE, Sect., 6 nov. 2002, *M<sup>me</sup> Soulier*).

Même s'il existe un débat sur ce point, on peut tout d'abord considérer que seuls les actes individuels sont susceptibles de créer des droits acquis, en principe au profit de leur destinataire mais parfois

aussi au bénéfice de tiers (CE, Sect., 4 mai 1984, *Époux Poissonnier*, un retrait de permis de construire crée des droits pour les voisins). Autrement dit, ni les actes réglementaires ni les décisions d'espèce ne sont en eux-mêmes créateurs de droits au sens où nul ne peut prétendre à leur maintien.

Parmi les actes individuels, c'est bien sûr parmi les décisions favorables que l'on trouve le plus grand nombre d'illustrations de la notion : nomination de fonctionnaire (CE, Ass., 26 oct. 2001, *Ternon*) ; autorisation de licencier un salarié protégé (CE, Sect., 30 mai 1975, *Ministre du Travail*) ; autorisation d'urbanisme (CE, 3 oct. 2003, *Wetzshiem*) ; octroi d'une décoration (CE, Sect., 24 févr. 1967, *De Maistre*)... Mais la catégorie comprend également des décisions négatives, qu'on songe à l'exemple précité d'un retrait de permis de construire.

Tous les actes individuels favorables ne sont cependant pas créateurs de droits, qu'on songe en particulier aux autorisations de police (CE, Sect., 1<sup>er</sup> févr. 1980, *Rigal*). Et l'on aurait éventuellement pu être tenté de considérer qu'une inscription au tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes s'apparente à une autorisation de police eu égard à ses conséquences en matière de santé publique. Fort heureusement pour M. Coulibaly, le Conseil d'État a écarté cette solution. Il a également refusé de voir dans cette inscription une simple décision recognitive mais a au contraire considéré qu'elle constituait une manifestation de volonté créatrice d'une situation juridique dont la pérennité méritait d'être pro-

tégée. Il ne s'est pas pour autant risqué à définir la notion même d'acte créateur de droits.

## B. Indétermination persistante de la notion d'acte créateur de droits

L'acte créateur de droits est, comme de trop nombreuses notions du droit administratif (acte de gouvernement, voie de fait...), une notion fonctionnelle et non une notion conceptuelle pour reprendre la distinction établie par le doyen Vedel il y a plus d'un demi-siècle. Autrement dit, il se définit davantage par son régime juridique que de manière abstraite, pré-déterminée. Bref, on peut donner une liste des actes créateurs de droits, détailler le régime juridique qui leur est applicable, mais on ne peut par contre pas proposer une définition abstraite satisfaisante de la notion. Est acte créateur de droits ce que le Conseil d'État dit être un acte créateur de droits. Ou, pour l'écrire autrement, est un acte créateur de droits celui dont le juge administratif estime que les effets doivent être à l'abri d'une disparition rétroactive (un retrait) ou même d'une disparition uniquement pour l'avenir (une abrogation).

Ainsi, et malgré de brillantes tentatives doctrinales, l'analyse classique du doyen Jeanneau demeure valable : « Il n'existe pas de critère qui permette de distinguer les actes créateurs de droits de ceux qui ne le sont pas et le Conseil d'État, en cette matière, semble obéir à des considérations d'ordre pratique plutôt qu'à une ligne de conduite tracée une

fois pour toutes » (Benôit Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, p. 100). On ne saurait donc être surpris que l'arrêt se contente de qualifier l'inscription au tableau de l'ordre d'acte créateur de droits sans se risquer à définir cette notion.

À défaut d'éclairer sur la notion d'acte créateur de droits, l'arrêt *Coulibaly* a au moins le mérite d'en préciser les modalités d'abrogation.

## II. Étendue du pouvoir d'abrogation : une latitude d'action très encadrée

On ne peut qu'être frappé à la lecture de l'arrêt du 6 mars 2009 par la grande proximité entre son considérant de principe et celui de l'arrêt *Temon*, et ce alors même que l'arrêt de 2001 portait sur la question du retrait alors que l'arrêt *Coulibaly* traite de l'abrogation. Cette large assimilation (A) ne doit toutefois pas tromper dès lors qu'elle est en réalité incomplète (B).

### A. Une large assimilation entre le régime de l'abrogation et celui du retrait

Dans la lignée de l'arrêt *Temon*, l'arrêt *Coulibaly* distingue trois hypothèses dans lesquelles l'abrogation est possible. Les deux premières sont prévues sans limita-

tion de durée : lorsqu'il existe des dispositions législatives et réglementaires organisant un tel retrait ; lorsque l'autorité administrative satisfait à une demande du bénéficiaire de l'acte. La première de ces solutions illustre que la solution *Temon* est une règle jurisprudentielle supplétive et ne constitue pas un principe général du droit. En effet, si tel était le cas, seule une disposition législative pourrait prévoir des modalités spécifiques de retrait, étant rappelé que selon la formule de René Chapus les principes généraux du droit ont une valeur supradécrétale et infralégislative. La deuxième solution est parfaitement conforme à la logique de la notion d'acte créateur de droits, dès lors naturellement qu'on entend par bénéficiaire de l'acte la personne au profit de laquelle l'acte a créé des droits.

Mais c'est la troisième solution qui a fait couler le plus d'encre. Rompant dans l'arrêt *Temon* avec la logique de l'arrêt *Dame Cachet* poussée à son paroxysme dans l'arrêt *Ville de Bagneux* (CE, Ass., 6 mai 1966), le Conseil d'État ne fait désormais plus parfaitement coïncider délai de retrait et délai de recours juridictionnel. Autrement dit, un acte non définitif (parce que les formalités de publicité n'auraient pas été correctement réalisées) ne peut plus être retiré, en cas d'illégalité, que dans un délai de quatre mois à compter de sa signature (CE, Sect., 21 déc. 2007, *Société Britim*) et ce alors même qu'il pourrait encore faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir.

L'arrêt *Coulibaly*, prolongeant et clarifiant la rédaction d'arrêts antérieurs (CE,

30 juin 2006, *Société Neuf Télécom*), confirme que la solution est la même en matière d'abrogation. Cette assimilation, qui peut sembler à la fois simple et logique, n'est cependant qu'incomplète.

## B. Une assimilation incomplète entre le régime de l'abrogation et celui du retrait

Dès lors que le retrait est par hypothèse plus attentatoire à la sécurité juridique que l'abrogation, puisqu'il remet non seulement en cause la stabilité des situations juridiques individuelles mais viole au surplus le principe de non-rétroactivité des actes administratifs, il n'est guère étonnant que le régime juridique du premier soit plus restrictif que celui du second.

Il suffit en effet de lire le considérant de principe de l'arrêt *Coulibaly* pour constater qu'il prévoit une quatrième hypothèse venant s'ajouter aux trois précédemment citées et qui ne vaut que pour l'abrogation : le changement de circonstances. Ainsi, « il incombe au conseil départemental de tenir à jour ce tableau et de radier de celui-ci les praticiens qui, par suite de l'intervention de circonstances postérieures à leur inscription, ont cessé de remplir les conditions requises pour y figurer ». Autrement dit, un praticien ne remplissant plus (par exemple parce qu'il aurait perdu la nationalité française) les conditions nécessai-

res à l'inscription au tableau devra être radié de ce dernier à compter de la date où l'ordre aura constaté qu'il ne remplit plus les conditions nécessaires pour y être inscrit.

Cette solution doit être mise en parallèle avec celle d'un arrêt de Section rendu un an plus tôt (CE, 14 mars 2008, *Portalis*). Y était en cause une décision accordant à un fonctionnaire, conformément aux règles du droit de la fonction publique, ce que l'on nomme la « protection fonctionnelle », c'est-à-dire la prise en charge de sa défense par son employeur lorsqu'il est poursuivi en justice pour ses agissements dans le service (sauf si ces derniers constituent une faute personnelle). Et le Conseil d'État décide que si le caractère créateur de droits de la décision interdit qu'elle soit retirée plus de quatre mois après sa signature, l'administration peut par contre l'abroger si elle constate, après avoir accordée cette protection, l'existence d'une faute personnelle.

L'arrêt *Portalis* va ainsi encore plus loin (trop loin peut-être) que l'arrêt *Coulibaly* puisque le changement justifiant l'abrogation est une simple évolution de l'analyse de l'administration et non une modification de la situation de l'intéressée. En toute hypothèse, ces arrêts illustrent que la notion d'acte créateur de droits est probablement plus composite qu'on ne le croit parfois. Certains actes créent des droits plus acquis que d'autres...



## Thème principal **Contrat**

### Mots clés

Tribunal des conflits, contrat administratif, établissement public, service public

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Pascale Gonod**  
professeur

**SUJET**

**Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)**

Second semestre 2008-2009

### Cas pratique :

Après avoir lu le document figurant ci-après, veuillez traiter, dans l'ordre, les points suivants :

1. Le Tribunal des conflits est auteur de la décision juridictionnelle ci-dessous. Quelles sont les particularités de cette juridiction ? (5 points)
2. Par quelle procédure le Tribunal des conflits a-t-il été saisi dans cette affaire ? Existe-t-il d'autres modes de saisine ? lesquels ? (5 points)
3. Commentez le deuxième motif de l'arrêt. (6 points)
4. Définissez l'une des trois mentions soulignées. (4 points)

**Tribunal des conflits, 20 février 2008, n° C3648**

Vu, enregistrée à son secrétariat le 16 avril 2007, l'expédition du jugement du 30 mars 2007 par lequel le tribunal administratif de Nice, saisi d'une demande de la caisse régionale d'assurance-maladie du Sud-Est, tendant à la condamnation du centre hospitalier de Menton au remboursement, en principal et intérêts, des aides financières qu'elle avait consenties à celui-ci pour la réalisation et l'équipement d'une structure d'accueil de personnes âgées dépendantes, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, le soin de décider sur la question de la compétence ;

Vu l'ordonnance du juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Nice, rendue le 16 juillet 2001, par laquelle ce magistrat a décliné la compétence de la juridiction judiciaire pour statuer sur cette même demande ;

Vu, enregistré le 7 juin 2007, le mémoire présenté par le ministre de la Santé, de la Jeunesse et des Sports, tendant à la compétence de la juridiction administrative au motif que les conventions octroyant les aides financières constituent des contrats d'offre de concours ;

Vu, enregistré le 22 octobre 2007, le mémoire présenté par la caisse régionale d'assurance-maladie du Sud-Est, tendant à la compétence de la juridiction judiciaire au motif que les conventions octroyant les prêts, conclues entre la CRAM, personne de droit privé, et le centre hospitalier de Menton, pour les seuls besoins du service public, n'emportaient aucune participation à l'exécution de ce service public et ne comportaient aucune clause exorbitante du droit commun ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Vu le décret des 26-28 octobre 1849 modifié ;

Vu le Code de la sécurité sociale, notamment ses articles L. 222-3, L. 222-4, R. 264-1 et R. 264-3 ;

Vu la loi 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-Louis Gallet, membre du tribunal,
- les observations de la SCP Waquet, Farge, Hazan avocat de la caisse régionale d'assurance-maladie du Sud-Est
- les conclusions de M<sup>me</sup> Emmanuelle Prada Bordenave, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'après avis favorable de la commission d'action sanitaire et sociale de la caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, la

caisse régionale d'assurance-maladie du Sud-Est a, sur la demande du centre hospitalier de Menton, consenti à celui-ci, selon deux conventions successives, des aides financières, à titre de prêts, sans intérêts, remboursables respectivement en vingt et quinze annuités et destinées, l'une, à la réalisation, et, l'autre, à l'équipement d'une structure d'accueil de personnes âgées dépendantes, au sein d'un nouveau bâtiment ; que l'établissement hospitalier n'ayant pas respecté certaines conditions stipulées aux contrats sur les prescriptions de la CNAV, la CRAM du Sud-Est a réclamé le remboursement immédiat de ces aides, en principal et intérêts, sur le fondement des stipulations contractuelles ;

Considérant que lesdites conventions sont intervenues entre, d'une part, la CRAM du Sud-Est, exerçant pour le compte de la CNAV l'action sanitaire et sociale en faveur des personnes âgées qui entre dans la mission de cet établissement public, et, d'autre part, le centre hospitalier de Menton, lui-même établissement public ; que ces conventions ont pour objet l'accomplissement du service public d'aide à l'hébergement des personnes âgées ; que, dès lors, le litige opposant les parties et relatif à l'exécution de telles conventions relève de la juridiction administrative ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner le centre hospitalier de Menton à payer à la caisse régionale d'assurance-maladie du Sud-Est la somme qu'elle demande au titre de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 ;

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup> : La juridiction de l'ordre administratif est compétente pour connaître du litige opposant la caisse régionale d'assurance-maladie du Sud-Est au centre hospitalier de Menton.

Article 2 : Le jugement du tribunal administratif de Nice en date du 30 mars 2007 est déclaré nul et non avenu. La cause et les parties sont renvoyées devant ce tribunal.

Article 3 : Les conclusions de la caisse régionale d'assurance-maladie du Sud-Est tendant à la condamnation du centre hospitalier de Menton en application de l'article L. 75-I de la loi du 10 juillet 1991 sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au garde des Sceaux, ministre de la Justice, qui est chargé d'en assurer l'exécution.

# Corrigé

1. Le Tribunal des conflits est auteur de la décision juridictionnelle ci-dessus. Quelles sont les particularités de cette juridiction ?

La première particularité de cette juridiction, dite souvent et justement « indicateur de compétence », est d'avoir pour raison d'être de sanctionner le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires en attribuant à l'un ou l'autre ordre juridictionnel compétence pour connaître d'un litige. Ce n'est que de manière extrêmement marginale que le Tribunal des conflits peut être amené à trancher des litiges au fond (loi du 20 avril 1932).

La mission spécifique, liée à l'existence du dualisme juridictionnel, explique sa composition, paritaire.

Une deuxième particularité tient à la qualité de son président, à savoir le garde des Sceaux, ministre de la Justice, soit une personnalité politique. Cette circonstance, qui peut paraître peu compatible avec la fonction de juger dans une société démocratique explique que cette présidence soit fortement contestée.

Une autre particularité tient à l'ancienneté de cette juridiction (1848 et 1872) et à celle des textes qui régissent sa procédure. On peut également signaler l'inégalité de protection des ordres juridictionnels, dans la mesure où l'un de ses

modes de saisine, le conflit positif, ne profite qu'à l'ordre administratif.

2. Par quelle procédure le Tribunal des conflits a-t-il été saisi dans cette affaire ? Existe-t-il d'autres modes de saisine ? lesquels ?

La question comprend deux volets, qui imposent une lecture de l'arrêt d'un côté et l'appel à des connaissances acquises de l'autre. Par suite, elle ne présente aucune difficulté particulière.

Comme l'indique expressément le premier visa de l'arrêt, il s'agit d'une procédure de renvoi faite par le tribunal administratif de Nice en application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié par la loi du 25 juillet 1960. Cette procédure, dite de prévention des conflits négatifs de compétence, impose au deuxième tribunal saisi après une première décision d'incompétence insusceptible de recours de ne pas se déclarer à son tour incompétent ; c'est pourquoi, il est contraint de confier au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence.

Il existe d'autres modes de saisine du Tribunal des conflits, qu'il suffit d'énoncer, sans avoir à en décrire les mécanismes avec précision :

- le conflit positif qui permet de protéger exclusivement la compétence de l'ordre juridictionnel administratif ;

– le conflit négatif qui permet au justiciable qui ne parvient pas à faire trancher le litige pour cause d'incompétence déclarée des deux ordres de juridiction de saisir directement le Tribunal des conflits ;

– la victime d'un déni de justice né d'une contrariété de jugement d'incompétence peut, en vertu de la loi de 20 avril 1932, adoptée après l'affaire *Rosay*, saisir le Tribunal des conflits qui peut régler l'affaire au fond.

### 3. Commentez le deuxième motif de l'arrêt

Commentez ne signifie ni recopier, ni utiliser le « sujet » ou « thème » du texte objet du commentaire pour en faire un sujet de dissertation, qui en l'espèce pourrait être : les critères du contrat administratif.

Ce motif, qu'il fallait correctement repérer — même si cela ne doit *a priori* pas être objet d'hésitation quelconque — est relativement bref : « Considérant que lesdites conventions sont intervenues entre, d'une part, la CRAM du Sud-Est, exerçant pour le compte de la CNAV l'action sanitaire et sociale en faveur des personnes âgées qui entre dans la mission de cet établissement public, et, d'autre part, le centre hospitalier de Menton, lui-même établissement public ; que ces conventions ont pour objet l'accomplissement du service public d'aide à l'hébergement des personnes âgées ; que, dès lors, le litige opposant les parties et relatif à l'exécution de telles conventions relève de la juridiction administrative. » Pour en saisir le sens, il est possible et

utile de s'appuyer sur l'ensemble de l'arrêt, notamment en vue de connaître l'objet des conventions conclues qui sont le cœur du conflit.

Le motif fait état de deux conventions conclues entre un établissement public, le centre hospitalier de Menton, et une personne morale de droit privé, la caisse régionale d'assurance-maladie. Les conventions litigieuses ont pour objet des aides financières consenties par la caisse régionale d'assurance-maladie au centre hospitalier de Menton : les prêts sont accordés en vue de la réalisation et de l'équipement d'une structure d'accueil de personnes âgées dépendantes.

Pour identifier la nature des contrats, il est utile de faire appel aux critères dégagés par la jurisprudence, dans la mesure où les contrats en cause n'ont pas été qualifiés par le législateur (les visas font mention de la qualification d'offres de concours des contrats en cause, avancée par l'une des parties, mais qui n'est pas retenue par le Tribunal des conflits). Par suite, il est nécessaire de faire appel à ses connaissances ; on sait que pour qu'un contrat soit administratif, deux conditions cumulatives doivent être réunies : d'une part, au moins une personne publique doit être partie au contrat, d'autre part, en raison de son objet (exécution du service public), de son contenu (clauses exorbitantes) ou de son contexte (régime exorbitant), le contrat doit se rattacher à une activité publique. Qu'en est-il en l'espèce ?

L'application d'un critère organique n'est en l'espèce d'aucun secours pour qualifier le contrat en cause de contrat administratif ou de contrat de droit

privé, à l'inverse des présomptions mobilisables lorsque le contrat est conclu entre deux personnes privées ou entre deux personnes publiques (jurisprudence UAP de 1983). Néanmoins, le Tribunal des conflits prend soin de constater que la personne privée partie au contrat, la CRAM du Sud-Est, est intervenue « pour le compte de la CNAV » qui est, elle, un établissement public. Cette circonstance ne suffit pas au juge des conflits pour identifier la nature du contrat, puisque c'est vers l'objet de la convention qu'il se tourne : la CRAM du Sud-Est, agissant « pour le compte de la CNAV » se substitue à cette dernière dans la réalisation d'une mission de service public que la CNAV a en charge : « Ces conventions ont pour objet l'accomplissement du service public d'aide à l'hébergement des personnes âgées. »

Le commentaire peut aussi être construit de manière très classique sur le jeu des critères retenus **en l'espèce** pour qualifier le contrat de contrat administratif — critère organique, critère relatif à l'objet du contrat — et la prévalence éventuelle de l'un sur l'autre.

Il est aussi nécessaire d'apprécier la solution, et de la discuter : un prêt présente-t-il une spécificité justifiant un régime public quand il est conclu à « la rencontre de deux gestions publiques » ? La prise en considération de la réalisation d'une mission de service public (celui de l'action sanitaire et sociale en faveur des personnes âgées) conduit-elle à étendre (ou trop étendre ?) la compétence de l'ordre juridictionnel administratif ? Comment situer la solution adop-

tée dans le cadre de l'évolution du droit positif (constance ? nouveauté ?) ?

Pour nourrir la réflexion, il était possible de s'appuyer sur des jurisprudences, divergentes, étudiées, telles les solutions des affaires CE, 11 mai 1990, *Bas de Blénod les Ponts à mousson* (AJ 90.614) et T. confl., 7 octobre 1991, *Crous de l'Académie de Nancy-Metz* (AJ 92.157) relatifs aux contrats conclus entre deux personnes publiques en vue d'assurer le logement respectivement de personnes âgées et d'étudiants, et qualifiés pour les uns de contrats de droit privé, pour les autres de contrats administratifs.

#### 4. Définissez l'une des trois mentions soulignées

Il s'agit d'une question faisant uniquement appel aux connaissances acquises — et ne présente donc aucune difficulté particulière à ce titre —, qui est ouverte puisque le candidat choisit parmi trois mentions celle dont il souhaite livrer une définition. Il est inadapté (puisque telle n'est pas la demande) et inutile (puisque seule la première mention est lue et évaluée) de livrer la signification de toutes les mentions. De plus, est demandée une définition et non l'exposé d'un régime juridique...

Selon le choix opéré, et étant entendu que certaines des notions que le candidat est appelé à définir... sont complexes, il était possible, mais non exclusif, d'indiquer :

– l'établissement public est « un service public personnalisé » (Hauriou), en d'autres termes un mode de gestion, par une personne morale de droit public

autonome et spécialisée, d'un service public;

– le service public est une activité assurée ou assumée par une personne publique en vue de la satisfaction d'un but d'intérêt général;

– la juridiction de l'ordre administratif ici visée désigne l'un des deux « pôles »

du dualisme juridictionnel au sommet duquel se situe le Conseil d'État, et qui s'« oppose » à l'ordre juridictionnel judiciaire au sommet duquel se situe la Cour de cassation.





# 4. Les fonctions de l'administration

**Thème principal** Service public

**Mots clés** contrat administratif, service hospitalier, service public administratif, clauses exorbitantes

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Fabrice Melleray**  
professeur

**SUJET**

**Université Montesquieu-Bordeaux IV**

Premier semestre 2007-2008

## **Commentaire d'arrêt :**

Commentez la décision du Tribunal des conflits, 21 mai 2007, SA Codiam :

Vu, enregistrée à son secrétariat le 19 septembre 2006, l'expédition du jugement du 7 septembre 2006 par lequel le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris, saisi d'une demande de la SA Codiam, tendant à voir condamner l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris à lui payer une indemnité à la suite de la rupture du contrat la liant à cet établissement public, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu le jugement du 8 avril 2004 par lequel le tribunal administratif de Cergy-Pontoise s'est déclaré incompétent pour connaître de ce litige ;

Vu, enregistrées le 2 février 2007, les observations présentées pour la société Codiam, tendant à voir désigner la juridiction judiciaire comme compétente par les motifs que la gestion d'un réseau de télévision dans un hôpital est une prestation pour les besoins du service, qui n'associe pas le prestataire à l'exécution même du service public ;

Vu, enregistré le 8 février 2007, le mémoire en défense présenté pour l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, tendant à voir désigner la juridiction administrative comme compétente par les motifs que le gestionnaire d'un réseau de télévision participe à l'exécution même du service public hospitalier et qu'en outre il est autorisé à occuper le domaine public de l'hôpital ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Vu le décret du 26 octobre 1849 modifié ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Bruno Martin Laprade, membre du Tribunal,
- les observations de la SCP Vier, Barthélémy, Matuchansky, avocat de la société Codiam et de la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris
- les conclusions de M. André Gariazzo, commissaire du gouvernement ;

Considérant que par lettre du 17 décembre 1999, l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris a fixé au 31 décembre 2000 le terme de la convention portant sur la gestion et l'exploitation d'un réseau d'appareils de télévision mis à la disposition des malades de l'hôpital Avicenne (à Bobigny, en Seine-Saint-Denis), qui avait été conclue avec la société Codiam jusqu'au 31 décembre 2002 ; que cette société a demandé l'indemnisation du préjudice causé par cette rupture anticipée ;

Considérant que le contrat dont s'agit n'a pas pour objet de faire participer la Codiam à l'exécution du service public administratif ; que conclu seulement pour les besoins du service public, il ne comporte pas de clauses exorbitantes du droit commun ; que la circonstance qu'il autorise le prestataire à occuper un local spécialement aménagé dans l'hôpital n'a pas pour effet de lui conférer la nature d'un contrat d'occupation du domaine public ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il appartient à la juridiction judiciaire de connaître du litige né de sa résiliation ;

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup> : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant la SA Codiam à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris.

Article 2 : Le jugement du 7 septembre 2006 du juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris est déclaré nul et non avenu. La cause et les parties sont renvoyées devant ce tribunal.

Article 3 : La procédure suivie devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise est déclarée nulle et non avenu à l'exception du jugement rendu par ce tribunal le 8 avril 2004.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au garde des Sceaux, ministre de la Justice, qui est chargé d'en assurer l'exécution.

## Corrigé

« **L**a seule définition qui puisse se flatter de rendre un compte exact de la jurisprudence est bien celle-là : le service public est ce que les juridictions déclarent être service public [...]. Il est plus facile de récupérer le mercure échappé d'un vieux baromètre, que de saisir la notion de service public dans une définition. » Cette affirmation de Marcel Waline, formulée en 1961, demeure valable comme l'illustre la décision du Tribunal des conflits ici commentée.

Les faits de l'espèce semblent pourtant simples. L'Assistance publique-Hôpitaux de Paris décide en 2000, pour des motifs que la décision ne précise pas (s'agit-il d'une résiliation pour faute ou pour motif d'intérêt général?), de mettre fin avant son terme à la convention la liant à la société Codiam et portant sur la gestion et l'exploitation d'un réseau d'appareils

de télévision mis à la disposition des malades d'un hôpital.

La société saisit alors le tribunal administratif de Cergy-Pontoise qui se déclare toutefois incompetent en 2004. Deux ans plus tard, s'estimant également incompetent pour connaître des conclusions indemnitaires présentées par la société, le tribunal de grande instance de Paris n'a d'autre solution que de renvoyer la question de la détermination du juge compétent au Tribunal des conflits en application de la procédure dite de prévention des conflits négatifs prévue par l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 dans sa rédaction issue du décret du 25 juillet 1960.

Le Tribunal des conflits va donner raison au tribunal administratif... en affirmant la compétence du juge judiciaire et plus précisément du tribunal de grande instance de Paris. Cette solution repose

sur deux appréciations étroitement solidaires mais en partie distinctes : la gestion et l'exploitation d'un réseau d'appareils de télévision mis à la disposition des malades d'un hôpital n'est pas une activité de service public (I) et le contrat par lequel un hôpital confie cette mission à un opérateur privé n'est pas un contrat administratif (II).

## I. La nature de la mission

Mettant fin aux incertitudes de la jurisprudence antérieure (A), l'arrêt du 21 mai 2007 opère une clarification qu'il n'est peut-être pas interdit de discuter (B).

### A. Les hésitations de la jurisprudence antérieure

Dès lors que le type de contrat ici en cause est banal, ordinaire, il n'est pas étonnant que le juge ait été amené à en connaître à plusieurs reprises. Et le Conseil d'État (1) et le Tribunal des conflits (2) avaient jusqu'ici retenu des solutions difficilement compatibles.

#### 1. La position du Conseil d'État

La Haute Juridiction administrative a opté en 1994 pour une solution diamétralement opposée à celle retenue le 21 mai 2007 par le Tribunal des conflits. Était en cause la résiliation pour faute d'un contrat ayant pour objet la location

de téléviseurs aux malades hospitalisés, contrat qui prévoyait qu'un agent de la société Codiam (déjà elle !) devait quotidiennement proposer la location de téléviseurs aux malades et recueillir le montant des locations.

Le Conseil d'État a affirmé qu'il s'agissait d'un contrat administratif, considérant que le service public hospitalier comprend non seulement la dispense de soins mais également l'aménagement des conditions de séjour des malades et que la fourniture d'appareils de télévision aux personnes hospitalisées relève des éléments de confort proposés aux intéressés pendant cette hospitalisation. Dès lors, la société Codiam participait à l'exécution du service public hospitalier et la jurisprudence *Bertin* (CE, Sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin*) au terme de laquelle un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers l'exécution même d'un service public est un contrat de droit public était applicable. La fourniture de nourriture à des ressortissants soviétique hébergés en 1944 dans un centre de rapatriement (*affaire Bertin*) et la fourniture de télévisions aux malades des hôpitaux auraient ainsi pour trait commun d'être des missions de service public.

#### 2. L'analyse du Tribunal des conflits

Quatre ans plus tard, le Tribunal des conflits retient une solution diamétralement opposée. Saisi de la question de savoir quelle était la nature d'un contrat signé entre le directeur d'une maison d'arrêt et une entreprise chargée, d'une

part, de fournir à la maison d'arrêt le matériel et la technique nécessaires à l'installation d'une antenne collective de télévision et au câblage de tous les locaux de détention et, d'autre part, de louer à chaque détenu qui en ferait la demande un téléviseur, le Tribunal des conflits affirme qu'il s'agit d'un contrat de droit privé (T. confl., 23 nov. 1998, Bergas). Au soutien de cette conclusion, il énonce que le contrat n'avait pas pour objet de faire participer l'entrepreneur à l'exécution du service public administratif mais était conclu seulement pour les besoins du service.

Sauf à admettre que la fourniture de téléviseurs aux malades hospitalisés est une mission de service public et que tel n'est pas le cas de la fourniture de téléviseurs aux personnes incarcérées, ces deux solutions apparaissaient radicalement incompatibles. Et dès lors que le Conseil d'État avait semblé réitérer sa solution de 1994 en 2003 et 2004, il était bon que le Tribunal des conflits vienne préciser son analyse. C'est ce qu'il fait dans sa décision du 21 mai 2007 qui prolonge et confirme celle de 1998.

## B. La clarification opérée par la décision du 21 mai 2007

Cette clarification repose sur une conception stricte de la notion de service public (1), conception que l'on peut peut-être juger trop restrictive (2).

### 1. Une conception stricte de la notion de service public

La notion de service public se définit classiquement par la réunion de trois éléments (CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*), une inflexion de la jurisprudence (CE, 20 juill. 1990, *Ville de Melun*) ayant toutefois été récemment confirmée par un arrêt de Section (CE, Sect., 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*).

L'activité en cause doit tout d'abord être une activité d'intérêt général, cette notion étant le plus souvent entendue de manière extensive par la jurisprudence. Tel est notamment le cas des restaurants d'autoroute (CE, Ass., avis, 16 mai 2002).

Elle doit ensuite être exercée par ou sous le contrôle d'une personne publique.

Elle doit enfin être soumise à des règles exorbitantes du droit privé, cette condition étant remplie si le cocontractant de l'administration se voit reconnaître des prérogatives de puissance publique. Cette troisième condition ne présente pas le même degré d'importance que les deux précédentes, n'étant pas exigée lorsqu'en égard au degré d'intérêt général de l'activité et à l'importance et à l'intensité du contrôle exercé par une personne publique il apparaît que cette dernière a entendu créer ou reconnaître un service public.

Le Tribunal des conflits ne précise malheureusement pas dans la décision du 21 mai 2007 l'élément ou les éléments faisant selon lui défaut.

## 2. Une conception restrictive de la notion de service public ?

La solution retenue par la décision du 21 mai 2007 — les hésitations de la jurisprudence antérieure en témoignent — n'est pas à l'abri de la discussion.

Car est-il choquant de considérer que la fourniture de téléviseurs aux malades est une activité d'intérêt général ? De même qu'un théâtre (CE, 21 janv. 1944, *Léoni*) ou un cinéma (CE, 5 oct. 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*) peuvent dans certains cas se voir reconnaître cette qualité pourquoi en irait-il différemment pour la mission confiée à la société Codiam ? L'idée, retenue par le Conseil d'État en 1994, suivant laquelle le service public hospitalier comprend non seulement la dispense de soins mais également l'aménagement des conditions de séjour des malades paraît tout à fait défendable.

De même, la personne publique exerçait à l'évidence un contrôle sur son cocontractant et l'on peut considérer que le monopole d'exploitation des téléviseurs conféré à ce dernier aurait pu s'analyser comme une sorte de prérogative de puissance publique (CAA Nancy, 14 nov. 2002, *TDF câble Est*).

Le Tribunal des conflits n'a pas retenu cette analyse, estimant que la mission confiée à la société Codiam n'était pas une activité de service public. Il a également nié la qualité de contrat administratif du contrat la liant à l'établissement public hospitalier.

## II. La nature du contrat

Le Tribunal des conflits, sur la base d'un raisonnement mêlant des affirmations explicites et des éléments implicites, exclut la mise en œuvre des critères jurisprudentiels (A) et des qualifications législatives (B) du contrat administratif.

### A. L'inapplicabilité des critères jurisprudentiels du contrat administratif

Ces critères, bien connus (1), sont écartés par le Tribunal des conflits dans le cas d'espèce (2).

#### 1. Rappel des critères jurisprudentiels

Dès lors qu'un contrat est conclu par une personne publique et une personne privée, et qu'il remplit donc le critère organique en principe exigé par la jurisprudence (T. confl., 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés « Interlait »*), il est administratif s'il remplit également un critère matériel.

Ce critère matériel peut prendre plusieurs formes :

– soit le contrat a un lien étroit avec l'exécution d'un service public, qu'il confie à la partie privée l'exécution même dudit service (CE, Sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin*) ou qu'il en constitue une modalité d'exécution (CE, Sect., 20 avr. 1956, *Ministre de l'Agriculture c. Consorts Grimouard*) ;

– soit le contrat est caractérisé par son exorbitance, qu'il contienne une ou plusieurs clauses exorbitantes (CE, 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*; CE, 7 mars 1923, *Sieur Iossifoglu*) ou, plus exceptionnellement, qu'il soit soumis à un régime exorbitant (CE, Sect., 19 janv. 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*).

## 2. Mise en œuvre des critères jurisprudentiels

Dès lors que la gestion et l'exploitation d'un réseau d'appareils de télévision mis à la disposition des malades d'un hôpital ne sont pas une activité de service public, les jurisprudences *Bertin* et *Grimouard* ne sont pas applicables.

Le Tribunal des conflits écarte également la jurisprudence *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, énonçant de manière laconique que le contrat ne contient aucune clause exorbitante. Aucune de ses clauses n'était donc exclue dans les relations privées pas plus qu'elle ne consacrait l'inégalité des parties, pour reprendre les deux grandes catégories de clauses exorbitantes identifiées par René Chapus.

## B. L'inapplicabilité des qualifications législatives

Trois qualifications législatives étaient envisageables (1). Elles n'ont cependant pas été retenues par le Tribunal des conflits (2).

## 1. Rappel des qualifications législatives

La première est celle de convention de délégation de service public. Une telle convention se définit de la manière suivante, le législateur ayant en 2001 cristallisé une définition jurisprudentielle antérieure (CE, 15 avr. 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c. Commune de Lambesc*) : « Une délégation de service public est 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 de l'exploitation du service » (article 38 de la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, dans sa rédaction issue de la loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF).

La deuxième qualification est celle de marché public, cette catégorie contractuelle désignant « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs [...] et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » (art. 1<sup>er</sup> C. marchés publ.).

La troisième et dernière qualification est celle de convention d'occupation du domaine public. L'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques précise en effet que « sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs [...] aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées

ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ».

## 2. Exclusion des qualifications législatives

Dès lors que la mission confiée à la société Codiam n'était pas une mission de service public, la convention ne pouvait évidemment pas être une délégation de service public.

On pouvait par contre plus sérieusement s'interroger sur la qualification de marché public, cette dernière étant toutefois écartée de manière implicite par le Tribunal des conflits. Sans doute a-t-il estimé que le contrat n'avait pas été conclu à titre onéreux. On aurait pu soutenir l'inverse en s'inspirant de la jurisprudence suivant laquelle les contrats de mobilier urbain sont des marchés publics (CE, Ass., 4 nov. 2005, *Société Jean-Claude Decaux*).

Surtout, il était très tentant de voir dans ce contrat une convention d'occupation domaniale, non seulement parce que la société Codiam occupait comme le précise l'arrêt « un local spécialement aménagé dans l'hôpital » mais aussi et peut-être surtout car l'ensemble des téléviseurs sont installés dans des dépendances du domaine public.

La solution retenue, qui revient à affirmer que le contrat en cause n'est pas administratif mais de droit privé, influe non seulement sur le juge compétent mais aussi sur le droit applicable. Qui dit contrat de droit privé dit, en principe au moins, absence de publicité et de mise en concurrence. Et les règles générales applicables aux contrats administratifs (modification, résiliation pour motif d'intérêt général...) ne sont pas davantage applicables.



## Thème principal **Service public**

### Mots clés

contrat administratif, responsabilité, égalité, service public géré par une personne privée, police administrative, retrait

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Sophie Nicinski**  
professeur

**SUJET**

**Université Lumière (Lyon II)**

Second semestre 2007-2008

### Cas pratique :

La société privée Petite Enfance conclut un contrat avec la commune de Luzerne afin d'accueillir les enfants de la commune en centre de loisirs pendant les vacances scolaires. Au moment des inscriptions pour l'été 2008, les responsables du centre se rendent compte que, contrairement à leurs engagements contractuels, ils ne peuvent accueillir que la moitié du nombre d'enfants prévus. De manière tout à fait arbitraire, la société Petite Enfance décide de n'accepter que les enfants des familles de la commune habitant le plus près du centre de loisirs. Face à cette situation, le maire décide de mettre un terme au contrat liant la commune à la société Petite Enfance. Pour véritablement marquer son mécontentement, le maire décide aussi de retirer à la société le label « Enfance heureuse », label de qualité délivré par la commune aux organismes « partenaires »

de celle-ci dans le domaine de la petite enfance. Par crainte de voir les enfants déambuler tout l'été dans les rues de la commune, le maire prend un arrêté « couvre-feu » interdisant à tous les mineurs de circuler pendant la période estivale dans les rues de la ville.

**I.** La décision de la société Petite Enfance de n'inscrire que les enfants des familles habitant le plus près du centre qu'elle exploite peut-elle faire l'objet d'un recours ? Si oui, lequel ? (4 points)

**II.** La décision de la société Petite Enfance de n'inscrire que les enfants des familles habitant le plus près du centre qu'elle exploite est-elle régulière ? (4 points)

**III.** Le maire peut-il « mettre un terme » au contrat liant la commune à la société Petite Enfance ? (4 points)

**IV.** Le maire peut-il retirer à la société Petite Enfance le label délivré par la commune ? (4 points)

**V.** Le couvre-feu vous semble-t-il régulier ? Sur quel fondement pourrait-il engager la responsabilité de la commune ? (4 points)

## Corrigé

**I.** d'un contrat conclu avec une commune est une activité de service public.

Quelle est la nature d'une mesure générale et impersonnelle prise par une personne privée exploitant un centre de loisirs ?

Un service public est une activité d'intérêt général, assurée ou assumée par une personne publique, et soumise au moins partiellement au droit administratif. On peut donc raisonnablement supposer que l'activité d'exploitation d'un centre de loisirs sur le fondement

Mais l'exploitant étant une personne privée, la société Petite Enfance, il faut déterminer s'il satisfait aux conditions fixées par la jurisprudence permettant d'identifier une personne privée exploitant une activité de service public. L'arrêt de Section du 22 février 2007, *APREI*, a fixé en dernier lieu ces critères, sous forme d'un raisonnement en deux étapes utilisant une méthode de faisceau d'indices : « Considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-

même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission. »

S'agissant de la société Petite Enfance, on peut d'ores et déjà exclure que la loi ait entendu lui confier une mission de service public et elle ne dispose pas *a priori* pas de prérogatives de puissance publique. En revanche, elle assure une mission d'intérêt général qui lui est confiée par une personne publique à l'origine de la création de l'activité, par un contrat. On peut supposer que ce contrat comporte un minimum d'obligations à la charge de la société, comme celle d'accueillir un certain nombre d'enfants.

On peut en déduire que la société Petite Enfance est une personne privée exploitant un service public.

Quelle que soit la qualification exacte du service public (SPA ou SPIC), une mesure d'organisation du service à caractère général et impersonnel est de nature

administrative (CE, 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport* ; T. confl., 1968, *Époux Barbier*).

Par conséquent, la décision de réduire le nombre d'inscrits au centre de loisirs est un acte administratif réglementaire.

**Remarque.** *Beaucoup d'étudiants ont commencé par qualifier le contrat liant la commune à la société Petite Enfance et ensuite démontré que la décision prise était un acte détachable du contrat. Il s'agit d'une erreur de raisonnement car les décisions prises par une personne privée partie à un contrat administratif ne dépendent nullement de la qualification même du contrat.*

Quel type de recours peut être intenté contre un acte administratif réglementaire ?

Un justiciable peut former un recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif, décisoire, unilatéral et faisant grief. Il s'agit d'un procès fait à un acte et destiné à contrôler sa conformité au bloc de légalité.

## . II

L'exploitant d'un service public ayant vocation à profiter à l'ensemble des habitants d'une commune peut-il instituer une discrimination dans l'accès au service au sein même de la population intéressée, fondée sur un critère géographique ?

L'exploitation d'un service public est soumise aux grandes « lois » du service public, dont celle d'égalité. Elle est érigée en principe général du droit en 1951 (CE, *Société des concerts du conservatoire*). En 1974, le Conseil d'État détermine les possibilités d'instituer des différences de

traitement entre les usagers d'un service public (CE, 1974, *Denoyez et Chorques*), qui peuvent être fondées soit sur une loi, soit sur une différence de situation appréciable ou soit sur une nécessité d'intérêt général. Dans l'arrêt *Duvignières* de 2002, le Conseil d'État précise que la différence de traitement instituée doit être en rapport avec l'objet de la norme et non manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier.

L'égalité dans l'accès au service public est appréciée plus sévèrement que l'égalité dans le fonctionnement du service.

Ici, l'exploitant se propose de réduire l'accès au service communal à une portion des habitants, en fonction d'un critère géographique n'ayant rien à voir avec l'objet du service et parfaitement disproportionné par rapport à la différence de situation des usagers par rapport au service. Elle est donc parfaitement irrégulière.

### . III

Une personne publique peut-elle résilier un contrat confiant l'exploitation d'un service public à une entreprise privée ?

Il faut commencer par qualifier le contrat en cause, avant de s'interroger sur les prérogatives de l'administration au sein des contrats administratifs.

Le contrat conclu entre la commune et la société Petite Enfance lie une personne publique à une personne privée. Le critère organique n'est donc d'aucun secours et il faut donc se reporter sur les critères matériels. Un contrat ayant

pour objet de confier l'exécution même d'un service public à une personne privée est un contrat de droit public (CE, Sect., 1956, *Époux Bertin*). Plus précisément, la loi MURCEF du 11 décembre 2001 définit le contrat de délégation de service public 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 de l'exploitation du service.

Ici, le contrat a bien pour objet de confier la gestion d'un service public dont la commune a la responsabilité à un exploitant privé qui sera rémunéré directement par les usagers.

On peut en déduire que le contrat en question est plus précisément un contrat de délégation de service public qui est, en même temps, un contrat administratif.

Au sein d'un contrat administratif, l'administration dispose de différentes prérogatives qui peuvent être utilisées en l'espèce. L'administration peut résilier unilatéralement le contrat pour faute grave du cocontractant (CE, 1983, *Ouhayoun*), ou dans l'intérêt du service (CE, Ass., 1987, *Soc. TV6*). Ici, on pourrait tenter de démontrer que la décision prise par la société Petite Enfance constituait une faute grave ou que la continuité du service public commandait que le contrat soit résilié.

**Remarque.** Il n'était pas demandé aux étudiants de L2 d'aborder le cas très particulier des contrats de concession (catégorie particulière des délégations de ser-

*vice public) du point de vue des règles de résiliation.*

## . IV

À quelle condition une autorité publique peut-elle retirer une décision accordant un avantage à son bénéficiaire ?

La décision d'accorder un label, prise par une autorité publique, est un acte administratif individuel. Les possibilités de retrait dépendent de la nature de l'acte. Il est raisonnable d'envisager deux hypothèses.

Selon la première, l'octroi d'un label est qualifiable de décision créatrice de droits acquis à son maintien. La règle est alors fixée par la jurisprudence d'Assemblée *Temon* de 2001. Un retrait est possible si l'acte est irrégulier dans un délai de quatre mois à compter de sa signature.

Selon la seconde, l'octroi d'un label peut être subordonné au respect de certaines conditions par l'entreprise en bénéficiant. En tant qu'acte conditionnel, il n'est susceptible de créer de droits acquis à son maintien que tant que les conditions sont respectées. Si l'entreprise cesse de les respecter, l'administration recouvre son droit de retrait.

**Remarque.** *Les étudiants pouvaient se limiter à la première hypothèse.*

## . V

Une mesure de police comportant une interdiction générale et absolue est-elle régulière ? Quel est le régime de responsabilité applicable aux mesures de police ?

Un maire, autorité de police au sein de la commune, prend une mesure d'interdiction de circuler adressée à l'ensemble des mineurs.

Une mesure de police doit tout d'abord viser le maintien de l'ordre public, but de toute mesure de police. Si l'on peut supposer que le maire entend préserver la sécurité publique, qui est une composante de l'ordre public, ce point doit être vérifié pour s'assurer de la légalité de la décision.

Une mesure de police doit être proportionnée au but à atteindre (CE, 1933, *Benjamin*) et les interdictions générales et absolues sont prohibées (CE, 1951, *Fédération nationale des photographes-filmeurs*). Par conséquent, le juge contrôle la proportionnalité de la mesure par rapport à l'objectif poursuivi. Les interdictions doivent être limitées dans le temps et dans l'espace.

La mesure prise par le maire ne répond pas à ces exigences et doit être regardée comme illégale.

La détermination du régime de responsabilité en matière de police dépend de la nature de la mesure. Ici, il ne s'agit pas d'une action sur le terrain, mais de l'édition d'une décision. L'édition de cette décision n'engendre aucune difficulté particulière et on peut raisonnablement opter pour un régime de responsabilité pour faute simple. L'illégalité d'une décision étant considérée comme une faute, la démonstration est relativement simple sur ce point. Le requérant aura ensuite à démontrer un préjudice et un lien de causalité pour engager la responsabilité de l'administration.



## **Thème principal**    **Service public**

### **Mots clés**

service public industriel et commercial, usager, police administrative, responsabilité, notion de contrat administratif, gestion du service public

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Isabelle Poirot-Mazères**  
professeur

**SUJET**

**Université des sciences sociales (Toulouse I)**

Second semestre 2008-2009

### **Cas pratique :**

Jeune postulant à un stage dans le prestigieux cabinet de Maître Calay-Androy, celui-ci a décidé, avant de retenir votre candidature, de vous soumettre un dossier particulièrement épineux, présentant divers problèmes juridiques, celui de la commune de Bagnères. Vous exposerez ces différents problèmes de droit et développerez une argumentation juridique précise et argumentée.

Le dossier regroupe plusieurs affaires et soulève des questions différentes.

I. Le 2 janvier dernier, Gérard Mandubeaul skiait sur la piste noire dite du « Sans retour », située sur le domaine skiable de la commune de Bagnères. Au

cours de sa descente à vive allure, il a perdu le contrôle de sa trajectoire en cherchant à éviter un groupe d'enfants qui traversaient la piste en luge. Il est alors sorti de la piste avant de heurter violemment quelques mètres plus loin un remblai de terre et de pierres saillantes soutenant un pylône de téléésièges.

Malgré des soins attentifs et plusieurs semaines de rééducation, il garde de son accident d'importantes séquelles et a donc décidé d'engager la responsabilité de la commune de Bagnères, à un double titre :

– en premier lieu, en sa qualité de gestionnaire des activités en cause puisqu'elle assure en régie directe l'exploitation du domaine skiable et des remontées mécaniques. En effet depuis le début de la saison, plusieurs incidents se sont produits en raison de la configuration des lieux. L'ouverture récente des chemins réservés aux luges n'a pas pour autant conduit à envisager des aménagements et des itinéraires distincts de ceux empruntés par les skieurs. À quelques endroits, ces chemins croisent les pistes...

– ensuite, au titre du pouvoir de police du maire lui-même. Le pylône de téléésièges est depuis plusieurs années présenté comme dangereux. Or ses abords ne sont pas sécurisés et il n'est doté lui-même d'aucun dispositif de protection alors qu'il se trouve à proximité immédiate des pistes.

**Pour chacune de ces mises en cause, devant quelle(s) juridiction(s) doit-il agir et sur quel fondement ?**

II. Il y a plusieurs années, la commune a créé une association en vue d'assurer la gestion de la patinoire et de la piscine municipales. Le conseil d'administration de celle-ci était composé en majorité de membres du conseil municipal, plus de la moitié de ses ressources était constituée par des subventions municipales et la commune exerçait un contrôle permanent sur les modalités de fonctionnement des équipements sportifs. Par une convention du 4 janvier 2007, l'Association pour la gestion de la patinoire et la piscine de Bagnères a confié à la société Help Services le soin d'assurer la sécurité de l'ensemble des installations. Mais il y a deux mois, l'association a été mise en redressement judiciaire et les dernières factures émises par la société à son encontre sont demeurées impayées.

**Les dirigeants de celle-ci se demandent devant quel juge ils vont pouvoir agir pour obtenir le règlement des sommes dues par l'Association et attendent de vous une réponse argumentée.**

III. Les autorités municipales, de leur côté, cherchent un autre mode de gestion pour assurer le fonctionnement de la piscine et de la patinoire. La meilleure solution leur paraît être désormais de déléguer les activités en cause et de faire appel à un gestionnaire privé.



Afin d'éclairer leur choix, vous leur exposerez les différentes solutions envisageables en présentant, en quelques lignes, les caractéristiques essentielles de chacun des modes de gestion.

## Corrigé

Cher Maître,

Vous avez soumis à ma compétence différents problèmes dont la résolution appelait des réponses précises, ce dont j'ai tenté de m'acquitter avec la plus grande diligence. Vous le lirez, il n'est pas toujours possible de donner une réponse unique et définitive, mais je me suis efforcé de recenser les différentes — et principales — voies que pourraient emprunter les actions envisagées par les requérants...

### I. Affaire Gérard Mandubeaul

M. Mandubeaul, tout juste remis de ses blessures, a décidé de mettre en cause tout à la fois la commune en tant que gestionnaire du domaine skiable et de ses installations, et le maire de Bagnères pour négligence dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative. Le préalable à toute action est de déterminer devant quelle juridiction porter l'action en réparation avant d'analyser les fondements possibles de celle-ci.

S'agissant de la première requête, M. Mandubeaul reproche à la commune, responsable de l'organisation et du fonctionnement des pistes et des remontées mécaniques, d'avoir mal appréhendé les difficultés et risques d'accident pouvant résulter de la mise en place d'itinéraires pour les luges croisant les pistes réservées aux skieurs. Il met donc en cause sa responsabilité en qualité de gestionnaire d'une activité d'intérêt général, ce qui conduit à s'interroger, afin de déterminer le juge compétent, primo sur la qualification même de celle-ci, secundo sur la situation de M. Mandubeaul au regard de cette activité et de l'ouvrage en cause.

. 1

La première question peut être résolue rapidement.

- Il est acquis en jurisprudence depuis longtemps que l'exploitation d'un domaine skiable et plus précisément de remontées mécaniques est, d'abord, un service public, relevant des communes (CE, Sect., 29 janv. 1959, *Commune d'Huez*, Rec. p. 67, qualification désormais inscrite dans la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985, relative au développe-

ment et à la protection de la montagne, JO 10 janv. 1959, p. 320) — sans qu'il soit donc ici nécessaire de mobiliser les derniers états de la jurisprudence sur la notion de service public (CE, Sect., 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, RFDA 2007.803, AJDA 2007.793, JCP éd. A, 2007.33).

Il s'agit de surcroît d'un service public industriel et commercial. Là encore si le rappel de la décision du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest Africain* (Rec. p. 91, D. 1921.3.1, S. 1924.3.34, concl. Matter, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (GAJA), Dalloz, 2007, n° 37; *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif* (GDJDA), PUF, 2007, p. 359) s'impose par principe, il n'est nul besoin de replonger dans la jurisprudence classique relative à la distinction service public administratif-service public industriel et commercial, entamée depuis la décision du Conseil d'État du 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques* (D. 1956.459; S. 1957.38, concl. Laurent) et son fameux critère trifolié, objet de l'activité, origine des ressources ou mode de financement, modalités d'organisation et de fonctionnement. En effet, le recours à ce critère ne se justifie en principe qu'en l'absence de qualification législative claire et sans équivoque du service public, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, l'exploitation d'une piste de ski est un aspect d'un service public industriel et commercial par détermination de la loi : la loi *Développement et protection de la montagne* du 9 jan-

vier 1985 prévoit dans son article 47 que l'exécution du service (organisation des pistes et service des remontées mécaniques) « est assurée soit en régie directe, soit en régie par une personne publique sous forme de service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente ». Le juge administratif en a déduit la qualification industrielle et commerciale du service quels qu'en soient le mode de gestion ou la nature du gestionnaire. Il en est notamment ainsi lorsque la commune assume directement la gestion des activités en régie directe comme dans notre affaire (cf. pour une illustration récente, CE, 19 févr. 2009, M<sup>lle</sup> B., n° 293020).

• Le régime juridique des services publics industriels et commerciaux est largement dominé par l'application du droit privé et en conséquence, en cas de litige, par la compétence des juridictions judiciaires. Toutefois, le droit public régit certaines situations, invariablement (notamment compétence du juge administratif pour connaître de tous les actes à portée réglementaire organisant le service), ou ponctuellement en fonction de la qualité même du requérant : agent, usager ou tiers. Quelle était donc au moment des faits la situation de Gérard Mandubeaul ? L'accident s'étant produit lors de la descente d'une piste, c'est bien « à l'occasion de la fourniture des prestations » qu'il a été blessé, alors qu'il profitait des infrastructures et des activités du service : il était donc incontestablement en position d'usager, auquel s'applique de façon privilégiée, selon une jurispru-

dence constante entamée par le Tribunal des conflits dans l'affaire du *Bac d'Eloka* et explicitée par le Conseil d'État quelques semaines plus tard (CE, 23 déc. 1921, *Société générale d'armement*, Rec. p. 1109), la compétence judiciaire. Le juge fonde cette solution sur l'affirmation que « les liens existant entre les services industriels et commerciaux et leurs usagers sont des liens de droit privé » (CE, 13 janv. 1961, *Département du Bas-Rhin*, Rec. p. 38) et en donne une interprétation extensive au point d'avoir consacré en la matière un « bloc de compétence judiciaire ».

Cette privatisation, qui couvre intégralement les rapports individuels, sauf dérogation textuelle, se traduit par la mise en échec des éléments qui entraînent habituellement l'application du droit administratif. Ainsi le principe de la compétence judiciaire vise tous les services industriels et commerciaux quel que soit leur mode de gestion, de telle sorte que la nature juridique, publique ou privée, du gestionnaire est indifférente. Le fait qu'en l'espèce, le service soit assurée par la commune de Bagnères ne saurait modifier le régime applicable : le Conseil d'État a ainsi récemment rappelé que « l'exploitation des pistes de ski, incluant notamment leur entretien et leur sécurité, constitue un service public industriel et commercial, même lorsque la station de ski est exploitée en régie directe par la commune ; qu'en raison de la nature juridique des liens existant entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, lesquels sont des liens de droit privé, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents

pour connaître d'un litige opposant une victime à une commune en sa qualité d'exploitant de la station... » (CE, 19 févr. 2009, préc.). De manière similaire, la circonstance qu'un ouvrage public soit en cause — alors même qu'elle conduit à identifier un dommage de travaux publics emportant en principe la compétence du juge administratif en application de la loi du 28 pluviôse an VIII — ne permet pas d'éluider la compétence judiciaire applicable de façon générale aux usagers des services publics industriels et commerciaux (T. confl., 24 juin 1954, *Dame Galland*, Rec. p. 717 ; et pour une affaire similaire à celle traitée, T. confl., 24 févr. 2003, *Schach*, n° 3340).

- La compétence de la juridiction judiciaire étant ainsi acquise, Gérard Mandubeaul peut-il agir sur le terrain de la responsabilité pour faute de la commune, au titre d'un défaut d'entretien et de mise en sécurité des pistes ? Il est en effet souligné dans le dossier qu'à différentes reprises, des incidents se sont produits sans réaction notable des autorités municipales. Leur incurie est donc à l'origine exclusive du dommage, sauf à invoquer en parallèle une éventuelle faute de la victime (vitesse excessive et imprudence de Gérard Mandubeaul le rendant incapable de contrôler sa trajectoire), ce que ne permettent pas de déterminer les éléments du dossier.

Reste à déterminer sur quelle base agir. Si une piste de ski, en elle-même, n'est pas considérée par le juge comme un ouvrage public et ne saurait donc être à l'origine de dommages de travaux publics (CE, 12 déc. 1986, *Rebora c/Commune de*

*Bourg-Saint-Maurice*, Rec. p. 281, AJDA 1987.354, concl. Bonichot), en revanche une telle responsabilité peut être retenue si le préjudice a été causé par un élément « accessoire », en particulier si la conception ou l'implantation d'un ouvrage sur une piste révèle un problème d'aménagement ou de signalisation des dangers, constitutifs alors d'un défaut d'entretien normal de l'ouvrage (CE, 13 févr. 1987, *Vieville c/Commune de Saint-Martin-de-Belleville*, Rec. p. 60), ce qui est le cas en l'espèce. En la matière, le juge applique un régime de présomption de faute — cas des dommages subis par les usagers des ouvrages publics —, ce qui libère les victimes de la charge de prouver le défaut d'entretien ou la négligence. La commune de Bagnères est donc sur ce point présumée responsable. En parallèle, M. Mandubeaul pourra mettre en cause la négligence du maire dans l'exercice de ses pouvoirs de police

## . 2

À cet égard, si la compétence judiciaire s'impose s'agissant de l'action contre la commune gestionnaire, elle ne va pas de soi si l'on considère la mise en cause de la responsabilité du maire au titre de la police municipale. Deux considérations sont de nature à influencer sur la compétence juridictionnelle.

- La première conduit à qualifier l'opération de police en cause, selon le fameux critère finaliste dégagé en 1951 pour distinguer la police administrative de la police judiciaire (CE, Sect., 11 mai 1951, *Consorts Baud*, S. 1952.3.13, concl. J. Delvolvé, note R. Drago ; T. confl., 5 juin 1951, *Consorts Noualek*,

Rec. p. 636, concl. J. Delvolvé, GDJDA). Il convient ainsi de retenir le but de l'opération ou de la décision contestée, et plus encore l'intention qui a animé les personnels ou autorités de police. Le lien avec une infraction pénale déterminée permet de reconnaître une opération de police judiciaire, comme le proposait J. Delvolvé dans ses conclusions sur *Consorts Baud* : une opération relève de la police judiciaire quand elle vise à la recherche d'éléments débouchant sur des poursuites pénales, que cette opération soit ou non dirigée par le parquet ou déclenchée par lui. Elle se rattache à la police administrative si son objet s'analyse en « une mission de contrôle ou de surveillance » sans être « orientée sur une infraction correctionnelle ou criminelle précise ». Le critère renvoie par là même à la différenciation des interventions telle qu'elle est formulée par le Code de procédure pénale (art. 14) : la police judiciaire est chargée de faire constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les éléments de preuve et d'en rechercher les auteurs alors que la police administrative vise à empêcher les désordres par des mesures prises à l'avance. En l'espèce, il est clair que nous sommes sur le terrain de cette police-ci : il est en effet reproché au maire de ne pas avoir pris des mesures de protection du pylône ou de signalisation du danger, destinées à assurer la sécurité publique, élément de l'ordre public à la charge de l'exécutif municipal.

C'est donc devant la juridiction administrative que Gérard Mandubeaul peut engager son action en responsabilité à l'encontre du maire, au titre de ses insuf-

fisances dans l'exercice de son pouvoir de police. Le principe même d'une telle action est acquis depuis le début du xx<sup>e</sup> siècle (CE, 10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*, *Rec.* p. 139, concl. Romieu, S. 1905.3.113, note Hauriou, *GAJA*). À cet égard, au regard du comportement du maire, autorité de police, c'est, au travers de la dénonciation de son incurie ou de ses carences, la faute qui sera invoquée au soutien de la demande de réparation. De fait, les services et autorités de police sont soumis à différentes obligations singulières dont celle d'agir. Cette obligation de prendre les mesures de police nécessaires impose aux agents et autorités d'appliquer les réglementations existantes mais aussi d'adopter toutes les décisions juridiques ou matérielles indispensables « pour faire cesser un péril grave résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public » (R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, n° 940, reprenant les conditions posées par CE, 23 oct. 1959, *Doublet*, *Rec.* p. 540, *RD publ.* 1959, p. 1235, concl. A. Bernard). En négligeant de prendre les mesures de protection pourtant indispensables et demandées, le maire a commis non seulement une illégalité mais aussi une faute qui engage, dès lors qu'elle est dommageable, la responsabilité de la commune.

Le régime de cette responsabilité est actuellement en phase d'évolution. En effet, jusqu'il y a peu, il était de coutume d'opérer une distinction au sein des activités de police en fonction de leur difficulté respective, afin de laisser des marges d'action aux agents lors des situations

les plus délicates. Ce régime oscille (oscillait ?) ainsi entre faute simple et faute lourde. La faute lourde était appliquée aux dommages résultant d'opérations matérielles sur le terrain, la faute simple réservée aux activités juridiques. Progressivement toutefois, la jurisprudence est devenue plus nuancée, le juge statuant au cas par cas non sans un certain « existentialisme juridique »... Il a ainsi admis que certaines mesures juridiques pouvaient être délicates à prendre en raison de la complexité de la situation ou de l'urgence, et *a contrario* que la faute simple pouvait suffire dès lors que les actions sur le terrain n'avaient rencontré aucune difficulté particulière. Surtout, depuis quelques années, le Conseil d'État tend à substituer la faute simple à la faute lourde dans des domaines de la police administrative de plus en plus nombreux. À cet égard, alors que les tribunaux et cours administratives d'appel continuent à exiger dans certains cas la faute lourde, il semble que le Conseil d'État, par reculs successifs, y ait finalement renoncé depuis plusieurs années (cf. F. Lemaire, préc., et *contra*, G. Eveillard, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA* 2006.733). Cet abandon du régime de la faute lourde dans le cadre de la responsabilité des services de police reste toutefois à confirmer de façon générale. En toute hypothèse, la défaillance du maire est difficilement explicable dès lors qu'il ne s'agissait que d'adopter de simples mesures matérielles de protection de l'ouvrage ou de balisage, sans que des circonstances spécifiques ou la situation à régler ne compliquent sa tâche. Si

Gérard Mandubeaul envisage de mettre en cause la responsabilité de la commune sur ce terrain, il n'aura à prouver devant la juridiction administrative que la faute simple.

• La situation peut toutefois se présenter différemment dès lors que l'on prend en considération non plus l'opération en cause (ou l'absence d'opération ici) mais le comportement même du maire en tant qu'agent. En effet, dans le cadre d'une action en responsabilité entreprise contre l'administration, la victime a le choix de poursuivre indifféremment l'agent lui-même ou le service dont il dépend, ou les deux, sur la base de la distinction classique entre la faute de service et la faute personnelle (T. confl., 30 juill. 1873, *Pelletier*, Rec. 1<sup>er</sup> supplément p. 117, concl. David, GAJA, GDJDA). Alors que la faute personnelle, détachable des fonctions et sans lien avec le service, engage la responsabilité de l'agent devant le juge judiciaire dans les conditions du droit commun, la faute de service ne peut être détachée de celui-ci et seule l'administration est appelée à en répondre devant le juge administratif et selon les règles et principes de la responsabilité publique.

Il est ainsi possible de considérer dans cette affaire que le maire a commis une faute de nature à engager sa responsabilité propre. Encore faut-il que l'agissement en cause corresponde aux critères progressivement dégagés par le juge à partir de la distinction, tout empirique, proposée par Édouard Laferrière en ces termes : il y a faute de service imputable à la fonction si l'acte dommageable est « impersonnel, s'il révèle un administra-

teur, plus ou moins sujet à l'erreur », et faute personnelle, imputable à l'agent, s'il révèle « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences » (concl. T. confl., 5 mai 1877, *Laumonnier-Cariol*, Rec. p. 437). Sur cette base, ont été reconnues fautes personnelles d'une part les fautes commises en dehors du service et d'autre part celles qui, bien que commises par l'agent dans le service ou à l'occasion des fonctions, s'en détachent intellectuellement, psychologiquement : le comportement de l'agent révèle que les besoins du service n'étaient manifestement pas concernés. Ce type de faute personnelle recouvre, selon la systématisation doctrinale, deux sortes de dérivés. En premier lieu, la faute intentionnelle : l'agent s'est écarté des préoccupations d'intérêt général pour se laisser emporter par ses passions personnelles soit qu'il ait poursuivi au travers de ses fonctions un intérêt exclusivement personnel, soit qu'il ait été animé par la volonté de nuire ou une intention malveillante. Tel ne semble pas être le cas en l'espèce. En revanche, la négligence coupable du maire pourrait, à condition d'en établir la réalité, correspondre à l'autre forme de faute personnelle, à savoir la faute d'une particulière gravité. Non point ici la faute qui traduit des excès de comportement inexcusables (excès de boisson, de langage, brutalités...) mais la faute professionnelle d'une gravité exceptionnelle, celle qui « révèle un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique » (Crim., 30 sept. 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 197 : affaire des écoutes réalisées par la cellule élyséenne avec mise en cause de la respon-

sabilité des agents et militaires impliqués). Le juge a eu à différentes reprises l'occasion de stigmatiser certains comportements d'agents, analysés comme inexcusables et incompatibles avec l'état même de fonctionnaire : cas du préfet qui ordonne aux gendarmes d'incendier des paillotes construites sans autorisation sur le domaine public (Crim., 13 oct. 2004, *Bonnet, Mazères et autres*, *Bull. crim.* 2004, n° 243) ou du lieutenant qui tue un appelé lors d'un exercice de tir à balles réelles organisé sans ordre de l'autorité supérieure (CE, 17 déc. 1999, *Moine*, *Rec.* p. 425)... Même si la gravité des faits reprochés au maire de Bagnères n'est pas forcément établie (elle ressemble cependant à celle reprochée au maire de Roquecourbe dans l'affaire *Lemonnier*...), il faut envisager la mise en cause de la responsabilité sur le fondement de la faute personnelle devant le juge judiciaire.

Ainsi, l'affaire conduit à identifier la coexistence de faits distincts et donc un cumul de fautes à l'origine des préjudices de Gérard Mandubeaul : une faute de service — l'aménagement défectueux des pistes — et une faute personnelle — la carence du maire —, cumul dont le principe a été admis avec l'arrêt *Anguet* (CE, 3 févr. 1911, *Rec.* p. 146, *GAJA, GDJDA*). Toutefois, il est probable que Gérard Mandubeaul choisira d'agir plutôt contre la commune pour la totalité des dommages. Il appartiendra alors au juge administratif de « régler la contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations », « compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives

constatées dans chaque espèce » (CE, Ass., 28 juill. 1951, *Delville*, *GAJA*).

## II. Affaire Société Help Services

Pour déterminer devant quelle juridiction agir en responsabilité contractuelle, il est nécessaire de qualifier le contrat en question. S'agit-il d'un contrat privé ou d'un contrat administratif ?

Premier critère en la matière, la référence à une loi portant qualification du contrat. L'on sait en effet qu'à différentes reprises, le législateur est intervenu soit pour désigner l'ordre de juridiction compétent pour connaître du contentieux du contrat — cette précision permettant d'en déduire la nature juridique —, soit pour explicitement qualifier le contrat lui-même. Même si les éléments fournis sont peu nombreux, ils permettent *a priori* d'exclure une qualification administrative par détermination de la loi : la convention en cause n'entre dans le champ d'application ni de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, *Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* (MURCEF), qui qualifie d'administratifs les marchés passés par les personnes publiques ou leurs mandataires en application du Code des marchés publics, ni de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 17 juin 2004 (art. 1<sup>er</sup>) qui reconnaît ce caractère aux contrats de partenariat. La convention n'évoque pas l'exécution de travaux publics et ne saurait donc être qualifiée sur la base de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ; elle ne comporte pas non plus occupation du

domaine public par la société (L. 2331-1 Code général de la propriété des personnes publiques).

Le recours aux textes ne permettant pas de découvrir le caractère du contrat, il est nécessaire de reprendre le critère forgé par le juge à cet effet. Pour reconnaître un contrat administratif, la jurisprudence exige deux conditions cumulatives : un élément organique, élément constant et indispensable, et un élément matériel, en vertu duquel le contrat doit porter l'empreinte d'une gestion publique révélée soit par son objet soit par son contenu.

Selon une règle constante, pour qu'un contrat soit administratif, il faut que l'une des parties contractantes au moins soit une personne publique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Des aménagements à cette règle sont toutefois admis depuis longtemps, fondés sur la théorie de la représentation, et qui permettent de qualifier d'administratifs certains contrats conclus entre personnes privées. Il ne semble pas d'abord que nous soyons ici dans l'hypothèse d'un mandat exprès au sens du Code civil (CE, Sect., 2 juin 1961, *Leduc*, Rec. p. 363), ni même dans celles d'une action « pour le compte » de la collectivité publique, telles qu'elles résultent des jurisprudences *Société Entreprise Peyrot* (T. confl., 8 juill. 1963, Rec. p. 787, GAJA) d'une part et d'autre part *Société d'équipement de la région montpelliéraine* (Rec. p. 326)-*Commune d'Agde* (Rec. p. 798). Le juge toutefois assimile à ces hypothèses celle dans laquelle la convention a été passée par un organisme transparent. La pratique est bien connue et parfois sanctionnée

par le juge qui, allant au-delà des qualifications affichées, s'efforce de saisir l'administration derrière les structures privées qui n'en sont que l'émanation. La Cour des comptes a notamment dénoncé la création d'associations para-administratives, simples démembrements des collectivités publiques. En 1995, elle a précisé les critères de reconnaissance de celles-ci, dont la dépendance à l'égard de l'administration se manifeste sur trois plans : « sur le plan administratif, les organes dirigeants de l'association sont composés en majorité, voire de façon exclusive d'élus ou de fonctionnaires ; sur le plan matériel, ces associations dépendent, pour la quasi-totalité de leurs ressources, des subventions ou des concours en nature de la collectivité [...], la part des cotisations dans leur financement est nulle ou très faible ; sur le plan fonctionnel, ces associations exercent généralement des activités ayant le caractère de service public marqué ». Ce sont ces éléments que le juge reprend pour identifier la personne publique derrière l'organisme qu'elle a créé, en particulier lorsqu'il s'agit de qualifier un contrat (CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, BJCP 2007.230, concl. Boulouis), et que l'on retrouve dans notre affaire. L'association est la simple émanation de la commune de Bagnères qui en « contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources » : elle « doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs » (CE, 21 mars 2007, préc.). Le Conseil d'État a recensé cette situation



parmi les modalités de gestion possibles d'un service public par une collectivité publique dans l'arrêt *Commune Aix-en-Provence* (Sect., 6 avr. 2007, RFDA 2007.812, concl. Seners) : il y a gestion directe lorsque les collectivités créent à cette fin « un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer (le) service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire ». Cet organisme ne peut alors être considéré comme un opérateur autonome, auquel les collectivités ne sauraient faire appel « qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ». La commune de Bagnères se trouvant par ce biais partie au contrat, la condition organique est remplie. Reste à vérifier la présence de l'élément matériel, le lien privilégié avec le service public, consacré par les arrêts *Bertin-Grimouard* (CE, Sect., 20 avr. 1956, Rec. p. 167-168, GAJA, GDJDA) ou la présence d'aspects exorbitants, clauses (CE, 31 juill. 1912, *Société des granites porphyroïdes des Vosges*, Rec. p. 909, concl. Blum, GAJA, GDJDA) ou régime (CE, Sect., 19 janv. 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. p. 148, CJEG 1973.239, concl. Rougevin-Baville). En l'espèce, sans qu'il soit nécessaire d'aller plus avant, le contrôle et le maintien de la sécurité des installations sportives constituent sans conteste une mission classique de service public, qui, alliée à la présence d'une personne publique au contrat, permet ainsi de

reconnaître à celui-ci un caractère administratif.

C'est donc bien devant la juridiction administrative que les dirigeants de la société devront agir.

### III. Délégation de la patinoire et de la piscine municipales

L'exploitation d'installations sportives est reconnue traditionnellement comme une activité de service public dont le mode de gestion s'est diversifié, à l'instar de l'ensemble des missions publiques non régaliennes. Les collectivités publiques ont la faculté soit de gérer elles-mêmes les services publics dont elles ont la charge, soit de recourir pour cela à un tiers, personne publique ou privée. Sauf disposition législative contraire, l'autorité administrative dispose d'une grande liberté dans le choix des modes de gestion et le choix ainsi fait échappe au contrôle du juge (CE, 18 mars 1988, *Loupias*, Rec. p. 975). Il existe ainsi diverses modalités pour gérer un service public dont le Conseil d'État a récemment dressé un tableau d'ensemble, véritable mode d'emploi à destination des personnes publiques (CE, Sect., 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc.).

Au-delà des modes de gestion publics, la dévolution d'un service public à une personne privée a été consacrée par les arrêts d'Assemblée du Conseil d'État du 20 décembre 1935, *Établissements Vézia* (Rec. p. 1212, RD publ. 1936.119) et du

13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et Protection »* (Rec. p. 417, RD publ. 1938.830, concl. R. Latournerie). Un organisme privé ne peut en principe prendre en charge une mission de service public que si la puissance publique l'y a autorisé, lui a donné une habilitation préalable, celle-ci pouvant être unilatérale ou contractuelle. La première sorte d'investiture trouvant essentiellement son origine dans la loi ou dans la reconnaissance a posteriori d'un service public dans la mission d'intérêt général d'une personne privée, il convient en l'espèce d'analyser plutôt les procédés contractuels communément désignés « conventions de délégation de service public ». Leur recours est de principe, l'habilitation unilatérale étant présentée comme la dérogation. En effet, selon le Conseil d'État, sauf si un texte en dispose autrement et à condition que la nature du service ne s'y oppose pas, une collectivité publique qui décide d'en déléguer la gestion doit en principe conclure avec le tiers privé un contrat, soit délégation de service public soit marché public de services. Cela implique que toute dévolution à une personne privée suppose nécessairement le respect d'obligations de publicité et de mise en concurrence. Or ces règles sont différentes dans l'un et l'autre cas (loi du 29 janvier 1993, *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique et des procédures publiques pour les délégations*, ou dispositions plus contraignantes du Code des marchés publics). Partant, le juge a eu soin de distinguer clairement les deux types de contrats en se fondant sur deux aspects indissociables. Le premier est l'objet du contrat, qui doit réaliser dans

le cas de la délégation, un transfert de la gestion du service ; le second concerne le mode de rémunération du cocontractant, qui doit être « substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation » (CE, 15 avr. 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/Commune de Lambesc*, AJDA 1996.728). Le législateur a repris ces éléments jurisprudentiels et définit la délégation de service public 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 privé ou public dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service » (loi du 11 décembre 2001, MURCEF ; L. 1411-1 CGCT).

En fonction de ces remarques, la commune sait qu'elle devra en toute hypothèse respecter certaines règles précises de publicité et de mise en concurrence, qu'elle choisisse de recourir à la délégation ou de conclure un marché de prestations de service. Cependant, les procédures sont moins strictes en matière de délégation, le principe ici étant celui de la liberté de l'administration délégante et du choix du délégataire *intuitu personae*.

Sur cette base, plusieurs types de délégations de service public peuvent être proposés à la commune. La première formule est celle du contrat simple, formule souple et peu formalisée mais qui pour ces raisons, n'est utilisable que lorsque la mission de service public n'exige que de faibles investissements et reste limitée

dans le temps, ce qui ne semble pas correspondre à la situation qui nous intéresse. Deux autres délégations, proches l'une de l'autre, peuvent alors être envisagées. La concession est le type même de la convention de délégation, par laquelle une personne publique (délégant) confie sous son contrôle à une personne physique ou morale (concessionnaire) le soin de gérer un service public à ses frais et risques, en l'autorisant en contrepartie à se rémunérer directement au moyen de redevances perçues sur les usagers. Elle s'accompagne généralement d'une concession de travaux, le concessionnaire prenant en charge la construction des ouvrages nécessaires au service. L'affermage revêt les mêmes caractéristiques sous la seule réserve que le fermier n'a pas en principe à prendre en charge les frais de première installation et donc à financer les ouvrages nécessaires au service. Les installations et équipements, déjà en place, lui sont remis par la collectivité publique en contrepartie du versement régulier d'une redevance souvent appelée « surtaxe ». Dans les deux cas, le concessionnaire comme le fermier apparaissent comme des entrepreneurs, agissant pour leur propre compte, ce qui présente pour la commune l'avantage de déléguer clairement la responsabilité et les risques de la gestion au tiers privé sans pour autant en abandonner le contrôle. Mais, en l'espèce, les autorités communales peuvent vouloir privilégier une formule qui soit moins en rupture avec le mode de gestion actuel, la régie directe, et maintenir ainsi le service public dans le « giron » communal. Leur choix pourrait s'arrêter sur la régie intéressée, contrat par lequel la personne publique

responsable du service en transfère la gestion à un tiers qui agit alors pour le compte de celle-ci. Le régisseur reçoit directement sa rémunération de la collectivité en fonction des résultats de l'exploitation : elle comporte une partie fixe complétée par des primes de gestion pour le calcul desquelles sont pris en considération différents aspects relatifs à la qualité et l'efficacité de la gestion (gains de productivité, augmentation des recettes...). Comme le précise Laurent Richer, « l'intéressement résulte de ce que le régisseur perçoit une part du résultat. Le caractère de "régie" tient à ce que la personne privée agit "pour le compte" de la collectivité publique à la différence du concessionnaire » (*Droit des contrats administratifs*, LGDJ, n° 689), ce qui lui permet de garder le contrôle et la maîtrise de la gestion. C'est elle qui assume les pertes et risques de l'exploitation. Le régisseur garde une certaine autonomie et « détient la gestion opérationnelle du service » (G.-J. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public*, Domat Montchrestien, n° 1122 et s.). En revanche, il est rémunéré non par les usagers mais directement par la collectivité. Simplement, à la différence d'un simple gérant, il peut être pénalisé si ses résultats sont insuffisants et en conséquence sa rémunération est susceptible de varier de façon substantielle en fonction d'éléments liés à l'exploitation du service. Dès lors, « l'aléa financier n'est pas absent de ce type de contrat qui suppose une forme de responsabilisation du cocontractant de l'administration » (J.-F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, *Grands services publics*, 2000, p. 225).

C'est au cœur de la régie intéressée que passe la frontière entre délégation de service public et marché public de services en fonction du risque financier effectivement assumé par le régisseur (CE, 30 juin 1999, *SMITOM Centre-Ouest seine-et-marnais*, *AJDA* 1999.714, concl. C. Bergeal).

Enfin, si la commune veut conserver l'essentiel de ses prérogatives sur le service tout en le confiant à un tiers, elle

peut opter pour la gérance, contrat dans lequel la rémunération du gérant est forfaitaire et l'implication de la collectivité maximale. Comme tel, il a été qualifié par le juge de marché public (CE, 7 avr. 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, *AJDA* 1999.517). Mais elle retrouvera alors les contraintes, atténuées mais certaines, qui l'ont conduite à envisager l'abandon de la gestion directe...

# 5. La responsabilité de la puissance publique

**Thème principal**    **Responsabilité**

**Mots clés**

sources du droit administratif, responsabilité du fait de la loi, convention internationale, principe de sécurité juridique

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Xavier Dupré de Boulois**  
professeur

**SUJET**

**Université Pierre-Mendès-France (Grenoble II)**

Second semestre 2007-2008

**Commentaire d'arrêt :**

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 6 septembre 2007, *Mutuelle de Poitiers Assurances* :

République française  
Au nom du peuple français

Vu la requête, enregistrée au greffe de la cour le 14 avril 2004 sous le n° 04BX00639, présentée pour la Mutuelle de Poitiers assurances ayant son siège Bois du Fief Clairet BP 297 à Poitiers (86066), par la SCP d'avocats Drouineau-Cosset-Drouineau ; la Mutuelle de Poitiers assurances demande à la cour :

1° d'annuler le jugement du 19 février 2004 par lequel le tribunal administratif de Poitiers a rejeté sa demande de condamnation de l'État à lui verser la somme de 5 824 596 euros avec intérêts au taux légal à compter du 4 novembre 2002 ;

2° de condamner l'État à lui verser la somme de 5 824 596 euros avec intérêts au taux légal à compter du 4 novembre 2002 et la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ; [...]

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole additionnel ;

Vu la loi n° 2001-1128 du 30 novembre 2001 ;

Vu le Code rural ;

Vu le Code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 28 juin 2007,

– le rapport de M. Larroumec ;

– les observations de M<sup>e</sup> Drouineau, avocat de la Mutuelle de Poitiers assurances ;

– et les conclusions de M<sup>me</sup> Balzamo, commissaire du gouvernement ;

*Sur la régularité du jugement :*

Considérant que le jugement du 19 février 2004 par lequel le tribunal administratif de Poitiers a rejeté les conclusions de la Mutuelle de Poitiers assurances tendant à ce que la responsabilité de l'État soit engagée du fait de la loi du 30 novembre 2001 portant amélioration de la couverture sociale des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles indique que le rejet est notamment fondé sur les objectifs d'intérêt général poursuivis par la loi ; qu'en ne précisant pas lesdits motifs, le tribunal administratif n'a pas insuffisamment motivé son jugement ;

Considérant si la Mutuelle de Poitiers assurances soutient que le jugement attaqué serait irrégulier, faute de viser la note en délibéré qu'elle aurait produite, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'une note en délibéré, dont aucune copie n'a été produite au juge d'appel, aurait été présentée au tribunal administratif de Poitiers par la requérante ;

*Sur la responsabilité :*

Considérant que la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une

loi à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés d'autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ;

Considérant que la loi n° 2001-1128 du 30 novembre 2001 portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, codifiée sous les articles L. 722-1 et suivants du Code rural, a institué une nouvelle organisation du régime d'assurance obligatoire des non-salariés agricoles contre les maladies professionnelles et les accidents du travail ; que son article 13 dispose que « les contrats d'assurance souscrits en application des articles L. 752-1 et L. 752-22 du Code rural, dans leur rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la présente loi, sont résiliés de plein droit à compter du 1<sup>er</sup> avril 2002 et cessent, en conséquence, de produire effet pour les accidents survenus ou les maladies professionnelles constatées après cette date » ; que LA Mutuelle de Poitiers assurances, qui entend se fonder sur la responsabilité sans faute incombant à l'État du fait de l'intervention de l'article 13 de la loi du 30 novembre 2001, ne justifie, en tout état de cause, d'aucun préjudice spécial dans la mesure où les dispositions en cause s'appliquent à tous les assureurs se trouvant dans la même situation dont le nombre ne peut être regardé comme suffisamment limité ; qu'en outre, elle ne justifie pas, en produisant une étude générale de la société KPMG sur « les conséquences pour le marché de l'assurance résultant de la réforme du régime des accidents de travail » des exploitants agricoles, la gravité du préjudice qu'elle aurait personnellement subi ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. – Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général [...] ; que les dispositions litigieuses de l'article 13 de la loi n° 2001-1128 du 30 novembre 2001 ont eu pour effet de priver les assureurs intéressés d'une fraction de la créance résultant des contrats d'assurances dont l'échéance était postérieure au 1<sup>er</sup> avril 2002 ; que, toutefois, ces dispositions, qui n'ont pas privé les assureurs titulaires des contrats de la possibilité de souscrire avec leurs assurés des contrats régis par les nouvelles dispositions de la loi du 30 novembre 2001, ont pour objet d'assu-

rer et de généraliser une meilleure couverture pour les accidents du travail et les maladies professionnelles à un moindre coût; qu'eu égard à ces motifs d'intérêt général, les dispositions de l'article 13 de la loi du 13 novembre 2001, qui peuvent autoriser l'application de la norme nouvelle à des situations contractuelles en cours à leur date d'entrée en vigueur sans porter une atteinte disproportionnée au principe de sécurité juridique, ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la Mutuelle de Poitiers assurances n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort, que par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Poitiers a rejeté sa demande;

*Sur les frais exposés et non compris dans les dépens :*

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative font obstacle à ce que l'État, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, soit condamné à verser à la Mutuelle de Poitiers assurances la somme qu'elle demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens;

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la Mutuelle de Poitiers assurances est rejetée.

## Analyse du sujet

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux ne présentait pas de difficultés particulières pour qui maîtrise le programme de droit administratif de L2 et en particulier son actualité. Il constituait une des premières applications de la jurisprudence *Garde-dieu* (CE, Ass., 8 févr. 2007) dont le considérant de principe est repris mot

pour mot pas la cour. L'essentiel des développements devait donc porter sur la responsabilité de l'État du fait des lois. Le plan du commentaire semblait s'imposer de lui-même autour de la distinction des deux régimes de responsabilité en cause. À titre accessoire, l'arrêt était aussi l'occasion d'évoquer le contrôle de conventionnalité de la loi et le principe de sécurité juridique dont la Cour fait une utilisation troublante.



# Corrigé

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux lu le 6 septembre 2007 constitue une des premières applications par les juges du fond des principes issus de l'arrêt *Gardedieu* rendu par le Conseil d'État le 8 février 2007. À cette occasion, la Haute Juridiction a affirmé l'existence, à côté du régime de responsabilité sans faute initié par la jurisprudence *La Fleurette*, d'un second régime de responsabilité du fait des lois à savoir une responsabilité fondée sur la méconnaissance par le législateur d'un engagement international. Le Conseil d'État a longtemps tardé à tirer toutes les conséquences de l'arrêt *Nicolo* dans le contentieux de la responsabilité. Il avait jusque-là évité de consacrer une telle responsabilité en imputant à l'administration le manquement à l'engagement international plutôt qu'au législateur (CE, Ass., 28 févr. 1992, *Société Arizona Tobacco Products*). Cette pratique ne pouvait jouer dans l'hypothèse où aucune décision de l'administration n'était intervenue pour assurer l'application de la loi litigieuse. Tel était d'ailleurs le cas dans l'affaire à l'origine de l'arrêt commenté.

En l'espèce, une société d'assurances, la Mutuelle de Poitiers assurances a engagé une action devant le tribunal administratif de Poitiers tendant à la condamnation de l'État à lui verser des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'entrée en vigueur de loi du 30 novembre 2001 por-

tant amélioration de la couverture sociale des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles. En effet, l'article 13 de cette loi a prévu que les contrats d'assurance souscrits en application de la législation antérieure seraient résiliés de plein droit à compter du 1<sup>er</sup> avril 2002. Il en est résulté un manque à gagner pour cette société correspondant à la fraction de la créance résultant des contrats d'assurances dont l'échéance est postérieure au 1<sup>er</sup> avril 2002. Par son jugement du 19 février 2004, le tribunal administratif a rejeté ces conclusions. La mutuelle a alors interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Bordeaux laquelle a également refusé de faire droit à sa demande par l'arrêt commenté. La cour constate que les conditions ne sont pas réunies pour engager la responsabilité de l'État aussi bien sur le fondement de la rupture d'égalité que sur celui de la méconnaissance d'un engagement international.

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux est donc l'occasion de faire le point sur les deux régimes de responsabilité de l'État du fait des lois. Il illustre les assouplissements qu'a connus la jurisprudence *La Fleurette* depuis quelques années (I). Surtout, il donne à voir ce que peut être la mise en œuvre d'un régime de responsabilité de l'État en raison d'une méconnaissance par la loi d'un engagement international (II).

## I. La responsabilité sans faute du fait de la loi du 30 novembre 2001

L'éventuelle responsabilité sans faute de l'État à raison de l'intervention d'une loi a été consacrée par le Conseil d'État dans un arrêt d'Assemblée du 14 janvier 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*. La responsabilité de l'État trouve alors son fondement dans la rupture d'égalité devant les charges publiques déjà à l'œuvre dans d'autres domaines tels les refus de concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice (CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*). L'engagement de la responsabilité de l'État est alors subordonné à deux conditions comme le rappelle la cour administrative d'appel. La victime doit d'abord apporter la démonstration du caractère anormal et spécial de son préjudice ce qui n'a pas été le cas en l'espèce (A). Par ailleurs, la loi ou ces travaux préparatoire ne doivent pas avoir exclu l'indemnisation. La cour n'évoque pas directement cette seconde exigence mais cette dernière semble avoir fondé le rejet de la requête en première instance (B).

### A. L'absence de préjudice qualifié

L'exigence d'un préjudice anormal et spécial est inhérente à la responsabilité fondée sur la rupture d'égalité. Elle repose en effet sur l'idée que si la vie en société impose à chacun un certain nom-

bre de contraintes, ces dernières ne doivent pas excéder un certain seuil au-delà duquel les personnes spécialement concernées ont droit à réparation. En l'espèce, la cour administrative d'appel est amenée à constater que le préjudice dont se prévaut la mutuelle ne présente aucune de ces qualités.

En premier lieu, le préjudice n'est pas spécial dans la mesure où les dispositions de l'article 13 de la loi s'appliquent à tous les assureurs se trouvant dans la même situation. Or leur nombre est insuffisamment limité. Il est bien entendu que ce régime de responsabilité est applicable alors même que plusieurs personnes subissent un préjudice consécutif à l'application de la loi. Il en est particulièrement ainsi lorsque la victime démontre qu'elle est plus que toute autre personne affectée. Mais il convient que le cercle des personnes concernées reste limité. À défaut, la référence à une rupture d'égalité n'aurait plus aucun sens. On ne doit pas non plus négliger le souci de juge administratif d'éviter une mise en cause trop facile d'un patrimoine public.

En second lieu, la cour estime que la mutuelle n'apporte pas la preuve qu'elle a personnellement subi un préjudice grave. Elle pointe un problème de preuve en ce que la requérante se borne à produire une étude générale d'une société d'audit relative aux conséquences de la loi sur le marché de l'assurance. Elle aurait donc dû apporter des éléments chiffrés sur le volume de ses contrats d'assurance ou le montant des créances de la mutuelle concernés par la loi de 2001.

## B. Le silence sur l'intention du législateur

La cour administrative d'appel rappelle que la mise en œuvre de la responsabilité de l'État du fait d'une loi pour rupture d'égalité suppose que celle-ci n'ait pas entendu exclure toute indemnisation. Elle n'aura toutefois pas besoin de se prononcer sur ce point ayant constaté au préalable l'absence de preuve de l'existence d'un préjudice qualifié. Il semble en revanche que c'est bien la référence à l'intention du législateur qui a justifié le rejet de requête par le tribunal administratif de Poitiers. En effet, ce dernier a notamment fondé sa décision sur le constat que la loi poursuit « des objectifs d'intérêt général ». Cette affirmation illustre parfaitement ce qu'a pu être la manière dont le Conseil d'État interprétait la condition relative à la non-exclusion du principe de l'indemnisation par la loi. En effet, le Conseil ne s'est longtemps pas référé à titre exclusif aux termes la loi elle-même ou à ses travaux préparatoires pour déterminer l'intention du législateur à cet égard. Il a aussi été amené à tenir compte de l'objet de la loi de telle sorte que lorsque cette dernière poursuivait un intérêt général prééminent, il en déduisait l'intention implicite du législateur d'exclure le principe d'une indemnisation. On peut penser que le tribunal administratif, ayant constaté que la loi de 2001 poursuivait des objectifs d'intérêt général, en a déduit la volonté implicite du législateur d'écarter l'indemnisation. On relèvera cependant que depuis lors, la jurisprudence a évolué sur ce point. Il ressort en effet d'un arrêt,

*Société coopérative agricole Ax'ion* du 2 novembre 2005, que l'objet de la loi n'est plus un critère opérant pour établir la volonté implicite du législateur sur la question de l'indemnisation. Il n'est pas excessif de penser que la cour administrative eut tenu compte de cette inflexion de la jurisprudence si elle avait dû se prononcer sur cette condition d'engagement de la responsabilité.

## II. La responsabilité du fait de la méconnaissance d'un engagement international par la loi

La cour administrative d'appel reprend à son compte les principes issus de l'arrêt *Gardedieu* du 8 février 2008 dont il résulte que la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée « en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ». En conséquence, elle est conduite à apprécier la compatibilité de l'article 13 de la loi de 2001 avec le protocole 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme (A). Par ailleurs, l'arrêt de la Cour laisse à penser qu'elle a également contrôlé la loi au regard du principe de sécurité juridique (B).

## A. Le contrôle de conventionnalité de la loi de 2001

La mise en œuvre de la jurisprudence *Gardedieu* amène en définitive le juge administratif sur un terrain qui lui est naturel depuis l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989. En effet, elle suppose avant tout de déterminer la compatibilité d'une disposition législative avec un engagement international. Seules diffèrent les conséquences à tirer du constat d'une incompatibilité, l'annulation dans un cas, la réparation dans l'autre. En l'espèce, la cour administrative d'appel est amenée à contrôler la compatibilité de l'article 13 de la loi de 2001 avec les exigences de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Il stipule en substance que toute personne a droit au respect de ses biens, que nul ne peut être privé de sa propriété pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et enfin que les États conservent le droit de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Le raisonnement est classique et rappelle le contrôle assuré par le juge administratif à l'égard des mesures de police restrictives de libertés (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*). Partant de l'affirmation implicite qu'une créance constitue un bien au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole 1<sup>er</sup>, elle constate d'abord que l'article 13 porte bien atteinte au droit au respect des biens de la mutuelle puisqu'elle la prive d'une fraction de la créance résultant des

contrats d'assurance dont l'échéance est postérieure au 1<sup>er</sup> avril 2002. Toutefois, elle identifie deux éléments de nature à contrebalancer ce premier constat. Elle relève d'abord de manière incidente que les assureurs ont la possibilité de souscrire de nouveaux contrats avec les clients dont les contrats d'assurance ont été résiliés en application de la loi de 2001. L'argument a une portée relative en ce que les clients en questions peuvent changer de compagnie d'assurances. Sur tout, la cour note que cette loi est justifiée par un motif d'intérêt général à savoir assurer et généraliser une meilleure couverture à un moindre coût pour les non-salariés agricoles. Dans ces conditions, la Cour estime que l'article 13 de la loi ne porte pas atteinte à l'article 1<sup>er</sup> du protocole 1<sup>er</sup>.

## B. Un contrôle de constitutionnalité de la loi de 2001 ?

La cour administrative d'appel affirme de manière incidente dans son considérant relatif à l'article 1<sup>er</sup> du protocole 1<sup>er</sup> que les dispositions de la loi de 2001 peuvent autoriser l'application de la norme nouvelle à des situations contractuelles en cours « sans porter une atteinte disproportionnée au principe de sécurité juridique ». En soi, la référence à ce principe n'est pas incongrue en ce que le Conseil d'État l'a consacré en tant que principe général du droit à l'occasion de son arrêt d'Assemblée du 24 mars 2006, *KPMG*, et qu'il l'applique également en tant que principe général du droit communautaire (CE, 3 déc. 2001, *Syndicat national*

de l'industrie pharmaceutique). Dans l'arrêt KPMG, le Conseil a fait application du principe de sécurité juridique dans une situation assez proche du présent arrêt en ce qu'était en cause une disposition (réglementaire) qui prétendait s'appliquer à des situations contractuelles en cours.

Toutefois, la référence au principe de sécurité juridique par la cour administrative d'appel de Bordeaux est surprenante à deux égards. En effet, cette dernière a apprécié la conformité de l'article 13 de la loi au principe en question. Cela implique d'une part que ce principe a une valeur supralégislative et donc constitutionnelle. Par ailleurs, cela suppose que la cour s'est estimée compétente pour contrôler une loi par rapport à une norme constitutionnelle. Elle remet ainsi en cause deux solutions classiques du droit administratif : l'affirmation de la valeur législative ou de manière plus subtile, infralégislative et supradécrétale, des principes généraux du droit (R. Chapus) ; le refus du juge administratif de s'ériger en juge de la

constitutionnalité de la loi (CE, Sect., 6 nov. 1936, *Arrighi*).

Une autre interprétation de l'arrêt de la cour est possible qui serait plus conforme à la jurisprudence du Conseil d'État. Le principe de sécurité juridique évoqué ici serait le principe général du droit communautaire. Auquel cas, l'arrêt ne serait qu'une nouvelle manifestation du contrôle de conventionnalité des lois. Mais cette analyse se heurte à un obstacle important. Le Conseil d'État considère en effet que les principes généraux du droit communautaire ne sont invocables devant le juge administratif qu'à l'égard des situations régies par le droit communautaire (CE, 9 mai 2001, *Freyruth*). Or, il n'existe aucune référence au droit communautaire dans l'arrêt, et en particulier dans ses visas, qui indiquerait que l'on se trouve dans une telle situation.

On doit en conclure qu'en l'espèce, la cour a procédé sans le dire à un véritable contrôle de constitutionnalité.



**Thème principal**    **Responsabilité publique**

**Mots clés**

responsabilité, faute, préjudice, lien de causalité, risque, garde, rupture d'égalité devant les charges publiques

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Agathe Van Lang**  
professeure

**SUJET**

**Université de La Rochelle**

Second semestre 2007-2008

**Dissertation :**

Peut-on encore affirmer, à l'heure actuelle, l'autonomie du droit de la responsabilité publique par rapport au droit privé de la responsabilité ?

## Analyse du sujet

Ce sujet de dissertation invite à remettre en cause un postulat de départ — « l'autonomie du droit de la responsabilité publique » — au vu des évolutions de la matière — « à l'heure actuelle ». Son libellé ne soulève pas de difficultés de compréhension : seul le terme autonomie nécessite une définition. La référence à l'autonomie du droit administratif permet de comprendre aisément qu'il faut traiter de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques. Il est formulé sous forme de question, à laquelle la dissertation — qui n'est autre chose qu'une démonstration — devra apporter une réponse argumentée.

Le traitement du sujet présente deux écueils pour un étudiant de deuxième année : d'une part, il implique une approche comparatiste, droit public-droit privé, nécessaire pour apprécier le degré d'autonomie du droit administratif. En principe, les éléments de comparaison sont présents dans le cours de droit administratif, il n'est pas demandé à l'étudiant une connaissance parfaite du cours de droit des obligations ! D'autre

part, il suppose une excellente maîtrise du droit de la responsabilité, qui se traduira dans le devoir par une présentation synthétique de la matière, et viendra nourrir une réflexion couvrant plus d'un siècle de jurisprudence depuis l'arrêt *Blanco*.

Parmi les évolutions marquantes, qui constituent des éléments indispensables de la démonstration, figurent l'apparition du fondement de la garde, le recul de la faute lourde, le renouveau du droit de la responsabilité du fait des lois, l'amélioration de la situation des victimes par différents moyens... L'une des raisons du choix de ce sujet est qu'il permet de mettre en perspective les arrêts les plus récents intervenus dans ce domaine.

Un devoir réussi citera donc impérativement un certain nombre de grands arrêts, et apportera aussi des éléments d'explication sur les évolutions — parfois dictées par le souci du juge administratif de se calquer sur le droit civil...

Il n'y a pas de problématique unique sur le sujet — et donc pas de plan modèle — mais la dissertation doit mettre en relief une vision de l'autonomie du droit de la responsabilité publique qui peut difficilement n'être pas nuancée.

## Corrigé

L'histoire du droit administratif et celle de la responsabilité publique sont indissociables. Ne présente-t-on

pas, traditionnellement, l'arrêt *Blanco* (T. confl., 8 févr. 1873) comme l'acte de naissance du droit administratif ? Cet



arrêt affirme que « la responsabilité qui peut incomber à l'État [...] ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier ». Quelques années auparavant, le principe du rejet de l'application des articles 1382 et suivants du code civil à la responsabilité de l'État avait déjà été affirmé : « Les rapports, droits et obligations », qui peuvent naître du fonctionnement des services publics, « ne peuvent être réglés selon les principes et dispositions du seul droit civil » (T. confl., 6 déc. 1855, *Rotschild*).

Ces décisions fondent le postulat d'autonomie qui irrigue l'ensemble de la matière, et révèlent que cette autonomie est conçue par rapport au droit civil. En effet, le droit de la responsabilité administrative est le fruit d'une recherche d'émancipation menée principalement par le Conseil d'État, au nom de la spécificité du service public et de la puissance publique. L'autonomie qu'il s'agit d'examiner ici désigne donc une autonomie foncière, attachée au contenu des règles et notions applicables. Elle correspond à l'idée que la responsabilité publique est un droit exorbitant du droit commun (ou privé).

Ces certitudes bien ancrées sont d'une telle banalité qu'il est tentant de les revisiter, à l'instar de Charles Eisenmann qui s'interrogeait en 1949 sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques. Dès l'origine en effet, l'affirmation de l'autonomie de la responsabilité publique recèle une part d'exagération : parce que le droit privé conserve son empire sur les cas de responsabilité liés aux acti-

vités de gestion privée des personnes publiques, et parce que le juge administratif, quoiqu'il en dise, s'est inspiré de la jurisprudence judiciaire pour bâtir et améliorer son système de responsabilité. À cela s'ajoutent des arguments plus récents, qui s'analysent aussi comme des facteurs de rapprochement entre droits public et privé de la responsabilité. On observe d'une part, une évolution générale souvent désignée comme le phénomène sociologique de victimisation, qui aboutit à faciliter par tous les moyens l'attribution d'une indemnisation. Cette pression sociale s'exerce aussi bien devant la juridiction administrative que judiciaire. Il en va de même des progrès de l'objectivation du droit de la responsabilité — de plus en plus souvent déconnecté de l'idée de faute, qui répond à une préoccupation identique. D'autre part, les évolutions propres au droit de la responsabilité publique sont porteuses d'une atténuation de l'originalité de la matière : le recul de l'exigence de la faute lourde en constitue l'un des symptômes, car la faute de service tend alors à se réduire à une catégorie unique, à l'image de ce qui prévaut en droit privé. L'emprunt au droit civil du fondement de la garde par la jurisprudence administrative en constitue un autre.

Faut-il pour autant nier toute spécificité au droit de la responsabilité publique ? La comparaison des deux systèmes met certes en évidence de nombreux points de convergence, mais il subsiste des règles et des modes de raisonnement originaux, qui tiennent à la part irréductible de la puissance publique. Celle-ci se manifeste dans l'économie propre à

l'organisation administrative qui sous-tend la notion de faute de service, ainsi que dans l'existence d'un fondement, la rupture d'égalité devant les charges publiques, qui n'a pas d'équivalent en droit civil.

Ainsi, la réponse à la question posée doit-elle rester nuancée. L'analyse du droit actuel de la responsabilité publique mène à des conclusions qui sont loin d'être univoques. L'autonomie proverbiale de la responsabilité administrative n'est assurément pas absolue (I), mais elle continue à s'exprimer comme un corollaire nécessaire de la spécificité de l'action publique (II).

## I. Une autonomie relative

La comparaison des droits public et privé de la responsabilité est facilitée par l'existence d'un schéma commun, des conditions identiques étant exigées pour permettre l'aboutissement devant le juge d'une action en réparation (A). L'étude des fondements de la responsabilité conduit également à relativiser l'originalité du droit public (B).

### A. Des conditions communes

La jurisprudence administrative s'est affranchie des catégories juridiques civilistes : en droit de la responsabilité administrative, il n'est pas question de responsabilité du fait personnel, du fait d'autrui et du fait des choses. Néan-

moins, l'engagement de toute responsabilité exige la réunion de trois conditions : un fait générateur, fautif ou non, un préjudice et, unissant les deux, un lien de causalité.

De façon très révélatrice, la faute est souvent définie en droit administratif par référence la célèbre formule de Planiol, comme un « manquement à une obligation préexistante », qui peut consister soit en une action, soit en une omission. Il semble donc que la notion de faute est identique en droit public et en droit privé. Il convient toutefois de relever que la faute peut résider dans une décision administrative lorsque celle-ci est illégale. En effet, toute illégalité est fautive en raison de l'obligation de respect du principe de légalité qui pèse sur l'administration en toute hypothèse (CE, Sect., 26 janv. 1973, *Ville de Paris c/Driancourt*). Cette conception de la faute est donc propre au droit administratif.

Comme en droit civil, le préjudice donne la mesure de la réparation, qui est par principe intégrale. Pour être indemnisable, le préjudice allégué par la victime doit présenter certains caractères : il doit être direct, et certain. Ce dernier critère est apprécié de façon comparable par les deux ordres de juridiction, qui considèrent qu'un préjudice peut être à la fois futur et certain. C'est la probabilité de sa réalisation qui importe. Par conséquent, un préjudice purement éventuel ne sera pas pris en compte, contrairement à la perte d'une chance sérieuse. L'influence des solutions du droit civil sur la jurisprudence administrative est particulièrement flagrante s'agissant de la réparation de la douleur

morale et des préjudices par ricochet. Sur ces questions, le juge judiciaire a devancé le juge administratif, manifestant une plus grande empathie à l'égard des victimes, ainsi qu'une meilleure adaptation à l'évolution de mœurs. Avec retard, et pour éviter une inégalité trop flagrante entre les victimes selon l'ordre de juridiction compétent, le Conseil d'État a fini par admettre la réparation du chagrin causé par la perte d'un être cher (CE, Ass., 24 nov. 1961, *Letisserand*) ainsi que l'indemnisation de la concubine de la victime, elle-même victime par ricochet, mais qui ne peut se prévaloir d'un droit juridiquement protégé, en l'occurrence le lien matrimonial (CE, Sect., 3 mars 1978, *Dame Muësser*).

Enfin, l'établissement du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage, qui détermine le caractère direct de ce dernier, peut s'avérer épineux lorsque le juge est en présence d'une pluralité de causes possibles. On considère, bien que cela ne résulte pas toujours clairement des arrêts, que le juge administratif applique la théorie de la causalité adéquate, attribuant la causalité à celui des faits qui a eu un rôle déterminant dans la réalisation du dommage, là où le juge judiciaire se contenterait souvent de l'équivalence des conditions. Deux affaires célèbres, ayant à juger des faits très proches, montrent combien l'appréciation du lien de causalité est d'un manie- ment délicat. Dans l'arrêt *Époux Quarez* (CE, Sect., 14 févr. 1997), le Conseil d'État a estimé que l'insuffisance d'information quant au risque est la cause directe du préjudice résultant pour les parents de la naissance d'un enfant triso-

mique, mais qu'en revanche, il n'y a pas de lien de causalité entre l'infirmité de l'enfant, inhérente à son patrimoine génétique, et la faute commise par l'hôpital. La Cour de cassation acceptait, au contraire, de réparer le préjudice personnel de l'enfant handicapé, y voyant donc un préjudice direct (Cass. civ., 26 mars 1996, confirmé par Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, *Époux Perruche*). Cette divergence ne remet nullement en cause la communauté d'esprit qui se dégage du mécanisme général de la responsabilité, comme du reste de l'examen de ses principaux fondements.

## B. Des fondements communs

Les deux principaux fondements de la responsabilité que sont la faute et le risque, sont communs au droit administratif et au droit civil. À la faute, qui correspond à une approche sanctionnatrice de la responsabilité, s'est ajoutée une responsabilité objective, sans faute, plus tardive et davantage orientée vers l'indemnisation de la victime. Comme en droit privé, la faute reste en droit administratif le fondement le plus usité, le risque couvrant un champ moindre. Il est possible de distinguer le risque-profit, qui impose à celui qui crée un risque à l'occasion d'une activité dont il tire profit d'en assumer la responsabilité si le risque se réalise (CE, 21 juin 1895, *Cames*), du risque créé, résultant du caractère dangereux de l'activité exercée ou de la chose employée par l'administration, dont elle doit répondre en cas de dommage (CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*). La

théorie du risque est également connue du droit civil, où elle trouve un point d'attache à l'article 1384 du code civil : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». La Cour de cassation a dégagé de ces dispositions un principe général de responsabilité du fait des choses à l'occasion d'un arrêt célèbre (13 févr. 1930, *Jand'heur*).

La notion de garde qui se trouve au cœur de cette responsabilité a été étendue à la responsabilité du fait d'autrui par la Cour de cassation, qui a posé un principe de responsabilité de plein droit « du fait des personnes dont on doit répondre » (Ass. plén., 29 mars 1991, *Assoc. des centres éducatifs du Limousin c/Blieck*). La jurisprudence administrative s'est inspirée de ces solutions pour résoudre le problème de la disparité de régime auquel étaient exposées les victimes d'agissements de mineurs, selon qu'il s'agissait de mineurs en danger (responsabilité pour faute prouvée : CE, 11 avr. 1973, *Département de la Marne*) ou de mineurs délinquants bénéficiant de méthodes libérales de rééducation (responsabilité sans faute fondée sur le risque : CE, Sect., 3 févr. 1956, *Min. Justice c/Thouzellier*). Le Conseil d'État a décidé de recourir à la notion de garde pour engager la responsabilité sans faute de l'État, gardien d'un mineur en danger, confié par le juge des enfants à la protection judiciaire de la jeunesse, qui avait causé l'incendie d'un bâtiment (CE, Sect., 11 févr. 2005, *GIE Axa Courtaige*).

En définissant la garde comme « la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie du mineur », le juge administratif a choisi de se conformer à la définition qu'en donne la Cour de cassation. Il est allé plus loin encore en offrant à la victime d'un mineur délinquant bénéficiant d'un régime de liberté surveillée, une option : soit poursuivre l'État sur le fondement du risque (jurisprudence *Thouzellier*), soit poursuivre l'établissement où était placé le mineur, considéré comme son gardien. Alors que l'arrêt de 2005 avait le mérite d'ouvrir un nouveau cas de responsabilité sans faute et ainsi d'unifier le régime de la responsabilité du fait des mineurs, l'arrêt de 2006 introduit un facteur de complication dont l'intérêt pour les victimes est très hypothétique. De plus, il porte en germe la possibilité d'une substitution du fondement de la garde à celui du risque, et traduit ainsi un état d'esprit totalement différent de celui qui a présidé à l'élaboration du droit de la responsabilité administrative. La recherche initiale d'autonomie a visiblement été supplantée ces dernières années par une volonté d'unification des régimes de responsabilité, dont témoigne la greffe de la notion de garde au rang des fondements de la responsabilité publique.

Cette privatisation rampante du droit administratif de la responsabilité se heurte cependant à des réserves d'autonomie, qu'il convient d'étudier à présent.

## II. Une autonomie sauvegardée

Les activités administratives sont menées pour le compte de personnes morales de droit public, par l'intermédiaire de personnes physiques, qui sont, dans les faits, les véritables auteurs des dommages imputables à l'administration. Cette configuration propre au droit public a entraîné le développement d'un régime complexe autour de la notion de faute de service (A). De plus, certaines activités, parmi les plus représentatives de la puissance publique, bénéficient d'un régime de responsabilité sans faute original, fondé sur la rupture d'égalité devant les charges publiques (B).

### A. La spécificité de la faute de service

La responsabilité des personnes publiques peut être conçue comme une responsabilité du fait d'autrui. Mais l'identification de la faute susceptible d'engager cette responsabilité et l'aménagement des relations entre l'agent fauteur et l'administration qui l'emploie reposent sur des notions étrangères au droit civil.

La question de l'imputabilité du préjudice est dominée par la distinction entre faute de service et faute personnelle (T. confl., 30 juill. 1873, *Pelletier*). Il en résulte que l'agent auteur d'une faute de service, commise à l'occasion des fonctions et qui ne s'en détache en aucune manière, est personnellement irresponsable. Une telle faute engage la seule res-

ponsabilité de la personne publique, devant la juridiction administrative. En revanche, la faute personnelle « révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences » selon la célèbre formule de Laferrrière. Elle engage donc la responsabilité pécuniaire de son auteur, le juge judiciaire étant alors compétent.

Parfois, la faute de service est anonyme : le préjudice est imputable à la mauvaise organisation ou au fonctionnement défectueux du service, sans qu'un agent soit à blâmer. Il arrive que l'on utilise dans ce cas l'expression « faute de service public » pour caractériser son origine collective.

Mais l'existence d'une faute de service n'entraîne pas automatiquement la condamnation de l'administration à réparation. Si la jurisprudence administrative se contente généralement d'une faute simple, la production d'une faute lourde peut être exigée dans certains cas. Autrefois désignée comme la « faute manifeste et d'une particulière gravité » ou « d'une exceptionnelle gravité », la faute lourde n'est rien d'autre qu'une faute plus grave que la faute simple. Elle se justifie par la volonté de ménager une marge d'erreur plus importante dans le cadre d'activités publiques considérées comme particulièrement difficiles. C'est pourquoi l'exigence d'une faute lourde a longtemps régné en matière hospitalière (CE, Sect., 26 juin 1959, *Rouzet*), de police (CE, 10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*) ou dans le service public pénitentiaire. Dans ces différents domaines, la faute lourde a progressivement reculé au profit de la faute simple, pour disparaître parfois totalement (CE, Ass., 10 avr.

1992, *Époux V.*, à propos des actes médicaux). Elle se manifeste encore au gré des difficultés rencontrées par l'administration dans l'accomplissement de sa mission (police administrative, service public de la justice, service public fiscal, activités de contrôle et de tutelle des personnes publiques), mais l'évolution générale est au rétrécissement de son champ d'application. À l'origine de ce phénomène se trouve une fois de plus le souci de faciliter l'indemnisation des victimes : s'il est difficile de prouver une faute simple, la démonstration d'une faute lourde du service public risque d'être impraticable et d'aboutir à des situations d'immunité choquantes.

La recherche de réparation du préjudice qui anime le droit de la responsabilité implique aussi de mettre en face de la victime un responsable solvable. Les aménagements apportés par la jurisprudence à la distinction entre faute personnelle et faute de service relèvent de cette démarche. Ainsi, le cumul de fautes (CE, 3 févr. 1911, *Anguet*), le cumul de responsabilités (CE, 26 juill. 1918, *Époux Lemonnier*) et la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service (CE, Ass., 18 nov. 1949, *Dlle Mimeur*), permettent à la victime de poursuivre la responsabilité de l'administration devant le juge administratif, même en cas de faute personnelle de l'agent. Une fois la victime dédommée, le problème de la répartition de la charge indemnitaire se règle ensuite au moyen d'actions récursoires (CE, Ass., 28 juill. 1951, *Laruelle et Delville*).

Ce système élaboré de la faute de service tend à se rapprocher du droit civil à

certaines égards (unification de la faute au profit de la faute simple, attention accrue portée à la victime), mais il n'en demeure pas moins organisé en fonction des spécificités du service public (maintien de la faute lourde) et des besoins propres à l'action publique (possibilité d'action récursoire de l'administration contre son agent fautif par exemple). Le domaine de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques dessine également une zone préservée des raisonnements civilistes.

## B. La responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques

Il paraît normal que les activités menées par la puissance publique dans l'intérêt général imposent des contraintes, des charges, à tous les citoyens. Mais lorsque celles-ci pèsent seulement sur un ou quelques individus, il y a rupture d'égalité devant les charges publiques. C'est donc en vertu du principe d'égalité devant les charges publiques que la personne publique se trouve dans l'obligation d'indemniser la ou les victimes de son activité. Ce raisonnement justifie un petit nombre de cas de responsabilité sans faute de la puissance publique, résultant tous d'une activité d'intérêt général, volontaire et parfaitement légale. Il s'agit notamment de la responsabilité du fait des décisions administratives légales, telles que la décision individuelle de refus de recourir à la force publique pour exécuter une décision de justice (CE,

30 nov. 1923, *Couitéas*) ou l'édition d'un règlement de police destiné à assurer la sécurité publique (CE, Sect., 22 févr. 1963, *Commune de Gavarnie*). Sur ce fondement reposent aussi la responsabilité du fait des lois (CE, Ass., 14 janv. 1938, *Sté des produits laitiers « La Fleurette »*) et la responsabilité du fait des traités internationaux (CE, Ass., 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radio-électrique*), qui concernent des manifestations typiquement régaliennes de la puissance publique, qui plus est situées hors de la sphère administrative.

Le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques représente en lui-même un trait d'autonomie par rapport au droit privé, où il n'a pas son pendant. En outre, les deux dernières hypothèses évoquées — loi et traité — révèlent une exorbitance plus marquée encore : en effet, l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des lois ou du fait des traités internationaux dépend de sa volonté de ne pas exclure toute indemnisation. Nous sommes donc en présence du cas unique en droit de la responsabilité où la possibilité de réparation est subordonnée à la volonté de l'auteur du dommage.

La responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques se distingue enfin par l'application de conditions spécifiques au préjudice, qui pour être indemnisable, doit être à la fois anormal, c'est-à-dire d'une particulière gravité, et spécial, ce qui désigne le fait qu'il atteint seulement une ou quelques personnes. Ces conditions rigoureuses contribuent à restreindre les hypothèses d'engagement de la responsabilité du fait

des lois et des traités, dont il est rare que les effets négatifs aient un impact limité.

Le renouveau récent de la responsabilité du fait des lois emprunte deux directions : un retour à la jurisprudence *La Fleurette* quant à l'interprétation du silence du législateur permettant d'engager plus aisément la responsabilité de l'État (CE, Sect., 30 juill. 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre*), et l'adoption d'une nouvelle formule pour les lois inconstitutionnelles, indépendante de l'idée de faute sans pour autant correspondre exactement au régime de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques (CE, Ass., 8 févr. 2007, *Gardedieu*). Ces jurisprudences attestent de la vitalité de ce domaine de la responsabilité qui représente en quelque sorte le dernier bastion de son autonomie, et viennent contrebalancer le sentiment de renoncement à l'exorbitance qui résulte en particulier de l'importation de la notion de garde.

\*

Étant partis « à la recherche de l'autonomie perdue », nous sommes parvenus à « l'autonomie retrouvée »... Le droit de la responsabilité administrative, au-delà des rapprochements avec le droit privé imposés depuis l'arrêt *Blanco* par la demande sociale, demeure un terrain propice à l'innovation pour le juge administratif. Ce mode de création permet de modeler le droit à l'infini. Dès lors, aucune solution n'est jamais définitivement acquise, et la tendance actuelle à l'unification peut n'être qu'un nouveau trompe-l'œil, comme l'était l'apparente autonomie.





# 6. Le contrôle de l'administration

**Thème principal** Justice administrative

**Mots clés** dualisme juridictionnel, administration

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Patrice Chrétien**  
professeur

**SUJET**

**Université de Cergy-Pontoise**

Premier semestre 2007-2008

## Dissertation :

Que répondez-vous à la question posée au dernier paragraphe de l'article du journal *Libération* reproduit en annexe ?

« Reste que [...]. Pourquoi l'État et ses agents relèvent-ils d'une justice à part ? »

Annexe (*Libération* du 9 décembre 1992) :

*Grève. Misère et langueur de la justice administrative*

*(Alors que le syndicat des juridictions administratives débrayait hier, un rapport critique la surcharge de ces tribunaux)*

Les magistrats et les greffiers des tribunaux administratifs ont fait grève hier pour protester contre la rigueur budgétaire des temps. Le Syndicat des juridictions administratives, largement majoritaire dans le secteur, demande que « le projet de budget 1993 soit corrigé et que les créations d'emplois soient triplées pour les magistrats et multipliées par six pour les greffiers ».

Au-delà du fait que la réaction des « administratifs » est bien tardive, à l'image de la lenteur de la justice qu'ils rendent, la situation de misère et de surcharge des tribunaux administratifs est encore plus patente que dans les tribunaux normaux (judiciaires). Le rapport rendu le 11 juin dernier par Hubert Haenel et Jean Arthuis est accablant (rapport de la commission d'enquête du Sénat, n° 400, 11 juin 1992). « Des délais de jugement inacceptables », dénoncent les deux sénateurs qui signalent qu'une simple affaire de contestation de permis de construire prend en moyenne deux ans devant un tribunal administratif, plus de seize mois devant une cour d'appel administrative, dans les régions où elles existent. Sinon l'instance d'appel est le Conseil d'État où le délai moyen est de deux ans.

La lanterne rouge des instances administratives est Versailles où un dossier attend quatre ans et huit mois avant d'être examiné. De quoi dissuader des citoyens lésés par l'administration. D'autant qu'il est extrêmement difficile de contraindre l'administration à exécuter des décisions aussi tardives. Obtenir la démolition d'un bâtiment dont le permis de construire a été annulé trois ans après l'achèvement des travaux est un exploit.

Le rapport dénonce vigoureusement la « mauvaise foi » des administrations mises en cause. Ainsi, par exemple, « la désinvolture » d'un maire qui délivre pour la troisième fois un permis de construire annulé deux fois ou qui licencie une employée qu'on l'a déjà contraint à conserver. Ou un préfet condamné pour une reconduite à la frontière expéditive, qui se garde bien de faire revenir l'étranger mis dans l'avion indûment. La Cour européenne a d'ailleurs condamné la France deux fois, en particulier dans le cas de l'indemnisation d'un hémophile où elle épingleait non seulement les délais « déraisonnables » mais également la mauvaise foi de l'État français.

Le rapport souligne que les administrations, « négligentes », dédaignent de répondre aux protestations des administrés et les contraignent à saisir le juge, alors qu'une transaction amiable suffirait. De nombreuses indemnisations pour nuisances de voisinage (travaux publics, trains, etc.) encombrant ainsi les tribunaux. D'autant que de nombreuses associations aident désormais les citoyens à se pourvoir contre les administrations abusives. Résultat : une augmentation du contentieux de 44 % en quatre ans et des « stocks » qui atteignaient 156 000 dossiers en instance, au 1<sup>er</sup> janvier 1992.

Reste que la vraie question est celle de l'existence même d'une justice administrative. Pourquoi l'État et ses agents relèvent-ils d'une justice à part ?

Durée de l'épreuve : 3 heures.

Aucun document n'est autorisé.

## Corrigé

En sortant de l'épreuve, un étudiant s'étonnait de la question posée, expliquant qu'il s'attendait à un sujet d'actualité et non à un sujet d'un autre âge, n'intéressant plus personne... Sans doute avait-il tort de « s'attendre » à un sujet plutôt qu'un autre ! Mais son appréciation révélait aussi qu'il n'avait pas très bien perçu l'enjeu de la question à laquelle il devait répondre. Quelques semaines plus tard, il a pu lire — tout au moins, cela lui a-t-il été conseillé — dans le journal *Le Monde* du 20 mai 2008 un point de vue de Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil constitutionnel (mais aussi ancien magistrat judiciaire, ancien membre du Conseil d'État, ancien parlementaire, ancien président de la commission des lois de l'Assemblée nationale), sous le titre « Menace sur la justice administrative. Le transfert au juge judiciaire des contentieux administratifs mettrait en péril la séparation des pouvoirs ». Dans le même temps le Syndicat de la juridiction administrative s'inquiétait lui aussi (*AJDA* 2008. 1068). Était en cause, un amendement présenté

par le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, lors de l'examen du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la République, tendant à « faciliter l'exercice de la faculté offerte au législateur de créer des blocs « contentieux » sans considération de la dualité des ordres juridictionnels, dans le respect du principe de l'autorité judiciaire gardienne de la « liberté individuelle » proclamé à l'article 66 de la Constitution » : au 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 34 relatif au domaine de la loi, après « l'amnistie », cet amendement ajoutait : « La répartition des contentieux entre les ordres juridictionnels, sous réserve de l'article 66. »

*Adopté, en première lecture, par l'Assemblée nationale, le 3 juin 2008, il ne figure finalement pas dans la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.*

« Je voudrais ici, a écrit Pierre Mazeaud, tirer la sonnette d'alarme sur un sujet apparemment technique, mais d'une immense importance pour l'état de droit et la séparation des pouvoirs, et

donc pour notre bonne santé démocratique [...]. L'existence d'un juge administratif indépendant, dont la mission cardinale est le contrôle des actes unilatéraux de l'administration, est essentielle à la régulation des pouvoirs publics. Il s'agit en effet d'un juge qui connaît les enjeux et les limites, les grandeurs et les misères de l'action administrative. Un juge qui sait distinguer l'intérêt général des intérêts particuliers; qui est sévère ou flexible, réaliste ou rigoureux selon ce que requiert le bien commun, car l'État ne peut être jugé comme un particulier ni comme une entreprise; qui distingue les irrégularités formelles selon leur caractère ou non substantiel; qui dose son contrôle selon la technicité des matières; qui a appris à agir dans l'urgence et à moduler les conséquences dans le temps de ses annulations. C'est un juge d'expérience qui, ayant passé une partie de sa carrière dans l'administration active, en connaissant les contraintes et les roueries, ne la juge qu'à meilleur escient ».

On ne saurait mieux dire que la question posée n'a cessé d'être d'actualité, qu'elle reste sensible, susceptible toujours de faire l'objet de vives discussions. Et il va sans dire que Pierre Mazeaud est bien placé pour répondre !

Cela dit, s'agissant du sujet tel qu'il se présente, le point d'interrogation doit d'abord être souligné. Et ce n'est pas un détail : il faut donner une réponse précise à la question posée ! « Pourquoi... ? » : on demande une explication (pas une appréciation); il faut chercher des raisons d'être... En allant d'emblée au cœur du sujet !

Dans la mesure où la question est celle de « l'existence même d'une justice administrative », difficile de ne pas penser à des raisons historiques : la juridiction administrative, dit-on, est apparue en conséquence de la séparation des autorités administratives et judiciaires (I). Si cela ne suffit plus aujourd'hui à la justifier, il reste, d'une certaine manière, on le voit en lisant Pierre Mazeaud, l'idée que « juger l'administration, c'est encore administrer » (il y a « justice à part », dit-on alors, parce que « l'État et ses agents » sont eux-mêmes « à part »; ils mettent en œuvre et relèvent aussi d'un droit « à part », exorbitant du droit commun) (II).

Avant de développer une telle réponse, il n'est pas inutile de s'interroger, en premier lieu, sur le lien entre la question posée et la « misère et langueur de la justice administrative » (objet principal de l'article de *Libération*), et en second lieu, sur la manière dont la question est posée :

- Comme le dit l'article reproduit, la question qu'il pose est sans doute une vraie question. Il est moins sûr que ce soit la situation décrite qui conduise plus particulièrement à la poser. Ce sont deux choses différentes :

– ainsi le rapport cité d'Hubert Haenel et Jean Arthuis ne semble pas s'interroger sur l'existence de la juridiction administrative.

*Il estimait seulement que juridictions administratives et juridictions judiciaires devraient « se rapprocher »... Tout cela pour dire qu'il était inutile de recopier l'article dans la copie ! Là n'était pas le sujet. Là*

*en tout cas est apparu un piège dans lequel certains étudiants sont tombés, se condamnant à s'égarer dans de longs développements inutiles ;*

– et, si l'on peut penser que quinze ans plus tard la situation a beaucoup évolué, tant en ce qui concerne les délais de jugement que l'exécution de ceux-ci par l'administration, la question, on l'a vu, peut encore être posée.

- Quant à la manière dont cette question est posée :

– on peut préciser (sauf à remarquer qu'« État » pourrait être ici pris au sens large et viser l'ensemble des institutions publiques) que l'État n'est pas seul à relever d'une « justice à part » — et qu'il n'en relève pas toujours !... Il y a les autres personnes publiques, les personnes privées chargées d'une mission de service public... ;

– on peut surtout se demander s'il est opportun de parler de « justice à part ». L'expression peut sembler péjorative et elle est susceptible de donner à penser qu'il ne s'agit pas d'une véritable justice. Autrement dit, on peut considérer tout autant qu'il y a une véritable justice et qu'il vaudrait mieux éviter toute qualification ambiguë : s'il y a bien des juridictions administratives distinctes des juridictions judiciaires, il n'y a pas nécessairement une « justice à part ».

L'observation peut conduire à aménager le plan qui d'emblée a semblé devoir être retenu :

– la manière dont est posée la question lui donne un sens polémique et appelle une autre réponse : « on ne voit pas pourquoi ! Il n'y a pas de raison ! Plus précisé-

ment, les raisons avancées ne suffisent pas à justifier aujourd'hui la justice administrative » ;

– même en admettant qu'il ne s'agisse pas d'une « justice à part », il est possible d'arriver au même résultat : si les juridictions administratives sont de vraies juridictions, si la justice est une, pourquoi conserver le dualisme juridictionnel (qui a toujours été et reste source de complications). Il n'y a pas de raison !

*Autrement dit, il n'y avait pas qu'une seule réponse possible : des raisons sont avancées... ; en dépit des raisons, avancées, il n'y a plus vraiment aujourd'hui de justifications... ; ou encore, en combinant les deux : des raisons sont avancées, mais elles sont contestées.*

## **I. Une raison historique : la séparation des autorités administratives et judiciaires**

Un raisonnement en deux temps pouvait être admis.

*Il correspond à ce que l'on enseigne habituellement et donne une raison d'être à la juridiction administrative. Comme toujours en droit administratif, ce n'est toutefois pas forcément si simple, ce que montre notamment Grégoire Bigot (« Les mythes fondateurs du droit administratif », RFDA 2000. 527).*

## A. La proclamation du principe de la séparation a créé un « vide juridique »

Elle a été faite par la loi des 16-24 août 1790, confirmée par le décret du 16 fructidor an III (en raison de la conjoncture politique... ; mais aussi pour des raisons idéologiques ; en l'occurrence, une certaine conception de la séparation des pouvoirs...).

C'était un principe purement négatif. Aucun principe n'a été mis en place pour contrôler l'Administration, régler les litiges... (L'Administration tranche elle-même : « juger l'Administration, c'est encore administrer »)... Risque de despotisme administratif...

## B. L'évolution à partir de l'an VIII

À partir de l'an VIII, la juridiction administrative s'est développée d'une manière qui l'a fait apparaître comme destinée à remédier aux difficultés nées de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Il y a eu progressivement séparation de l'administration active et de la juridiction administrative (de telle sorte que, sans revenir sur les textes révolutionnaires, il a pu se constituer une véritable juridiction)... Deux grandes étapes au moins à évoquer : 1872 (justice déléguée) ; 1889 (arrêt *Cadot*)... En concluant avec la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : 1980 (affirmation de l'indépendance de la juridiction administrative) ; 1987 (affirmation

à son profit d'une « réserve de compétence » : en vertu d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; en conséquence de la « conception française de la séparation des pouvoirs » et non plus de la séparation des autorités administratives et judiciaires — principe considéré comme n'ayant pas valeur constitutionnelle).

## II. Une raison tenant à l'office du juge : « juger l'administration, c'est encore administrer »

La formule n'a sûrement plus exactement le sens qu'elle pouvait avoir au début du XIX<sup>e</sup> siècle : elle signifie que, s'il doit y avoir un juge en matière administrative, il ne doit pas être seulement un juge spécialisé ayant à appliquer le droit administratif : il est juge ; mais quand il juge il ne doit jamais perdre de vue les considérations d'intérêt général (c'est le point de vue précité de Pierre Mazeaud)... La juridiction administrative est censée y parvenir d'autant mieux que, tout en étant devenue une véritable juridiction (ce qui résulte du I, B), elle reste très liée à l'administration, ce qui peut apparaître comme sa principale « tare » (et fait qu'elle est parfois considérée comme une « justice à part ») est aussi ce qui l'explique encore.

Reste que, si elle est communément admise (A), l'explication demeure contestée (B).

## A. L'explication communément admise

- La juridiction administrative reste très liée à l'Administration. Deux exemples pour le montrer : le recrutement de ses membres (ENA et non ENM, une « mentalité » d'administrateur plutôt que de juge) ; l'aménagement des compétences (tout à la fois des compétences contentieuses et des compétences consultatives...).

- De par ses liens avec l'Administration, la juridiction administrative est mieux à même de juger l'administration : son contrôle, ne cesse-t-on de dire, sera moins timide, plus audacieux (elle connaît mieux les problèmes, les attitudes, éventuellement les astuces des administrateurs pour tourner la loi...) ; son contrôle sera aussi mieux accepté (l'Administration n'hésitera pas à ouvrir ses dossiers à un juge dont elle sait qu'il comprend ses problèmes ; et elle acceptera mieux les décisions d'un juge qu'elle sait proche d'elle...).

## B. Une explication qui demeure discutée

- Pèse nécessairement sur la juridiction administrative, dira-t-on alors plu-

tôt, un soupçon de partialité : en dépit des précautions prises pour dissiper toute ambiguïté, l'idée d'un juge proche de l'Administration peut paraître étrange...

- L'office du juge administratif diffère de moins en moins de celui du juge judiciaire : du fait des réformes intervenues (telles celles résultant des lois de 1995, 2000...) ; en conséquence du droit européen, particulièrement de la jurisprudence de la CEDH... De quoi conclure qu'il n'y a plus de raison que l'État et ses agents relèvent d'une justice à part...

*Sur ces discussions, dont on a vu qu'elles demeurent vives, lire aussi par exemple : dossier AJDA 2005.1760, Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel (Agathe Van Lang, « Le dualisme juridictionnel : une question toujours d'actualité » ; Didier Truchet, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel » ; Daniel Labetoulle, « Point de vue d'un juge administratif » ; Marie-France Mazars, « Point de vue d'un juge judiciaire » ; Jacques Caillosse, « les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel »).*

*Concernant l'amendement contesté par Pierre Mazeaud : commentaire Pierre Delvolvé, RFDA 2008. 469 ; précédé p. 456 de Magali Jorat, « Supprimer la justice administrative... Deux siècles de débat ».*





**Thème principal**    **Excès de pouvoir**

**Mots clés**            contrôle de légalité, moyens d'annulation

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Aude Rouyère**  
professeur

**SUJET**

**Université Montesquieu-Bordeaux IV**

Second semestre 2007-2008

**Dissertation :**

Les variations du contrôle juridictionnel de légalité dans le contentieux de l'excès de pouvoir

# Corrigé

La question du contrôle juridictionnel de légalité en excès de pouvoir renvoie directement à celle des pouvoirs de l'autorité compétente pour prendre l'acte unilatéral soumis à ce contrôle. L'on se trouve en présence de deux préoccupations non antinomiques mais dont la conciliation peut être délicate. Il s'agit en effet d'assurer le respect de la légalité tout en préservant, lorsque celle-ci leur est reconnue par les textes, une certaine latitude d'action aux autorités administratives.

Ce dilemme a été d'abord résolu par le juge à partir d'une conception étroite de la légalité excluant toute considération de fait et le conduisant ainsi à tracer une ligne entre la légalité, objet de son contrôle, et l'opportunité y échappant. Cette approche a été très vite supplantée par une pratique du contrôle juridictionnel caractérisée, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, par un élargissement de son champ et un renforcement de son intensité.

Différents moyens d'annulation peuvent être retenus à l'encontre d'un acte administratif unilatéral. Ils sont organisés selon une classification que l'on doit à Laferrière et qui demeure, dans une version plus détaillée, la trame principale de l'examen conduit par le juge lorsqu'il contrôle la légalité de l'acte administratif unilatéral. Les moyens sont regroupés en deux causes principales se rattachant à la légalité externe et à la légalité interne de l'acte.

Le contrôle juridictionnel s'exerce sans restriction particulière sur l'ensemble des moyens de légalité externe et sur une partie des moyens de légalité interne. Ce sont en quelque sorte des invariants du contrôle de légalité dans la mesure, évidemment, où ils sont soulevés devant le juge ou éventuellement par lui lorsqu'il s'agit de moyens d'ordre public. Certains éléments de la légalité interne sont, en revanche, l'objet d'un traitement plus complexe, leur examen donnant lieu à des variations à partir desquelles se dessine une véritable gradation de l'objet et de l'intensité du contrôle.

Les variations du contrôle de légalité obéissent à des paramètres de nature différente. Le souci de préserver la part de pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative compétente a joué un rôle déterminant dans la limitation du contrôle effectué. Mais cette première donnée a été, dans une large mesure, supplantée par la volonté du juge administratif d'offrir aux administrés un niveau élevé de protection juridictionnelle des droits et libertés. Si le contrôle des actes administratifs unilatéraux varie selon une gamme assez large de cas de figure en fonction de la liberté d'appréciation dont dispose le titulaire du pouvoir normatif et du domaine dans lequel ce dernier est intervenu, il est possible d'identifier une tendance générale au renforcement de l'examen pratiqué par le juge à partir de critères bien identifiés. L'ensemble des solutions du droit positif

forme ainsi un ensemble diversifié et susceptible d'évoluer mais relativement cohérent.

Il conviendra tout d'abord de donner la mesure des variations du contrôle de légalité pour procéder ensuite à l'analyse des facteurs qui les déterminent.

## I. La mesure des variations du contrôle de légalité

L'analyse des variations du contrôle de légalité suppose que soient distingués les moyens d'annulation relevant d'un contrôle invariable et ceux qui sont l'objet d'un contrôle variable.

### A. Les moyens d'annulation relevant d'un contrôle invariable

Les moyens de légalité externe ainsi que ceux de légalité interne hormis la qualification juridique des faits et ses conséquences, donnent lieu, lorsqu'ils sont invoqués à l'appui du recours ou soulevés d'office quand il s'agit d'un moyen d'ordre public, à un contrôle invariable du point de vue de son intensité.

. 1

La légalité externe de l'acte administratif correspond aux conditions de production de l'acte entendues largement c'est-à-dire englobant la compétence de l'autorité qui l'adopte, la procédure d'édiction et les règles de forme. Le

contrôle exercé à partir de ces données est un plein contrôle conduisant nécessairement à l'annulation de l'acte entaché d'une telle illégalité.

La question de la compétence de l'autorité administrative dont émane l'acte est évidemment d'une importance majeure puisqu'elle affecte à la fois la hiérarchie des normes et l'organisation administrative. On ne s'étonnera donc pas qu'il s'agisse d'un moyen d'ordre public et que, pour cette raison, le juge soit amené dans certains cas à rattacher à l'incompétence des vices de procédure.

Le vice de procédure correspond à la violation des règles entourant l'adoption de l'acte. Elles sont diverses et propres à chaque hypothèse d'acte mais ont en commun de constituer un levier très efficace pour obtenir l'annulation de l'acte. Le juge opère sur ce point un contrôle quasi mécanique laissant peu de place à son appréciation si ce n'est toutefois quant au caractère substantiel ou non du vice en question. En effet, seul un vice substantiel, c'est-à-dire jouant un rôle déterminant dans le processus de décision du point de vue des droits des administrés, est de nature à justifier l'annulation de l'acte. Il s'agit d'éviter, de la part des requérants, une sorte d'instrumentalisation d'éléments procéduraux ne pesant pas en réalité sur la décision mais exploités dans le seul but d'obtenir l'annulation de l'acte.

Le vice de forme, bien distinct du vice de procédure en ce qu'il correspond à la présentation de la décision et non au processus d'adoption de celle-ci, vise seulement quelques cas de figure en raison du caractère assez peu formaliste du droit

administratif. Il concerne essentiellement la motivation de l'acte, sa signature et parfois son caractère écrit. L'exigence de motivation engage des enjeux importants du point de vue des droits du destinataire de la décision et conduit donc à un contrôle juridictionnel élaboré comportant une appréciation des caractères de la motivation.

## . 2

La légalité interne de l'acte administratif porte sur son contenu. Plusieurs éléments, nettement distincts, sont à envisager soit, la norme édictée par l'acte, le mobile qui l'anime et les motifs qui le soutiennent. Ces éléments donnent prise à l'appréciation du juge mais le contrôle exercé n'est pas présenté comme étant d'une intensité modulable.

Le contrôle de la norme édictée par l'acte conduit à l'examen d'une éventuelle violation directe de la légalité en vigueur. Le juge vérifie donc que la hiérarchie des normes est respectée à partir d'une confrontation avec l'ensemble des normes — supranationales ou nationales — qui sont opposables en l'espèce. Ce contrôle repose en principe sur une exigence de conformité impliquant un contrôle strict. Les cas dans lesquels est seulement exigée la compatibilité des normes en présence sont rares mais nourrissent l'hypothèse d'une variation du contrôle. Il convient toutefois de souligner que la mesure de l'intensité du contrôle effectué reste bien difficile à évaluer de telle sorte que l'on ne peut établir à partir de cette distinction entre conformité et compatibilité une véritable gradation de celui-ci.

Le contrôle du détournement de pouvoir correspond au contrôle du mobile de l'acte. La sanction d'un détournement de pouvoir correspond à un manquement à une certaine morale administrative et le juge ne relève ce vice de légalité interne qu'à défaut de pouvoir se placer sur un terrain plus neutre. Le détournement de pouvoir sera établi, soit lorsque l'autorité administrative a agi en fonction de mobiles d'ordre privé, soit lorsqu'elle a été guidée par un mobile relevant d'un intérêt, public mais distinct de celui en vue duquel la compétence lui a été attribuée.

Avec le contrôle des motifs, l'on parvient au cœur des éléments qui soutiennent l'acte au sens où ils en constituent les fondements. Les motifs de droit et l'exactitude matérielle des faits sont pleinement contrôlés par le juge.

Le contrôle des motifs de droit porte sur les fondations juridiques de l'acte. Il se peut tout d'abord que l'acte soit dépourvu de base juridique, en raison du caractère non invocable — parce que non applicable ou illégale — de celle qui a été exploitée. Il se peut aussi que, tout en étant invocable, la base juridique sollicitée incorrectement interprétée ne constitue pas un fondement juridique légal de l'acte mis en cause. Le contrôle du juge, opéré à partir de considérations strictement juridiques, est exercé pleinement et constitue un moyen très classique d'annulation en excès de pouvoir.

L'exactitude matérielle des faits est rangée dans la catégorie des motifs dits de fait aux côtés de la qualification juridique des faits. Elle seule constitue cependant un authentique motif de fait

sur laquelle le juge effectue un entier contrôle. Celui-ci est apparu assez tardivement (CE, 14 janv. 1916, *Camino*, Rec. p. 15), le juge ayant longtemps considéré que, même établie, cette erreur ne saurait constituer un excès de pouvoir. Cette réticence initiale reposait aussi sur les difficultés — toujours présentes aujourd'hui — relatives à l'instruction et à l'établissement des preuves. Ainsi, si ce contrôle peut varier ce n'est pas aujourd'hui du fait d'une politique de modulation du contrôle mais tout simplement à cause de contraintes d'ordre factuel.

## B. Les moyens d'annulation relevant d'un contrôle variable

Le motif de fait que constituent la qualification juridique des faits et les conséquences qu'elle induit, c'est-à-dire la décision adoptée, est l'objet d'un contrôle qui varie selon une gradation allant de l'absence de contrôle à un contrôle entier.

### • 1

La qualification juridique des faits n'est pas, en dépit d'une présentation trompeuse, un motif de fait mais plutôt un motif juridique établi à partir de données de fait. Qualifier juridiquement les faits revient à ranger ceux-ci dans une catégorie juridique à laquelle seront attachés des effets de droit. L'apparition de ce contrôle dans la jurisprudence administrative est, elle aussi, plutôt tardive pour les raisons déjà évoquées (CE, 4 avr.

1914, *Gomel*, Rec. p. 448). Contrôler la qualification juridique revient, en effet, à se demander si les faits sont de nature à justifier la décision. Il ne s'agit pas littéralement d'un contrôle de l'opportunité de l'acte mais cela revient tout de même à prendre en considération les éléments d'opportunité qui sont intervenus dans la qualification. Et c'est cette donnée qui explique que le juge soit amené à faire varier l'intensité de son contrôle sur la qualification juridique des faits en fonction de la latitude qu'il estime devoir laisser à l'administration en la matière. De fait, l'on constate qu'il existe des degrés dans l'intensité du contrôle exercé par le juge sur cette qualification juridique des faits.

Il faut commencer par indiquer qu'il est des cas dans lesquels le juge ne procède pas du tout au contrôle de la qualification juridique. Il s'agit d'actes portant sur des questions dont la technicité ou l'objet excluent tout contrôle de la qualification juridique. Les exemples sont rares et correspondent effectivement à des hypothèses dans lesquelles le contrôle serait sans véritable objet du point de vue juridique ou engagerait le juge sur un terrain qu'il ne pense pas devoir investir (CE, 20 mars 1987, *Gambus*, Rec. p. 100 à propos de l'appréciation des jurys d'examen ou de concours; CE, 10 déc 1986, *Loredon*, Rec. p. 516 à propos des mérites d'un postulant à la légion d'honneur; CE, 27 nov 2000, *Assoc. Comité tous frères*, Rec. p. 559 à propos de la décision du président de la République de faire fleurir la tombe du maréchal Pétain).

Le premier degré de contrôle de la qualification juridique des faits est un contrôle dit minimum limité à la sanction des erreurs grossières. S'il souhaite contrôler peu, le juge refuse toutefois de ne pas relever les erreurs manifestes d'appréciation qui ont déterminé la qualification juridique des faits. Ce contrôle, est apparu dans le domaine de la fonction publique en 1953 (CE, 13 nov 1953, *Denizet*, *Rec.* p. 489), puis a été repris expressément dès 1961 (CE, Sect., 15 févr 1961, *Lagrange*, *Rec.* p. 121) et appliqué en d'autres domaines tels que l'urbanisme et le remembrement rural (CE, 13 juill 1961, *D<sup>lle</sup> Achart*, *Rec.* p. 476). Il se déploiera ensuite dans le domaine sensible de la haute police (ainsi en matière d'interdictions d'écrits de provenance étrangère CE, Ass., 2 nov. 1973, *SA Librairie F. Maspero*, *Rec.* p. 611, CE, 17 avr. 1985, *Min. de l'Intérieur et de la décentralisation*, *Rec.* p. 100) et dans celui de la police des étrangers (CE, Ass., 21 janv. 1977, *Min. de l'Intérieur c. Dridi*, *Rec.* p. 38).

Le contrôle normal, c'est-à-dire plein et entier, de la qualification juridique des faits est en quelque sorte le contrôle de droit commun tel qu'établi par la jurisprudence *Gomel*. Le juge vérifie que l'auteur de l'acte a, en présence d'un fait donné, correctement déterminé la qualification juridique telle qu'elle résulte du texte applicable (ainsi à propos d'un refus d'abroger un arrêté d'expulsion d'un ressortissant communautaire CE, 19 nov. 1990, *M. Raso*, *Rec.* p. 939, ou en matière de représentativité d'un syndicat CE, Ass 5 nov 2004 req n° 257878). Il est évidemment néces-

saire pour effectuer un tel contrôle que le texte de référence soit suffisamment explicite et précis. Mais cette condition peut être dépassée à la faveur d'une plus grande implication du juge dans la définition des éléments légaux qui fondent cette qualification.

Le contrôle dit du bilan coûts-avantages appliqué à l'examen de l'utilité publique des projets imposant une expropriation est parfois tenu pour une forme de contrôle approfondi (CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*, *Rec.* p. 409). Cependant, il semble que le plus souvent ce contrôle puisse être rangé dans l'exercice d'un contrôle normal de l'utilité publique ne comportant pas d'ingérence dans le contenu de la décision. Mais il reste cependant difficile d'évaluer l'engagement du juge dans l'examen du projet. Certaines décisions montrent, on le verra plus loin, que celui-ci peut pousser son investigation au-delà de la qualification juridique. Mais elles sont rares et peu représentatives de l'ensemble du contentieux en la matière.

## . 2

Le contrôle de la décision au regard de la qualification juridique se situe au-delà de cette dernière. Il s'agit en effet d'examiner l'adéquation de la décision aux motifs de fait qui la soutiennent. Ce contrôle projette loin le regard du juge puisqu'il est amené à mettre en balance les données de fait en présence et à se placer en position d'apprécier et éventuellement de contester les conséquences qu'en a tirées l'administrateur. Il ne s'agit donc plus strictement de qualification juridique mais du choix de la

décision qu'implique celle-ci. Il convient de préciser, en outre, que ce choix est lui-même divisible en deux éléments distincts, soit le parti de prendre une mesure et la détermination du contenu de celle-ci. Ajoutons enfin, que ces deux éléments ne sont pas nécessairement contrôlés de manière identique par le juge.

Ce contrôle de la décision est posé en termes de proportionnalité de la solution aux éléments présents. L'arrêt *Benjamin* en donne une illustration très explicite (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. p. 541, voir aussi CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. p. 362). Ce contrôle s'est développé dans des hypothèses variées mais ayant en commun d'affecter la protection de droits et libertés (ainsi par exemple CE, 27 nov. 1996, *Ligue islamique du Nord*, Rec. p. 461). Ce contrôle de proportionnalité peut lui-même varier selon qu'il porte sur l'un ou l'autre ou les deux éléments de la décision tels que précédemment distingués, à savoir le choix de prendre la décision et son contenu. Il varie aussi selon que le juge ne relève que les disproportions grossières ou manifestes ou se livre à un contrôle normal de cette qualité. On retrouve ainsi à ce niveau la gradation décrite à propos de la qualification juridique.

Ce type de contrôle lorsqu'il est appliqué aux mesures de police donne lieu à un plein contrôle de la proportionnalité de la décision.

D'autres hypothèses de mises en œuvre, en matière de contrôle des sanctions disciplinaires notamment (CE, Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, Rec. p. 245),

illustrent une version plus retenue de ce contrôle de l'adéquation de la mesure aux données juridiquement qualifiées. Il s'agit ainsi d'un contrôle des disproportions manifestes, que l'on ne s'étonnera pas de retrouver en matière d'urbanisme (voir ainsi par exemple et même si en l'espèce la césure entre ce qui relève de la qualification juridique et du contenu de la décision est difficile à situer CE, Ass., 29 mars 1968, *Sté du lotissement de la plage de Pampelonne*, Rec. p. 211 à propos de l'octroi d'un permis de construire) et aussi dans certains cas en matière d'expropriation (ainsi CE, Ass., 28 mars 1997, *Assoc. contre le projet d'autoroute transchablaisienne*, Rec. p. 120, voir aussi CE, 10 juill. 2006, *Assoc. interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon*, Rec. p. 332).

Il y a donc bien ainsi matière à contrôle au-delà de la qualification des faits sur un terrain qui place le juge au cœur du raisonnement de l'administrateur. L'analyse des paramètres de cette politique juridictionnelle permet d'en saisir les déterminants et les perspectives d'évolution.

## II. Les facteurs de variation du contrôle de légalité

S'il ne serait pas raisonnable de prétendre cerner tous les éléments qui déterminent le contrôle du juge ou d'en donner la mesure exacte, il reste possible d'identifier quelques tendances stables dans la

jurisprudence administrative. Les variations du contrôle obéissent à des contraintes et à des choix inscrits dans une politique jurisprudentielle qui, sans répondre à un dessin parfaitement géométrique, n'est pas dépourvue de lignes de force nettement tracées.

## A. Les paramètres de variation du contrôle

Il apparaît tout d'abord que le juge peut être conduit à limiter son contrôle pour préserver la part de pouvoir discrétionnaire dont est assortie la compétence normative de l'auteur de l'acte. Cette préoccupation, parfaitement logique, est toutefois complétée, si ce n'est peut-être contrariée, par le souci du juge de déployer son contrôle lorsque sont en cause les droits et libertés des administrés.

### • 1

Le pouvoir discrétionnaire attribué au détenteur de la compétence normative correspond à une part de liberté dans la détermination des motifs de l'acte. La mesure en est donnée d'abord par les termes du texte qui fixe la compétence de l'autorité dotée du pouvoir normatif. Lorsque les motifs ne sont pas, délibérément ou non, strictement édictés, un certain pouvoir discrétionnaire est conféré à l'autorité administrative habilitée à agir. Comme l'indique C. Eisenmann, l'indétermination de la réglementation juridique est source de discrétionnalité. Ce pouvoir discrétionnaire plus ou moins ouvert porte sur les motifs qui déterminent la décision,

c'est-à-dire la qualification juridique et ses conséquences. Ainsi en matière de police, lorsqu'il s'agit de qualifier la menace pour l'ordre public et de prendre la décision qui résulte de cette appréciation.

Le pouvoir discrétionnaire obéit à une gradation selon l'élément de la décision qu'il affecte et en fonction de son intensité. Cette notion de pouvoir discrétionnaire, très abstraite, désigne en réalité un certain pouvoir discrétionnaire — il n'existe pas d'acte entièrement discrétionnaire — comme il n'existe pas de compétence absolument liée mais plutôt des situations de compétence assorties d'un pouvoir plus ou moins lié.

Le contrôle juridictionnel n'ignore évidemment pas ces caractéristiques de l'énoncé de la compétence normative de l'auteur de l'acte. Le juge a, au moins comme principe initial, de restreindre son contrôle au niveau de la qualification juridique des faits et au-delà afin de ne pas méconnaître la part de liberté accordée par les textes. Celle-ci est en effet une composante de la légalité que le juge ne peut *a priori* ignorer dans le cadre d'un contrôle qui vise précisément à en assurer le respect.

Ainsi les hypothèses de contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation de la qualification juridique ou aux disproportions manifestes relatives au contenu de la décision relèvent de cette logique. Le juge évite de s'immiscer dans la politique conduite par l'administration sur la base de textes qui lui reconnaissent une nécessaire marge de manœuvre; le domaine de la police et en particulier celle des étrangers se



prête à ce type de démarche (ainsi par exemple en matière de police des étrangers et sur l'appréciation de la condition de menace pour l'ordre public : CE, Ass., 8 déc 1978, *Min. Intérieur c/M. Benouaret*, Rec. p. 502).

Il se peut aussi que la technicité des questions abordées par l'acte contrôlé soulève des problèmes d'une nature largement extra-juridique faisant obstacle au développement du contrôle.

## . 2

Il serait cependant simpliste de croire que le juge ajuste mécaniquement son contrôle en fonction du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'auteur de l'acte. Cette présentation, faisant de l'état du cadre légal le seul paramètre du contrôle, ne permet pas de comprendre l'état du droit positif. Le juge prend en compte d'autres éléments de telle sorte qu'il faut procéder à un renversement des perspectives. Le pouvoir discrétionnaire est alors le fruit de la politique juridictionnelle qu'il a adoptée ou encore ce qui persiste une fois le contrôle opéré.

La volonté d'offrir au justiciable des garanties juridictionnelles renforcées en matière de protection des droits et libertés est le principal déterminant de l'accroissement du contrôle. Cette préoccupation n'est pas nouvelle puisqu'elle apparaît dès l'arrêt *Benjamin*. En présence d'une compétence normative dotée de pouvoir discrétionnaire et affectant les libertés, le juge se trouve confronté à deux logiques contraires. D'un côté, l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire à l'auteur de l'acte

devrait l'inciter à limiter son contrôle. D'un autre côté, la mise en cause des libertés milite, dans un État de droit, en faveur d'une grande vigilance des juges. Entre ces deux points de vue, le juge administratif a nettement privilégié le second et choisi de pratiquer un examen normal de la qualification juridique des faits et de déployer son contrôle sur le terrain de la décision en s'interrogeant sur la proportionnalité du choix réalisé au regard des faits.

Les illustrations de cette orientation sont extrêmement nombreuses et vérifiables dans tous les domaines où sont en cause les libertés et donc tout particulièrement en matière de police administrative. De même lorsque des circonstances exceptionnelles ont justifié un élargissement de la légalité applicable, le contrôle juridictionnel est d'autant plus soutenu, tant du point de vue de la qualification des faits que de celui du contenu des mesures adoptées (CE, 18 mai 1983, *Rodes*, Rec. p. 199). Seul l'obstacle de la technicité des points abordés reste une borne à cette intensification du contrôle.

## B. Les perspectives d'évolution du contrôle

Le déploiement du contrôle de légalité n'a pas totalement gommé ses possibles variations. Il demeure des degrés dans le contrôle juridictionnel de légalité. Il convient toutefois d'aborder la jurisprudence avec précaution, ces variations n'étant pas nécessairement perceptibles ou mesurables au vu de la manière dont le juge présente son contrôle.

## . 1

S'il fallait résumer en une tendance l'évolution acquise et envisageable du contrôle de l'égalité, l'on évoquerait son intensification et son extension.

Les cas dans lesquels le juge ne contrôle pas du tout la qualification juridique des faits sont, on l'a dit, résiduels. Le contrôle minimum c'est-à-dire limité à l'erreur manifeste d'appréciation est abandonné dans certains de ses terrains d'élection au profit d'un contrôle normal voire de proportionnalité (ainsi en matière de contrôle sur les mesures d'interdiction de publications d'origine étrangères : CE, Sect., 9 juill. 1997, *Assoc. Ekin*, Rec. p. 300 ou encore en matière d'autorisation ou de refus de licenciement : CE, 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne*, Rec. p. 232).

Le dosage du contrôle effectué par le juge atteint des degrés très subtils lorsque sont combinés plusieurs examens. Ainsi le juge peut très bien choisir d'opérer un contrôle normal de la qualification juridique des faits et de se limiter à un contrôle des disproportions manifestes au niveau du contenu de la décision adoptée.

Les facteurs de développement du contrôle peuvent aussi résulter de l'application d'une règle supranationale comportant en elle-même une certaine logique de contrôle à laquelle le juge administratif accepte de répondre. Ainsi lorsqu'est invoquée la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge procède à un contrôle de la proportionnalité de la mesure selon un raisonnement dicté par

les termes de cette disposition et sans doute aussi par le type de contrôle que pratique la Cour européenne (CE, Ass., 19 avr. 1991, *Belgacem et Mme Babas*, Rec. p. 152). On en trouve d'ailleurs confirmation lorsque l'article 10 de la Convention est appliqué (voir par exemple CE, 7 févr. 2003, *GISTI*, req. n° 243634).

Il existe ainsi un mouvement en faveur d'un renforcement du contrôle lorsque sont impliqués des droits et liberté conformément à l'idée selon laquelle la protection de ces derniers impose l'accroissement et le perfectionnement continu des garanties juridictionnelles. Seuls d'autres enjeux peuvent surdéterminer les facteurs du contrôle et éventuellement justifier le maintien d'une réserve juridictionnelle. La politique conduite à l'occasion du contrôle du bilan en matière d'expropriation met en évidence le poids des arguments établis comme prioritaires par l'administration sur l'appréciation du juge mais aussi les limites que le juge leur assigne.

## . 2

Il convient enfin d'apporter quelques nuances aux conclusions qu'appelle le constat d'un renforcement global du contrôle.

En effet la typologie des degrés du contrôle exposée ne rend pas nécessairement compte de la réalité du contrôle exercé. Une simple comparaison des différentes manières dont la doctrine décrit les éléments du contrôle de légalité permet déjà de saisir la part d'artifice qui les affecte. Les présentations varient et

échouent à restituer pleinement la teneur du contrôle pratiqué par le juge.

Comment percevoir, au-delà des termes qu'il utilise, l'intensité exacte de son contrôle et surtout l'éventuelle autolimitation qu'il s'est imposée ? Comment estimer tous les déterminants et les contours de ses politiques jurisprudentielles ? En quels termes, enfin, un juge formalisera le rôle de quasi-administrateur qu'il se reconnaît lorsqu'il évalue le contenu même de la décision ?

Il arrive que l'on ne sache plus qu'elle est la frontière entre contrôle de l'erreur manifeste et contrôle normal de la qualification juridique ou encore entre dis-

proportion manifeste et normale au niveau de la décision retenue. La juxtaposition de différents contrôles lors de l'examen de l'acte au niveau de la qualification juridique puis de la décision contribue aussi à cette impression d'une grande complexité.

Ces interrogations exigent, au total, une lecture prudente des arrêts, éclairée par des données puisées au-delà de leur stricte rédaction. La question des moyens dont dispose le juge pour effectuer son contrôle et celle de sa vision de l'administration est, on le voit, loin d'être épuisée.



**Thème principal**    **Compétence**

**Mots clés**

référé-liberté, compétence juridictionnelle,  
service public pénitentiaire, libertés  
fondamentales

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Xavier Dupré de Boulois**  
professeur

**SUJET**

**Université Pierre-Mendès-France (Grenoble II)**

Second semestre 2008-2009

**Commentaire d'arrêt :**

Conseil d'État, 14 novembre 2008, M. *Philippe Mahmoud El Shennawy*.

Vu le pourvoi, enregistré le 25 avril 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présenté pour M. Philippe Mahmoud El Shennawy, demeurant maison centrale de Saint-Maur, Bel Air à Saint-Maur (36250) ; M. El Shennawy demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'ordonnance du 15 avril 2008 par laquelle, en application de l'article L. 522-3 du Code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Pau a rejeté, comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, sa demande tendant à la suspension de l'exécution du

régime spécial des fouilles intégrales, comportant quatre à huit inspections analyses et leur enregistrement vidéo, auquel il est soumis à l'occasion des extractions judiciaires quotidiennes nécessitées par ses comparutions devant les juridictions judiciaires ;

2°) statuant en référé, d'ordonner la suspension demandée en première instance ;

3°) de mettre à la charge de l'État la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le Code de procédure pénale ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu le Code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

– le rapport de M. Brice Bohuon, auditeur

– les observations de M<sup>e</sup> Spinosi, avocat de M. Philippe Mahmoud El Shennawy et de la section française de l'Observatoire international des prisons

– les conclusions de M. Julien Boucher, commissaire du gouvernement ;

*Sur l'intervention de la section française de l'Observatoire international des prisons :*

Considérant que la section française de l'Observatoire international des prisons a intérêt à l'annulation de l'ordonnance attaquée ; qu'ainsi son intervention, qui ne soulève pas de litige distinct, est recevable ;

*Sur l'ordonnance attaquée :*

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale [...] » ; qu'en vertu de l'article L. 522-3 du même code, le juge des référés peut, par une ordonnance motivée, rejeter une requête sans instruction ni audience lorsque la condition d'urgence n'est pas remplie ou lorsqu'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que M. El Shennawy a fait l'objet d'une décision le soumettant à un régime de fouilles corporelles intégrales, opérées qua-

tre à huit fois par jour, s'appliquant lors de ses extractions du centre de détention nécessitées par ses comparutions devant les juridictions judiciaires, en particulier lors de deux procès d'assises qui se sont déroulés du 9 au 18 avril 2008 et du 6 au 21 juin 2008, mais également à l'occasion de futurs procès; que ces fouilles, réalisées par des agents de l'administration pénitentiaire, font l'objet d'un enregistrement audiovisuel conformément à la circulaire du garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 9 mai 2007; que M. El Shennawy demande l'annulation de l'ordonnance du 15 avril 2008 par laquelle, en application de l'article L. 522-3 du Code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Pau a rejeté, comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, sa demande, fondée sur l'article L. 521-2 du même code, tendant à la suspension de l'exécution de la décision le soumettant à ce régime de fouilles;

Considérant que l'article D. 275 du Code de procédure pénale dispose : « Les détenus doivent être fouillés fréquemment et aussi souvent que le chef de l'établissement l'estime nécessaire./ Ils le sont notamment à leur entrée dans l'établissement et chaque fois qu'ils en sont extraits et y sont reconduits pour quelque cause que ce soit. Ils doivent également faire l'objet d'une fouille avant et après tout parloir ou visite quelconque./ Les détenus ne peuvent être fouillés que par des agents de leur sexe et dans des conditions qui, tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine »; qu'aux termes de l'article D. 293 du même code : « Aucun transfèrement, aucune extraction ne peut être opéré sans un ordre écrit que délivre l'autorité compétente./ Cet ordre, lorsqu'il n'émane pas de l'administration pénitentiaire elle-même, est adressé par le procureur de la République du lieu de l'autorité requérante au procureur de la République du lieu de détention [...] »; que selon l'article D. 294 : « Des précautions doivent être prises en vue d'éviter les évasions et tous autres incidents lors des transfèremens et extractions de détenus./ Ces derniers sont fouillés minutieusement avant le départ [...] »;

Considérant que s'il n'appartient qu'au juge judiciaire de connaître des actes relatifs à la conduite d'une procédure judiciaire ou qui en sont inséparables, les décisions par lesquelles les autorités pénitentiaires, afin d'assurer la sécurité générale des établissements ou des opérations d'extraction, décident de soumettre un détenu à des fouilles corporelles intégrales, dans le but de prévenir toute atteinte à l'ordre public, relèvent de l'exécution du service public administratif pénitentiaire et de la compétence de la juridiction administrative; qu'il en va ainsi alors même que les fouilles sont décidées et réalisées à l'occasion d'extractions judiciaires destinées à assurer la comparution d'un détenu sur ordre du procureur de la République, y compris lorsque les opérations de fouille se déroulent dans l'enceinte de la juridiction et durant le procès; que, par suite, en s'estimant incompétent pour connaître de la requête de M. El Shennawy contre la décision des

autorités pénitentiaires de le soumettre à un régime de fouilles corporelles intégrales répétées plusieurs fois par jour, le juge des référés du tribunal administratif de Pau a commis une erreur de droit ; que, dès lors, son ordonnance doit être annulée ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Considérant que l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » ;

Considérant que si les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire peuvent légitimer l'application à un détenu d'un régime de fouilles corporelles intégrales répétées, c'est à la double condition, d'une part, que le recours à ces fouilles intégrales soit justifié, notamment, par l'existence de suspicions fondées sur le comportement du détenu, ses agissements antérieurs ou les circonstances de ses contacts avec des tiers et, d'autre part, qu'elles se déroulent dans des conditions et selon des modalités strictement et exclusivement adaptées à ces nécessités et ces contraintes ; qu'il appartient ainsi à l'administration de justifier de la nécessité de ces opérations de fouille et de la proportionnalité des modalités retenues ;

Mais considérant que, pour l'application des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, les conditions relatives à l'urgence, d'une part, et à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, d'autre part, présentent un caractère cumulatif ; qu'il n'est pas établi, ni même allégué, que M. El Shennawy devrait faire prochainement l'objet d'une extraction à laquelle le régime litigieux s'appliquerait ; qu'ainsi, à défaut d'urgence, la demande présentée au titre de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative par M. El Shennawy doit être rejetée ;

*Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative :*

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'État la somme demandée par M. El Shennawy au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup> : L'intervention de la section française de l'Observatoire international des prisons est admise.

Article 2 : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Pau en date du 15 avril 2008 est annulée.



Article 3 : La demande présentée par M. El Shennawy devant le juge des référés du tribunal administratif de Pau, ainsi que le surplus de ses conclusions devant le Conseil d'État sont rejetés.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à M. Philippe Mahmoud El Shennawy, à la section française de l'Observatoire international des prisons et à la garde des Sceaux, ministre de la Justice.

## Analyse du sujet

L'arrêt à commenter ne présente pas en apparence de difficultés particulières pour un étudiant de L2. Les deux points essentiels sont aisément identifiables ce qui facilite la construction du plan. Le problème réside plutôt dans certaines

subtilités de la décision difficiles à percevoir ou à analyser pour les novices et susceptibles d'instiller le doute dans les esprits. Il en est ainsi de la présence d'un *obiter dictum*. Il en est de même du délai dans lequel le Conseil d'État se prononce (sept mois) alors que le requérant avait engagé une procédure de référé-liberté.

## Corrigé

Le Conseil d'État s'efforce depuis quelques années de redéfinir son contrôle en matière pénitentiaire en vue d'améliorer la situation des détenus. Il a ainsi renforcé l'accès des détenus à la justice en consacrant un nouveau recul de la catégorie des mesures d'ordre intérieur (CE, Ass., 14 déc. 2007, *Planchenault*). De même, il a confirmé le reflux si ce n'est la disparition de la faute lourde dans le régime de responsabilité de l'administration pénitentiaire pour les dommages subis par les détenus (CE, 17 déc. 2008, *Garde des Sceaux c/Z*). Le présent arrêt

constitue une nouvelle pierre dans l'édification d'un véritable droit pénitentiaire. Le Conseil d'État prend en effet l'initiative d'exposer les conditions de régularité des décisions soumettant les détenus à un régime spécial de fouilles corporelles particulièrement éprouvant.

En l'espèce, un détenu a fait l'objet d'une décision prise en application du Code de procédure pénale le soumettant à un régime de fouilles corporelles intégrales opérées plusieurs fois par jour et devant s'appliquer lors de ses extractions du centre de détention imposées par ses

comparutions devant différentes juridictions d'assises. Il a sollicité la suspension de l'exécution de ce régime de fouilles devant le juge des référés du tribunal administratif de Pau lequel a rejeté la requête comme portée devant une juridiction incompétente par la procédure de tri. Saisi d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'État annule l'ordonnance de tri mais rejette la requête au fond.

Décevante pour le requérant, la décision du Conseil d'État lue le 14 novembre 2008 n'en apporte pas moins une utile contribution sur deux aspects du contentieux pénitentiaire. Elle précise la répartition des compétences juridictionnelles pour les mesures prises par l'administration pénitentiaire à l'égard des détenus et qui ne sont pas sans lien avec des procédures judiciaires (I). Par ailleurs, elle est l'occasion pour le Conseil de rappeler les conditions de fond de l'octroi de mesures sollicitées au titre du référé-liberté et, dans ce cadre, d'indiquer la mesure dans laquelle les autorités pénitentiaires sont autorisées à recourir au régime spécial de fouilles en cause ici (II).

## I. La répartition des compétences juridictionnelles

Pour rejeter la requête de M. El Shennawy, le juge des référés du tribunal administratif de Pau a eu recours à une procédure sans instruction ni audience, la procédure de tri prévue à l'article L. 522-3 du Code de justice administra-

tive. Il a donc considéré qu'il était manifeste que la demande ne relevait pas de la compétence de la juridiction administrative. Mal lui en a pris puisque le Conseil d'État va développer une appréciation radicalement différente. À la décharge du juge palois, la répartition des compétences juridictionnelles à l'égard des décisions prises à l'égard des détenus n'est pas dénuée de subtilités. Si les principes ont l'apparence de la simplicité, leur mise en œuvre reste délicate.

### A. Les principes de la répartition des compétences

Pour comprendre la difficulté de compétence dans cette affaire, il convient de replacer la décision de l'administration pénitentiaire dans son contexte. Elle vise un détenu, c'est-à-dire une personne placée en maison d'arrêt en conséquence d'une décision judiciaire. Par ailleurs, elle intervient pour faciliter des extractions décidées par une autorité judiciaire et nécessitées par des procédures judiciaires. Elle n'est donc pas sans lien avec la justice judiciaire. Concernant le contentieux lié à ce service public, la ligne de démarcation entre les deux ordres de juridiction a été posée par un arrêt du Tribunal des conflits, *Préfet de la Guyane* (27 nov. 1952). En application du principe du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, le Tribunal a estimé que les actes relatifs à l'exercice de la fonction juridictionnelle relèvent de la compétence du juge judiciaire alors que le contentieux des actes relatifs à l'organisation du service public

de la justice appartient à la juridiction administrative. La mise en œuvre de cette distinction a suscité un certain nombre de difficultés. Il en est ainsi en particulier pour le contentieux des actes pris à l'égard des détenus au cours de l'exécution de leur peine. Si le juge judiciaire est compétent pour les litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire et donc l'exécution est poursuivie à la diligence du ministère public (CE, 15 févr. 2006, *Consorts Maurel-Audry*), le juge administratif est compétent à l'égard des décisions de l'administration pénitentiaire telles que les sanctions disciplinaires. Or, il n'est pas contestable que de telles sanctions peuvent avoir des conséquences sur la peine prononcée par la juridiction pénale. Le juge de l'application des peines est en effet susceptible d'en tenir compte pour apprécier les demandes de remise de peine. Cette circonstance explique d'ailleurs la raison pour laquelle le juge administratif s'est reconnu compétent pour connaître de certaines sanctions disciplinaires jusqu'à considérées comme des mesures d'ordre intérieur (CE, Ass., 17 févr. 1995, *Marie*).

## B. La mise en œuvre de la répartition des compétences

L'affaire en cause posait une question inédite au regard de la question de compétence. La décision de soumettre M. El Shennawy à un régime spécial de fouilles corporelles émanait d'une autorité administrative. Mais ces fouilles devaient

intervenir à l'occasion d'extractions du centre de détention décidées par une autorité judiciaire, le procureur de la République. Elles étaient justifiées par ses comparutions devant des juridictions judiciaires. Enfin, elles étaient susceptibles de se dérouler dans l'enceinte même du tribunal. La décision n'était donc pas sans lien avec le fonctionnement de la justice pénale à trois égards : la décision et les motifs de l'extraction d'une part, le lieu de certaines fouilles d'autre part. Le Conseil d'État ne s'est pas montré sensible à ces considérations. Il juge que la décision querellée est détachable des procédures judiciaires en cause. Il estime en effet que « les décisions par lesquelles les autorités pénitentiaires, afin d'assurer la sécurité générale des établissements ou des opérations d'extraction, décident de soumettre un détenu à des fouilles corporelles intégrales, dans le but de prévenir toute atteinte à l'ordre public, relèvent de l'exécution du service public administratif pénitentiaire et de la compétence de la juridiction administrative ». Le critère fonctionnel retenu par le Conseil d'État n'est pas sans rappeler celui à l'œuvre dans la distinction des opérations de police administrative et des opérations de police judiciaire. Il renvoie aussi à la compétence du juge administratif pour connaître de mesures individuelles prises à l'encontre des détenus pour assurer le bon ordre dans les établissements pénitentiaires tels que la mise à l'isolement (CE, 30 juill. 2003, *Remli*). La juridiction administrative est donc compétente pour contrôler les actes des autorités pénitentiaires motivés par le souci d'assurer le bon ordre au sein des établissements relevant de leur compé-

tence et la sécurité des extractions. La solution ne semble guère contestable puisqu'en définitive la décision en cause n'était pas susceptible d'influer sur le cours des procédures judiciaires engagées contre M. El Shennawy.

## II. L'appréciation de la requête en référé-liberté

Si le requérant a obtenu une victoire sur le terrain de la compétence juridictionnelle, l'examen au fond par le Conseil d'État ne lui apportera pas la même satisfaction. Le Conseil d'État estime en effet que l'une des conditions posées par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative pour l'octroi de mesures de référé-liberté fait défaut alors que ces conditions sont cumulatives (B). La Haute Juridiction en profite néanmoins pour exposer les conditions dans lesquelles les autorités pénitentiaires peuvent décider de soumettre un détenu au régime spécial de fouilles corporelles intégrales et répétées (A).

### A. Le *vade-mecum* à destination de l'administration pénitentiaire

L'octroi d'une mesure au titre du référé-liberté est subordonné à l'existence d'une violation grave et manifestement illégale d'une liberté fondamentale. Le Conseil d'État n'a pas eu besoin de vérifier si cette condition était remplie en l'espèce puisque le seul défaut d'urgence

suffisait à rejeter la requête. Il se saisit néanmoins de l'occasion pour exposer in *abstracto* les conditions de régularité des décisions de soumettre un détenu à un régime spécial de fouilles corporelles intégrales et répétées. En dehors de son rôle pédagogique pour les autorités pénitentiaires, la présence de ce *vade-mecum* est une manière pour le Conseil de donner des gages à une Cour européenne des droits de l'homme très vigilante sur le sort des détenus. Il n'est pas douteux en l'occurrence qu'une telle mesure porte atteinte à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Le Conseil se réfère à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dont il est possible de déduire, dans le contexte de l'affaire, un droit à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants. Cette liberté fondamentale n'est pas absolue de telle sorte que les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire peuvent justifier l'application à un détenu du régime spécial de fouilles. Mais, le Conseil d'État subordonne l'utilisation de ce régime au respect de deux exigences classiques en matière de police administrative : la nécessité et la proportionnalité. Le recours à ce régime doit être justifié par l'existence de suspicions fondées sur le comportement du détenu, ses agissements antérieurs et les circonstances de ses contacts avec les tiers d'une part. Les fouilles doivent se dérouler dans des conditions et selon des modalités strictement proportionnées par rapport aux circonstances d'autre part.

## B. Le défaut d'urgence

La requête de M. El Shennawy est rejetée pour défaut d'urgence. Cette solution s'explique par la volonté du juge administratif de préserver le caractère exceptionnel de la procédure de référé-liberté. Le juge des référés est censé se prononcer dans un délai de quarante-huit heures. Il dispose d'importants pouvoirs puisqu'il peut ordonner toutes mesures utiles mêmes non provisoires (CE, ord., 30 mars 2007, *Ville de Lyon c/Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lyon*). Aussi le Conseil d'État a-t-il développé une définition exigeante de la condition d'urgence. L'atteinte illégale à la liberté fondamentale doit être en cours ou imminente. En l'espèce, il n'était pas établi que M. El Shennawy devait faire prochainement l'objet d'une extraction à laquelle le régime spécial de fouilles s'appliquerait. Il faut ajouter que ce constat est opéré à la date où le Conseil d'État se prononce. M. El Shennawy a donc été, dans une certaine mesure, la victime des lenteurs de la justice. L'arrêt nous apprend que ce détenu a saisi le juge des référés de Pau vers le 14 avril

2008 alors qu'il faisait l'objet de mesures d'extraction en raison d'un procès d'as-sises qui s'est déroulé du 9 au 18 avril. Suite au rejet de sa requête par une ordonnance de tri, il a saisi le Conseil d'État de son pourvoi le 25 avril 2008 alors qu'il devait faire à nouveau l'objet d'extractions soumises au régime spécial de fouilles à l'occasion d'un procès d'as-sises prévu du 6 au 21 juin 2008. Or le Conseil d'État ne se prononce que le 14 novembre 2008, c'est-à-dire sept mois après le dépôt du pourvoi. L'urgence eut été probablement constituée si le Conseil d'État avait statué dans les semaines suivant la requête et non plusieurs mois après. Il est vrai qu'il n'était pas saisi en tant que juge d'appel d'une ordonnance de référé-liberté mais en qualité de juge de cassation d'une ordonnance de tri. Le délai de quarante-huit heures applicable en référé-liberté ne s'appliquait donc pas. Le défaut d'urgence de la requête est donc essentiellement dû à son rejet par le juge des référés du tribunal administratif de Pau en application de la procédure de tri alors que l'arrêt du Conseil d'État démontre que le recours à cette procédure était manifestement erroné en l'espèce.



## Thème principal **Recours pour excès de pouvoir**

### Mots clés

contrôle de légalité, décret en Conseil d'État, erreur manifeste d'appréciation, exception d'illégalité, incompétence, moyens d'annulation, pouvoirs du juge, violation de la loi

---

sujet donné et corrigé établi par :

**Servane Carpi-Petit**  
maître de conférences

**SUJET**

**Université de Caen Basse-Normandie**  
**(antenne d'Alençon)**

Second semestre 2008-2009

### Commentaire d'arrêt :

Les étudiants commenteront l'extrait de l'arrêt du Conseil d'État du 19 juin 2002, *Commune de Marcq-en-Barœul*, ci-dessous reproduit.

[...] Considérant que les requêtes susvisées sont dirigées contre le même décret et présentent à juger les mêmes questions ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 412-51 du Code des communes issu de l'article 8 de la loi susvisée du 15 avril 1999, « lorsque la nature de leurs interventions et les circonstances le justifient, les agents de police municipale peuvent

être autorisés nominativement par le représentant de l'État dans le département, sur demande motivée du maire, à porter une arme, sous réserve de l'existence d'une convention prévue par l'article L. 2212-6 du Code général des collectivités territoriales./ Un décret en Conseil d'État précise, par type de mission, les circonstances et les conditions dans lesquelles les agents de police municipale peuvent porter une arme. Il détermine, en outre, les catégories et les types d'armes susceptibles d'être autorisés, leurs conditions d'acquisition et de conservation par la commune et les conditions de leur utilisation par les agents, précise les modalités de la formation que ces derniers reçoivent à cet effet » ; que les requérants contestent la légalité du décret du 24 mars 2000 pris en application de ces dispositions ;

*Sur l'application de l'article 8 de la loi du 15 avril 1999 :*

Considérant que les prescriptions de l'article 8 de la loi du 15 avril 1999, dont il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant au contentieux, d'apprécier la constitutionnalité, ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, il n'y a donc pas lieu d'en écarter l'application ;

*Sur l'article 2 du décret :*

Considérant en premier lieu qu'en déterminant celles, parmi les armes de quatrième catégorie et de sixième catégorie, au sens de la classification fixée par le décret susvisé du 6 mai 1995 relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, pris en application de la loi du 19 mars 1939, que les agents de police municipale peuvent être autorisés à porter, le décret attaqué s'est borné à fixer les modalités d'application de l'article L. 412-51 du Code des communes, dans les limites fixées par ledit article ;

Considérant en deuxième lieu que les requérants, après avoir relevé que le décret attaqué fait application, dans son article 3, des catégories d'armes fixées par le décret du 6 mai 1995, affirment que ce dernier décret serait incompatible avec certaines stipulations de la directive susvisée du 18 juin 1991 ; que toutefois en vertu de l'article 2 de ladite directive, celle-ci ne s'applique pas aux armes détenues « par la police ou les services publics » ; qu'en outre en vertu de l'article 3 de cette directive, les États membres de l'Union européenne peuvent adopter des dispositions plus strictes que celles imposées par la directive ; qu'ainsi, en tout état de cause, le moyen invoqué ne peut qu'être écarté ;

Considérant en troisième lieu qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en ne retenant, parmi les armes de 4<sup>e</sup> catégorie que les agents de police municipale peuvent être autorisés à porter, que les revolvers chambrés, pour le calibre 38 spécial, et les armes de poing chambrées, pour le calibre 7,65 mm, le gouvernement



ait commis une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu tant des missions susceptibles d'être confiées à ces agents que des risques encourus par eux-mêmes et par les tiers ;

*Sur l'article 3 du décret attaqué :*

Considérant que le I de l'article 3 du décret attaqué prévoit que « les missions pour l'exercice desquelles les agents de police municipale peuvent être autorisés à porter entre 6 heures et 23 heures des armes [...] sont : 1° La surveillance générale des voies publiques, des voies privées ouvertes au public et des lieux ouverts au public si les personnes et les biens sont exposés à un risque identifié de nature à compromettre leur sécurité [...] 3° Les gardes statiques des bâtiments communaux abritant des services ou des biens exposés à des risques particuliers d'insécurité » ; qu'en subordonnant le port d'arme à la condition qu'un risque de nature à compromettre la sécurité des personnes et des biens soit identifié ou à celle que les bâtiments soient exposés à des risques particuliers d'insécurité, les dispositions précitées du décret attaqué ne sont entachées ni d'une erreur manifeste d'appréciation ni d'une erreur de droit ; que les éventuelles difficultés d'interprétation ou d'exécution de ces dispositions, qu'invoquent les requérants, sont sans incidence sur la légalité de celles-ci ; ...

DÉCIDE :

Les requêtes de la commune de Marcq-en-Barœul [...] sont rejetées.

## Analyse du sujet

L'exercice proposé à la promotion de licence II d'Alençon (antenne de l'université de Caen Basse-Normandie) lors de leur examen terminal de juin 2009 était certes classique, puisqu'il s'agissait d'un commentaire d'arrêt, mais néanmoins délicat. En effet, à la fin de leur seconde année de formation, les étudiants ont souvent une maîtrise encore fragile de ce type de travail.

Celui-ci implique au préalable, nous n'insistons jamais assez, une parfaite maîtrise du cours, qu'il s'agisse des notions exposées ou de la jurisprudence. Ce tra-

vail de mémorisation qui peut sembler rébarbatif est indispensable et constitue l'une des principales clefs de la réussite. Trop souvent, les étudiants ont l'impression que l'existence du support que constitue l'arrêt à commenter les dispense d'une réelle maîtrise du contenu du cours. Cela est, bien entendu, parfaitement erroné ; à défaut de connaissances, le candidat ne procédera au mieux qu'à une paraphrase des propos du Conseil d'État et passera donc à côté de l'exercice demandé.

L'une des principales difficultés consistait dans l'élaboration du plan du commentaire. L'arrêt à commenter ne se prêtait pas à un simple découpage. Il

convenait donc, après avoir déterminé les problèmes juridiques, de les réunir de

manière cohérente en deux groupes correspondant aux deux parties du devoir.

## Corrigé

**B**ien que datant de quelques années déjà, l'arrêt du Conseil d'État du 19 juin 2002, *Commune de Marcq-en-Barœul*, porte sur un sujet d'actualité puisqu'il s'agit de l'épineuse question du port d'armes par des policiers municipaux.

À l'origine de cette affaire, il n'y a guère de faits, mais du droit, c'est-à-dire la loi du 15 avril 1999 qui donne un statut aux polices municipales. Plus précisément, il s'agit ici de l'article 8 de la loi qui a pour objet le port d'armes par les policiers municipaux. La loi pose le principe de la possibilité d'un port d'armes sous certaines conditions (signature d'une convention de coordination des forces de police, nature de l'intervention, circonstances la justifiant). Lorsque celles-ci sont réunies, l'agent de police municipale doit également, pour être armé, bénéficier d'une autorisation nominative du représentant de l'État dans le département. Pour le reste, et fort classiquement, elle renvoie la détermination des modalités d'application à un décret en Conseil d'État (c'est-à-dire un décret pris après avis obligatoire du Conseil d'État). Le Premier ministre est ici compétent en vertu de son pouvoir réglementaire d'exécution de la loi. L'articulation entre

une loi et son décret d'application implique qu'on se situe dans une matière législative, en application des articles 34 et 72 de la Constitution (*il serait bon que les étudiants y pensent et l'expliquent*).

Ce qui est plus remarquable et plus inhabituel et qui peut s'expliquer par le caractère sensible de la matière, c'est que le législateur a strictement encadré la mission du pouvoir réglementaire. La loi dispose en effet que le décret en Conseil d'État précise les circonstances et les conditions dans lesquelles les agents de police municipale peuvent porter une arme, ainsi que « les catégories et les types d'armes susceptibles d'être autorisés, leurs conditions d'acquisition et de conservation par la commune ». Enfin, pour être armés, il est prévu que les agents doivent suivre une formation.

Ce décret est effectivement intervenu le 24 mars 2000; il s'agit de l'acte attaqué. Bien que cela ne soit pas mentionné explicitement, il ressort à l'évidence de l'ensemble de l'arrêt que le Conseil d'État répond à un recours pour excès de pouvoir. *Les étudiants devaient indiquer la nature du recours à l'origine de l'arrêt (ce qui ne fut hélas que trop rarement fait)*. Par ailleurs, ce recours pour excès de pouvoir est dirigé contre un décret en Conseil

d'État. Sans entrer dans des considérations contentieuses trop fines et donc hors de leur programme, les étudiants devaient relever, d'une part, qu'il s'agissait d'un contentieux essentiellement abstrait et, d'autre part et surtout, qu'il s'agissait d'une compétence directe du Conseil d'État.

Le Conseil d'État, en l'espèce, a rejeté le recours des requérants : les moyens tirés des vices propres du décret, qu'il s'agisse d'une incompétence de l'auteur de l'acte ou d'une erreur manifeste d'appréciation, n'ont pas permis d'obtenir l'annulation de l'acte litigieux (I). Il en fut de même pour les exceptions d'illégalité invoquées (que ce soit l'illégalité de la loi du 15 avril 1999 ou celle du décret du 6 mai 1995) (II).

## I. Le rejet des moyens tirés des vices propres du décret attaqué

Les articles 2 et 3 du décret litigieux sont, selon les requérants, entachés de vices propres : incompétence et erreur manifeste d'appréciation pour l'article 2 (A) et erreur de droit et erreur manifeste d'appréciation pour l'article 3 (B).

### A. L'absence de vice propre de l'article 2

L'article 2 du décret attaqué détermine les types d'armes que les agents de police municipale peuvent être autorisés à porter. D'après les requérants, cet article présenterait deux vices propres de nature à entraîner son annulation.

Le premier moyen soulevé par les requérants était, semble-t-il, tiré de ce que, en déterminant par référence à un autre texte le type d'armes que les agents de police municipale peuvent être autorisés à porter, l'autorité réglementaire avait excédé les limites de la mission qui lui était conférée. Ce moyen est manifestement infondé au regard des termes mêmes de la loi. Le Conseil d'État contrôle ainsi le respect de la loi par le pouvoir réglementaire et surtout le respect des limites de l'habilitation donnée au pouvoir réglementaire par la loi. Il s'agit donc du contrôle d'un éventuel vice d'incompétence, plus exactement d'une incompétence *rationae materiae*, le pouvoir réglementaire ne pouvant empiéter sur le domaine législatif sans habilitation. Le Conseil d'État rejette le moyen de manière lapidaire en indiquant que « le décret attaqué s'est borné à fixer les modalités d'application de l'article L. 412-51 du Code des communes, dans les limites fixées par ledit article ».

L'article 2 du décret attaqué prévoit que les agents de police municipale peuvent porter deux types d'armes différents : les revolvers chambrés pour le calibre 38 spécial et les armes de poing chambrées pour le calibre 7,65 mm. Selon les requérants, une telle décision résulte d'une erreur manifeste d'appréciation. Il s'agit là du second vice propre de l'article 2 invoqué par les requérants à l'appui de leur demande d'annulation. Il convient ici d'expliquer (*c'est ce qu'on attend des étudiants*) en quoi consiste le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en veillant à raisonner par rapport au cas d'espèce.

Le Conseil d'État estime qu'il y a erreur manifeste d'appréciation lorsque les faits à prendre en considération, manifestement, ne justifient pas la décision prise par l'autorité compétente. Pour l'expliquer autrement, la décision prise serait manifestement inadaptée aux faits. L'erreur doit par ailleurs être grossière, c'est-à-dire qu'elle doit apparaître évidente même à un non spécialiste : les erreurs moins importantes n'entraînent pas l'annulation de l'acte qu'elles entachent. En l'espèce, les faits de nature à justifier la décision sont précisés par le juge : il s'agit des missions susceptibles d'être confiées aux agents et des risques encourus par les agents et par les tiers. La décision, quant à elle, consiste dans la limitation de la possibilité de port d'armes à deux types d'armes (les revolvers chambrés pour le calibre 38 spécial et les armes de poing chambrées pour le calibre 7,65 mm).

Ce contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, apparu dans les années 1960 (CE, Sect., 15 févr. 1961, *Lagrange*, Rec. p. 121), est un contrôle restreint, souvent appelé contrôle minimum. L'erreur manifeste d'appréciation permet au juge administratif de contrôler les décisions de l'administration tout en respectant le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose lors de l'adoption de ladite décision. Or, en l'espèce, l'acte attaqué est un décret d'application d'une loi. De manière générale, quand une loi renvoie à un décret le soin de fixer ses modalités d'application, il existe toujours plusieurs modalités également compatibles avec les dispositions législatives et le choix entre celles-ci relève de l'opportunité.

C'est pourquoi, en l'espèce, le contrôle exercé par le Conseil d'État est un contrôle minimum, qui, d'ailleurs, aboutit au constat que la modalité d'application retenue est compatible avec la disposition législative qu'elle vise à mettre en œuvre.

## B. L'absence de vice propre de l'article 3

L'article 3 du décret attaqué précise les missions pour lesquelles les agents de police municipale peuvent être autorisés à porter certaines armes.

Le premier vice propre soulevé par les requérants à l'appui de leur recours est celui de l'erreur de droit. *Comme pour l'erreur manifeste d'appréciation, les étudiants doivent expliquer ce qu'est l'erreur de droit et rapporter leur propos au cas d'espèce.*

L'erreur de droit consiste dans un contrôle par le juge des motifs de droit. Le juge sanctionne une mauvaise interprétation de la loi, une compréhension erronée des motifs prévus par la loi. En l'occurrence, la loi du 15 avril 1999 n'a pas interdit d'assujettir le port d'arme d'une part, à l'existence d'un risque identifié de nature à compromettre la sécurité des personnes et des biens ou, d'autre part, à celle d'un risque d'insécurité. Le juge en conclut donc que la disposition attaquée n'est pas entachée d'erreur de droit.

Les requérants estiment par ailleurs que, tout comme l'article 2 du décret attaqué, l'article 3 serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation. *Les étu-*

diants n'ont pas à refaire ici les mêmes développements que ceux réalisés pour l'article 2. Il leur suffit d'indiquer que l'autorité réglementaire disposait d'une liberté de choix entre plusieurs modalités d'application, ce qui explique le caractère restreint du contrôle. Par ailleurs, le Conseil d'État estime que les faits motivant le port d'armes par les agents de police municipale justifient bien la décision prise par l'autorité réglementaire. Il n'y a donc pas, en l'espèce, d'erreur manifeste d'appréciation de nature à entraîner l'annulation de la disposition attaquée.

## II. Le rejet des exceptions invoquées contre le décret

*Les étudiants doivent expliquer que le résultat de l'exception d'illégalité, lorsqu'elle est retenue, n'est ni l'annulation, ni l'abrogation de l'acte attaqué.* Les requérants obtiennent seulement que l'application de l'acte soit écartée pour le cas d'espèce. Deux types d'exception d'illégalité sont invoqués ici : l'exception d'illégalité contre un décret (A) et l'exception d'illégalité contre la loi (B).

### A. La classique exception d'illégalité du décret

Le second moyen invoqué contre l'article 2 du décret repose sur le mécanisme de l'exception ; il s'agit ici de l'exception d'illégalité du décret du 6 mai 1995. Pour justifier celle-ci, les requérants font

valoir que le décret attaqué fait application dans son article 2 (et non 3, comme il est indiqué dans l'arrêt) des catégories d'armes fixées par le décret du 6 mai 1995. L'exception d'illégalité d'un règlement n'est recevable qu'à l'encontre d'un acte d'application du règlement, c'est précisément ce que soutenaient les requérants. Cependant, le Conseil d'État indique que « le décret attaqué s'est borné à fixer les modalités d'application de l'article L. 412-51 du Code des communes, dans les limites fixées par ledit article. » C'est pourquoi l'exception d'illégalité invoquée n'est pas recevable, le décret attaqué n'étant pas un acte d'application du décret du 6 mai 1995.

Par ailleurs, en tout état de cause, à supposer que l'exception d'illégalité soit recevable, elle n'était, de toute façon, pas fondée. En effet, les requérants estimaient que le décret du 6 mai 1995 était incompatible avec la directive communautaire du 18 juin 1991, ce qui entache le décret de 1999 d'illégalité.

Or, d'une part, le fait que l'exception d'illégalité soit tirée de l'incompatibilité d'une directive est une stipulation mal venue. En effet, la directive communautaire n'est pas un acte conventionnel. À l'expiration du délai raisonnable de transposition, tout acte réglementaire incompatible avec la directive est illégal et cette illégalité peut être déclarée par voie d'exception (CE, 7 févr. 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France*, Rec. p. 512 ; CE, Ass., 3 févr. 1989, *Cie Alitalia*, Rec. p. 44).

D'autre part, le Conseil d'État rappelle que le rapport des réglementations natio-

nales avec les directives communautaires est un rapport de compatibilité et non de conformité. Il en déduit que le fait que le décret attaqué ait fixé des dispositions plus strictes que celles imposées par la directive ne l'entache pas d'illégalité.

## B. Les exceptions invoquées contre la loi

Il s'agit en réalité du premier moyen invoqué par les requérants. Les requérants ont d'abord soulevé à l'encontre de la loi dont le décret est un acte d'application une double exception.

Il s'agit, en premier lieu, d'une très classique exception d'inconstitutionnalité. Il semble que les requérants aient argué de l'inconstitutionnalité de la loi, l'arrêt étant sur ce point fort bref et ne précisant pas le ou les moyens soulevés. Quoi qu'il en soit, le Conseil d'État se contente de rappeler son incompetence pour apprécier la constitutionnalité de la loi y compris, comme en l'espèce, par voie d'exception. La loi-écran empêche toute censure du principe même de la possibilité d'un port d'armes posé par la loi et ce en vertu d'une jurisprudence constante (CE, 1936, *Arrighi*, *Rec.* p. 966).

Il s'agit, en second lieu, de la non moins classique exception d'inconventionnalité. L'incompétence du Conseil d'État pour contrôler la conventionnalité de la loi n'existe plus depuis l'arrêt *Nicolo* (CE, Ass., 20 oct. 1989, *Rec.*

p. 191, concl. Frydman). *Il était inutile que les étudiants développent toute l'évolution qui a conduit à Nicolo et c'était même hors de propos dans un commentaire relatif à un arrêt rendu en 2002 ; cela ne fut cependant pas sanctionné. Il était en revanche, absolument indispensable de citer l'arrêt Nicolo puisqu'il marque l'abandon de l'écran législatif pour les actes internationaux.*

Le Conseil d'État peut donc contrôler la conventionnalité de la loi, même postérieure à la convention, comme c'est évidemment le cas ici. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est d'ailleurs devenue l'une des conventions internationales les plus invoquées (CE, Ass., 19 avr. 1991, *Belgacem*, *Rec.* p. 152, concl. Abraham).

Le moyen soulevé par les requérant n'est pas précisé mais il vaut, semble-t-il, pour l'ensemble du décret. Son bien-fondé aurait donc entraîné l'illégalité du décret dans son ensemble.

\*

L'arrêt *Commune de Marcq-en-Barœul* aboutit donc au rejet de l'ensemble des prétentions des requérants. En aurait-il été de même aujourd'hui ? Ce n'est pas certain car depuis le 23 juillet 2008, l'article 61-1 de la Constitution permet d'interroger le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité des lois. L'issue aurait donc peut-être été favorable aux requérants, même s'il n'est pas possible de l'affirmer en l'absence de précisions sur les moyens d'inconstitutionnalité soulevés à l'appui de la requête.

# Index \*

- Abrogation : 107 et s.
- Acte :
- administratif : **99 et s.**
  - administratif unilatéral : **107 et s.**
  - unilatéral : **91 et s.**
- Acte créateur de droits : 107 et s.
- conditions d'abrogation : **107 et s.**
- Administration : 171 et s.
- contrôle juridictionnel : **71 et s.**
  - d'État : **81 et s.**
- Administration centrale :
- direction : 81 et s.
- Annulation :
- moyens : 179 et s., 201 et s.
- Arme à feu : 91 et s.
- Autorité des décisions du Conseil constitutionnel : 71 et s.
- Causalité :
- lien : 161 et s.
- Charges publiques :
- rupture d'égalité : 161 et s.
- Chefs de préjudice : 91 et s.
- Clauses exorbitantes : 123 et s.
- Compétence : **191 et s.**
- du juge administratif : **61 et s.**
  - du juge judiciaire : **61 et s.**
  - juridictionnelle : 191 et s.
- Conseil constitutionnel :
- autorité des décisions : 71 et s.
- Constitution : 43 et s., **53 et s.**
- Préambule : 61 et s.
- Constitutionnalité :
- contrôle : 29 et s., 53 et s.
- Contrat : **115 et s.**
- administratif : 115 et s., 123 et s., 131 et s., 137 et s.
  - modification unilatérale : 91 et s.
- Contrôle :
- de constitutionnalité : 29 et s., 53 et s.
  - de conventionnalité : 29 et s.
  - de légalité : 179 et s., 201 et s.
- Contrôle du juge : 29 et s.
- Contrôle juridictionnel de l'administration : **71 et s.**
- Convention européenne des droits de l'homme : 71 et s.
- Convention internationale : 151 et s.

.....  
\* Les chiffres en gras renvoient aux thèmes principaux, les autres aux mots clés.

Conventionnalité :

– contrôle : 29 et s.

Conventions internationales : 53 et s.

Décret : 81 et s.

– en Conseil d'État : 201 et s.

Délégation de service public : 99 et s.

Direction d'administration centrale :  
81 et s.

Directive : 91 et s.

– européenne : 71 et s.

Droit :

– communautaire : 53 et s.

– principes généraux : 29 et s.

Droit administratif :

– sources : 151 et s.

Droits de l'homme :

– Convention européenne : 71 et s.

Dualisme juridictionnel : 171 et s.

Effet direct : 61 et s.

Égalité : 131 et s.

Emprise irrégulière : 61 et s.

Erreur manifeste d'appréciation : 201  
et s.

Établissement public : 115 et s.

Exception d'illégalité : 201 et s.

Excès de pouvoir : **179 et s.**

– recours : 99 et s., 107 et s.

Faute : 161 et s.

Garde : 161 et s.

Gestion du service public : 137 et s.

Hiérarchie de normes : **29 et s.**

Incompétence : 201 et s.

Intérêt à agir : 71 et s.

Juge :

– contrôle : 29 et s.

– pouvoirs : 201 et s.

Juge administratif : 29 et s.

– compétence : **61 et s.**

Juge judiciaire :

– compétence : **61 et s.**

Justice administrative : **171 et s.**

Légalité :

– contrôle : 179 et s., 201 et s.

– principe : **43 et s.**

– sources : 29 et s.

Libertés fondamentales : 191 et s.

Lien de causalité : 161 et s.

Loi :

– responsabilité : 151 et s.

– violation : 201 et s.

Loi de transposition : 71 et s.

Loi-écran : 43 et s.

Ministère : 81 et s.

Modification unilatérale du contrat :  
91 et s.

Moyens d'annulation : 179 et s., 201  
et s.

Normes :

– hiérarchie : **29 et s.**

– internationales : 61 et s.

Notion de contrat administratif : 137  
et s.

Police administrative : 99 et s., 131  
et s., 137 et s.

– responsabilité : 91 et s.

Pouvoir réglementaire : 43 et s., 81 et s.

Pouvoirs du juge : 201 et s.

Préambule de la Constitution : 61 et s.

Préjudice : 161 et s.



– chefs : 91 et s.

Principe :

– de légalité : **43 et s.**

– de sécurité juridique : 151 et s.

Principes :

– à valeur constitutionnelle : 29 et s.

– fondamentaux reconnus par les lois de la République : 29 et s.

– généraux du droit : 29 et s.

Recours :

– de plein contentieux : 99 et s.

– pour excès de pouvoir : 99 et s., 107 et s., **201 et s.**

Référé-liberté : 191 et s.

Référé-suspension : 99 et s.

Réserves d'interprétation : 71 et s.

Responsabilité : 131 et s., 137 et s., **151 et s.**, 161 et s.

– du fait de la loi : 151 et s.

– du fait de la police administrative : 91 et s.

– du fait du service public hospitalier : 91 et s.

Responsabilité publique : **161 et s.**

Retrait : 91 et s., 107 et s., 131 et s.

Risque : 161 et s.

Rupture d'égalité devant les charges publiques : 161 et s.

Sanction administrative : 99 et s.

Sécurité juridique :

– principe : 151 et s.

Service hospitalier : 123 et s.

Service public : 115 et s., **123 et s.**, **131 et s.**, **137 et s.**

– administratif : 123 et s.

– délégation : 99 et s.

– géré par une personne privée : 131 et s.

– gestion : 137 et s.

– pénitentiaire : 191 et s.

Service public hospitalier :

– responsabilité : 91 et s.

Service public industriel et commercial : 61 et s., 137 et s.

Sources :

– du droit administratif : 151 et s.

– de la légalité : 29 et s.

Traités internationaux : 43 et s.

Tribunal des conflits : 115 et s.

Usager : 61 et s., 137 et s.

Violation de la loi : 201 et s.

Voie de fait : 61 et s.



Destinées aux étudiants suivant un enseignement juridique (licence en droit, IEP, etc.), *Les Annales de droit administratif 2010* regroupent en un seul ouvrage :

- des *sujets d'examen* donnés dans une vingtaine d'Universités françaises corrigés par les enseignants responsables de la matière et traitant de manière systématique les principaux thèmes de droit administratif ;
- des *conseils méthodologiques* : exposé des techniques de la dissertation, du commentaire d'arrêt, de l'étude de cas et de la recherche documentaire permettant de réussir les différents types d'exercices proposés dans le cadre du contrôle continu, des examens ou des concours.

Complément nécessaire du manuel et des cours oraux dispensés, *Les Annales* sont un outil de révision indispensable pour préparer avec succès les épreuves écrites.

Ouvrage sous la direction de **Pascale Gonod**, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

**Ont collaboré à cet ouvrage :**

*Servane Carpi-Petit, Patrice Chrétien, Delphine Costa, Xavier Dupré de Boulois, Pascale Gonod, Olivier Jouanjan, Fabrice Melleray, Sophie Nicinski, Jacques Petit, Benoît Plessix, Isabelle Poirot-Mazères, Aude Rouyère, Agathe Van Lang.*

ANNALES  
DROIT ADMINISTRATIF  
2010

DA|LOZ|f

Prix : 10 €

ISBN 978 2 247 08423-4  
6785430



9 782247 084234