

UNIVERSITE DU MAINE – LE MANS
Faculté de Droit et des Sciences Economiques

THESE
pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université du Maine – Le Mans
Discipline : droit public
Présentée et soutenue publiquement
le 29 septembre 2000
par
Sébastien GOUHIER

ESSAI D'UNE THEORIE GENERALE DE LA RESPONSABILITE
EN DROIT ADMINISTRATIF



Jury :

Mme Maryse DEGUERGUE, Professeur à l'Université de Paris XII (St-Maur), rapporteur
M. Christophe GUETTIER, Professeur à l'Université du Mans, directeur de thèse
M. Franck MODERNE, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)
M. Jacques MOREAU, Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)
M. Michel PAILLET, Professeur à l'Université de Toulon et du Var, rapporteur

L'université n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises par les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements : L'auteur tient à rendre hommage à son directeur de thèse pour ses conseils, et pour la contradiction qu'il lui a apportée, il remercie en outre le personnel de la Faculté de Droit de l'Université du Maine pour sa gentillesse toujours égale.

A ma femme pour les voyages qu'elle n'a pas faits, à mes parents proches.

« Seule la volonté qui obéit à la loi est libre, car elle obéit à elle-même. »

HEGEL, *La raison dans l'histoire, l'Etat*, 1830.

Principales abréviations

A.	Assemblée du Conseil d'Etat.
A.J.D.A.	Actualité juridique de droit administratif
A.P.D.	Archives de philosophie du droit.
Art.	Article.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).
C.A.A.	Cour administrative d'appel.
C.C.	Conseil constitutionnel.
C.E.	Conseil d'Etat.
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme.
C.G.C.T.	Code général des collectivités territoriales.
Chron.	Chronique.
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes.
C.J.E.G.	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.
D.	Dalloz
D.A.	Droit administratif (Bulletin des Editions techniques).
E.D.C.E.	Etudes et documents du Conseil d'Etat.
G.A.J.A.	Grands arrêts de la jurisprudence administrative.
G.D.C.C.	Grandes décisions du Conseil constitutionnel.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
I.R.	Informations rapides (Recueil Dalloz).
J.C.P.	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique).
J.-Cl.	Juris-classeur
L.P.A.	Les Petites Affiches.
Mél.	Mélanges.
Obs.	Observations.
R.A.	Revue administrative.
Rec.	Recueil Lebon des décisions du Conseil d'Etat
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique.
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif.
R.G.A.	Revue générale d'administration.
R.G.A.T.	Revue générale des assurances terrestres
R.P.D.A.	Revue pratique de droit administratif.
R.T.D.C.	Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen.
R.T.D.S.S.	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social.
Sect.	Section du Contentieux du Conseil d'Etat.
S.	Recueil Sirey.
t.	Tome.
T.C.	Tribunal des Conflits.
Th.	Thèse

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE.....	
LES FONCTIONS DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF	25
TITRE 1	
LES FONCTIONS POLITIQUES DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF.....	29
<i>Chapitre 1.....</i>	
<i>LA FONCTION DE LEGITIMATION DE L'ACTIVITE PUBLIQUE.....</i>	<i>31</i>
<i>Chapitre 2.....</i>	
<i>LA FONCTION D'ASSURANCE SOUSCRITE CONTRE LE RISQUE SOCIAL.....</i>	<i>81</i>
TITRE 2	
LES FONCTIONS JURIDIQUES DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF.....	149
<i>Chapitre 1.....</i>	
<i>LA FONCTION SANCTIONNATRICE-PREVENTIVE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT</i>	
<i>ADMINISTRATIF.....</i>	<i>151</i>
<i>Chapitre 2.....</i>	
<i>LA FONCTION INDEMNISATRICE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF.....</i>	<i>209</i>
DEUXIEME PARTIE :	
LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF	269
TITRE 1	
LA NECESSAIRE VIOLATION DU DROIT DU CONTRAT SOCIAL.....	271
<i>Chapitre 1.....</i>	
<i>LA NECESSAIRE LESION DU DROIT SUBJECTIF</i>	<i>274</i>
<i>Chapitre 2.....</i>	
<i>LA NECESSAIRE VIOLATION DE LA NORME OBJECTIVE.....</i>	<i>323</i>
TITRE 2	
LE PREJUDICE REPARABLE LIMITE PAR LES CONTRAINTES DU CONTRAT SOCIAL.....	405
<i>Chapitre 1.....</i>	
<i>LES LIMITES IMPOSEES PAR LES SERVITUDES SOCIALES.....</i>	<i>407</i>
<i>Chapitre 2.....</i>	
<i>L'IMPUTABILITE LIMITEE PAR LA NOTION MEME DE RESPONSABILITE</i>	<i>481</i>
CONCLUSION GENERALE	551
BIBLIOGRAPHIE	557
INDEX ALPHABETIQUE	577
TABLE DES MATIERES	584

INTRODUCTION GENERALE

Dès que l'on aborde le thème de la responsabilité en droit administratif, une multitude de questionnements relatifs aux contours de ce sujet d'étude se présente. Les auteurs confrontés à ce problème ont choisi généralement pour le résoudre d'employer l'expression commode de « responsabilité administrative »¹. Énonçons dès maintenant qu'il s'agit là de l'obligation pour l'administration de réparer dans certaines conditions les conséquences préjudiciables de ses choix.

Cette précision est importante parce que l'expression isolée « responsabilité administrative » n'indique pas à elle seule les personnes dont on recherche la responsabilité, à savoir les administrateurs ou les collectivités. De même, la locution « responsabilité de l'administration », utilisée parfois², ne renseigne pas sur la nature de la responsabilité dont on parle. Or, la responsabilité de l'administration peut être aussi pénale³, voire seulement morale. Mais, ce dont nous voulons traiter c'est de la responsabilité pécuniaire de l'administration et non de celle disciplinaire des administrateurs.

La responsabilité de la puissance publique est-elle une responsabilité « civile » ? C'est une « responsabilité administrative » dit la doctrine, une responsabilité publique de nature civile en réalité. Ce paradoxe apparent est dû au fait que cette obligation de réparer se traduit bien par l'allocation de dommages et intérêts. Mais, puisque les litiges n'opposent pas des citoyens entre eux, la doctrine et la jurisprudence ont généralement passé sous silence cette nature civile de la responsabilité administrative, évidemment dans le but de se prémunir des influences du droit privé⁴. En effet, l'usage de l'expression « responsabilité civile de l'administration » renverrait plutôt par confusion à la responsabilité de la puissance publique

¹ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, th. L.G.D.J. 1994 ; J.-P. DUBOIS, *La responsabilité administrative*, coll. Repères, éd. La découverte 1996 ; C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, coll. Systèmes, L.G.D.J. 1996 ; J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, 2^{ème} éd. coll. Que-sais-je ?, PUF 1995 ; M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, collec. Cours, Dalloz 1996. Pour connaître le point de vue d'un membre du Conseil d'Etat : voir M. ROUGEVIN-BAVILLE, *La responsabilité administrative*, coll. Les fondamentaux, Hachette Supérieur 1992.

² Par ex. G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit, Dalloz 1996.

³ Depuis le nouveau code pénal, la responsabilité de l'administration peut aussi être une responsabilité pénale. Voir P. MARTIN, *Responsabilité pénale des personnes morales de droit public*, J.-Cl. Ad., fasc. 803.

⁴ Voir néanmoins C.E., 7 déc. 1962, *Association Les forces motrices autonomes*, Rec. p. 664 : la responsabilité de l'administration se rapporte bien à la compétence législative en vertu de l'article 34 de la Constitution de 1958.

devant le juge judiciaire. Si des auteurs pédagogues lui reconnaissent expressément cette nature, c'est donc pour faciliter la compréhension des étudiants⁵.

Pourtant, avec sa grande autorité, le Conseil Constitutionnel a considéré que la responsabilité de l'Etat en matière fiscale est bien sous l'empire de la Constitution de la V^{ème} République une matière qui relève de la loi en ce qu'elle touche « aux principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales dont la détermination relève de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution »⁶. La Cour européenne des droits de l'homme partage cette opinion puisqu'elle applique l'article 6§1 de la Convention⁷, nonobstant l'origine du différend et la compétence juridictionnelle, à l'action d'une société tendant à obtenir réparation, devant les juridictions nationales, du dommage que l'Etat lui aurait causé en lui refusant le bénéfice d'avantages fiscaux⁸.

Affirmer que la responsabilité de la puissance publique est « civile », c'est faire « descendre » cette dernière dans la société, parmi les citoyens, c'est la regarder transiger, négocier, proposer des accords. C'est peut-être renier l'esprit de la décision *Blanco* dans laquelle l'autonomie du droit administratif était proclamée. Mais après tout, la doctrine elle-même reconnaît aujourd'hui que cette jurisprudence est renversée en matière de responsabilité⁹. Comment concilier l'idée que le procès administratif oppose des parties inégales avec l'idée que la responsabilité est « civile », qu'elle remplit une fonction de régulation des rapports entre les acteurs de la cité ? Il faudra bien se demander si, en tant que personnes morales, les collectivités publiques peuvent être soumises à des rapports du type de ceux qui participent de la vie citoyenne. La question est ancienne¹⁰, mais nous pouvons espérer y apporter une réponse renouvelée si nous exploitons les développements modernes de notre droit qui a subi de sensibles transformations depuis les dernières études consacrées à

⁵ R. CHAPUS lui reconnaît cette nature par opposition à la responsabilité pénale ou disciplinaire, *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n° 1408. De même J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, 2^{ème} éd., coll. Que sais-je ?, P.U.F. 1995, p. 109.

⁶ D.C. 80-116 du 24 oct. 1980, *Code général des impôts*, Rec. des décisions du CC, p. 68, R.D.P. 1981, p. 639 et 626.

⁷ « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

⁸ C.E.D.H., 28 mars 1992 n°58/1990/249/380, *Editions Périscope c/ France*, R.J.F. 8 sept. 1992, n° 1279.

⁹ Par ex. J. MOREAU, op. cit., p. 13: "Ici l'évolution a apporté un démenti à l'arrêt Blanco: la responsabilité administrative est devenue générale". De même, J.-P. DUBOIS, op. cit., p. 18.

¹⁰ Voir l'étude de L. MICHOU, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, R.D.P. 1895, t. IV, p.1.

la responsabilité et à la théorie de la personnalité morale en droit public¹¹. On l'aura compris, la théorie générale de l'Etat et la nature des rapports qui le lient aux individus, feront partie de notre sujet d'étude. La réponse à nos questions sera essentielle à la compréhension des litiges qui opposent les droits subjectifs à l'intérêt général.

Désirant combler un vide relatif, nous ne serons pas à l'abri de certains écueils. Afin de nous en prémunir, il nous faut tout d'abord préciser ce que nous entendons *a priori* par notre thème d'étude et en définir les termes : la théorie générale et la responsabilité en droit administratif. Et nous tenterons de montrer en quoi cette recherche pourrait être bénéfique en ce qu'elle déboucherait sur une théorie générale (I). Ensuite nous prendrons soin d'indiquer les questionnements que nous écarterons de notre approche au stade du choix d'une problématique répondant exactement au sujet de l'étude (II).

I Définition du sujet de l'étude : responsabilité et théorie générale

La responsabilité civile a fait l'objet de nombreuses études en droit privé¹² et en droit public¹³. Quelques éminents auteurs ont proposé des synthèses pour les deux branches du droit, édifiant des théories juridiques déjà cinquantennaires¹⁴. Or, les écrits « comparatistes » sont enclins à présenter une vision très abstraite ou très technique de la responsabilité selon que les auteurs recherchent des principes généraux ou des similitudes dans les jurisprudences, selon qu'ils réfléchissent plutôt aux fonctions fondamentales ou aux concepts utilisés. Etant donné l'accélération du phénomène de responsabilisation par le droit, on peut s'interroger sur l'éventuel dépassement de ces constructions, ou à tout le moins, sur leur capacité à englober

¹¹ Cependant voir une thèse récente: F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, L.G.D.J. 1997.

¹² On ne peut citer ici que les plus classiques : H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. 1, 1978 et vol. 2, 1983 ; G. VINEY, *Traité de droit civil* sous la direction de J. GHESTIN : *Introduction à la responsabilité*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 1995 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 1998 ; G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J. 1988 ; A. TUNC, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Economica 1990.

¹³ Pour un ouvrage complet sur la question voir la thèse de M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994 ; Pour faire le point sur le droit positif et ses évolutions, on pourra consulter : G. DARCY, op. cit. ; J.-P. DUBOIS, op. cit. ; C. GUETTIER, op. cit. ; J. MOREAU, op. cit. ; M. PAILLET, op. cit. ; Pour connaître le point de vue d'un membre du Conseil d'Etat, voir M. ROUGEVIN-BAVILLE, op. cit.

¹⁴ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Rodstein 1947 ; G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en*

toutes les nouvelles applications du droit de la responsabilité. La violation du droit international et européen, le risque de contaminations en chaîne, le droit de regard de la Société sur les personnes à protéger ou surveiller, la maîtrise des sciences médicale et génétique sont bien des sources nouvelles de contentieux. La multiplication des cas de responsabilité ne facilite pas la synthèse. Facteur d'éclatement, elle pourrait éloigner le droit public et le droit privé, mais peut-être aussi les rapprocher sur des questions transversales. Le droit de la responsabilité administrative risque-t-il de perdre lui aussi de sa cohérence conceptuelle ? Un effort de réflexion sur la théorie générale de la responsabilité en droit administratif s'impose.

Peu nombreuses ont été les études proprement théoriques sur la responsabilité pécuniaire de la puissance publique. Hormis quelques écrits du début du siècle¹⁵, la valeur des responsabilités publiques n'a suscité l'intérêt que sur des aspects particuliers. Nous pouvons déplorer avec certains historiens du droit ce fait « qu'aujourd'hui la pensée juridique en la matière finit par ne plus se mouvoir que dans le cadre des conditions techniques du jeu de la responsabilité, écartant le plus souvent la discussion essentielle sur sa justification »¹⁶. Plus étonnant encore, la doctrine contemporaine est restée muette sur le sens même de la responsabilité administrative¹⁷.

La première difficulté rencontrée dans l'élaboration d'une théorie générale de la responsabilité publique résulte de la polysémie du terme même de responsabilité, à laquelle s'ajoute l'existence de régimes d'indemnisation publique qui s'en rapprochent plus ou moins. Notre étude doit porter principalement sur la responsabilité. En tant que synthèse, elle doit faire la part entre ce qui est « responsabilité » et ce qui s'en éloigne. Il existe de nombreuses obligations de réparer un dommage mais il n'existe qu'une définition stricte de la responsabilité communément admise. C'est l'obligation de répondre du dommage que l'on a causé¹⁸. On ne peut cependant pas ignorer l'acception plus large dans laquelle le responsable

droit privé et en droit public, Paris, Matot-Braine 1951 ; R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, L.G.D.J. 1957.

¹⁵ P. TIRARD, *De la responsabilité de la puissance publique. Essai d'une théorie générale*, th. Paris, 1906.

¹⁶ M. BOULET-SAUTEL et alii, in *La responsabilité à travers les âges*, Economica 1989, p. 90.

¹⁷ Constat partagé par plusieurs auteurs : A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, 6^{ème} éd, L.G.D.J. 1973, p. 612-613 ; F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz 1968, p. 685-686 ; et F. LLORENS-FRAYSSE, *Le poids de la faute dans la responsabilité administrative*, Droits n°5, 1987, p. 69.

¹⁸ « Etre responsable se réduit à être la cause d'un dommage pour autrui ». A. ETCHEGOYEN, *Le temps des responsables*, Julliard 1993, p. 50. Voir aussi, *La responsabilité. La condition de notre humanité.*, éd. Autrement, Série Morales n°14.

est simplement celui qui répond¹⁹, quelle qu'en soit la justification, éventuellement indépendante de la causalité. Cette dernière hypothèse résulte le plus souvent d'une obligation légale, mais elle peut s'inscrire aussi dans le cadre d'une promesse faite par avance.

Une nouvelle question se profile ainsi à l'horizon de notre recherche : à quoi sert de recourir à la notion de responsabilité pour condamner une administration alors qu'il existe toujours le moyen de répartir les coûts des dommages sur la population ou sur une collectivité d'assurés ? La responsabilité administrative se distingue-t-elle nettement des mécanismes d'assurance et de garantie ? Quel est le rôle joué par l'assurance dans le droit public ? Nous ne pouvons exclure de notre étude les régimes de garantie que s'ils sont réellement différents des régimes de responsabilité, mais encore faut-il pour cela préciser les frontières. Or, la démarcation n'est pas aisée puisque certains fondements des régimes législatifs de garantie sociale recoupent ceux de la responsabilité administrative. Par exemple, le risque oblige parfois légalement celui qui n'est pourtant pas responsable au sens étroit, mais aussi sûrement celui qui l'a créé ou en a profité.

Certes, des études approfondies ont montré l'incohérente variété des régimes législatifs d'indemnisation, et cet aspect du droit de la réparation a fait l'objet de récents ouvrages²⁰. Les spécialistes du droit de la réparation s'accordent aujourd'hui sur ce constat que les obligations de réparer d'origine légale sont motivées avant tout par des exigences de solidarité. Ces obligations légales s'éloigneraient des principes originels de responsabilité pour former une sorte de garantie²¹. A l'inverse, les véritables obligations de responsabilité apparaîtraient comme « naturelles », car elles existeraient en l'absence de texte. Cela se vérifie évidemment en droit administratif puisque le juge a forgé lui-même les grands principes de l'indemnisation, mais aussi en droit privé dans la mesure où l'article 1382 du Code civil n'est que la formulation de propos redécouverts par ses inventeurs²². Dès lors, on peut affirmer que la responsabilité est une pratique avant d'être une règle positive²³. Un de

¹⁹ Apparu seulement au XVIIIème siècle en France, le terme provient du latin « sponsio » qui signifie répondre au sens de caution promise solennellement. Voir G. VINEY, *La responsabilité*, A.P.D. t. 35, Vocabulaire fondamental du droit, Sirey 1990, p. 275.

²⁰ C. BRECHON-MOULENES, *Les régimes législatifs de responsabilité*, th., L.G.D.J. 1974 ; M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, th., L.G.D.J. 1994. Ces deux auteurs distinguent bien les deux logiques de l'indemnisation et de la responsabilité.

²¹ Ainsi par exemple la loi du 9 sept. 1986 pour les dommages nés d'attentats terroristes, celle du 7 janv. 1983 pour les dommages découlant des attroupements et manifestations « à raison du risque social », et récemment la loi du 31 déc. 1991 sur l'indemnisation des victimes de contamination post-transfusionnelle. Voir *infra* la responsabilité-assurance, p. 226 et s.

²² Cf. F. EWALD, *La faute civile, droit et philosophie*, Droits, 1987, p. 46.

²³ La jurisprudence de l'Ancien Régime rendait déjà des solutions semblables à celles que l'on a cru inventer sur la base du code civil. Voir G. BOYER, *La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des parlements*, Mél. Boyer, 1962, t.1, p.229.

nos soucis doit être de vérifier la pertinence de ces affirmations. Il faut apprécier en quoi les obligations de réparer les plus modernes seraient séparables quant à leurs fondements et leurs fonctions des cas de responsabilité plus traditionnels. La question est d'importance en droit public puisque la responsabilité sans faute y dispute une place de plus en plus conséquente aux régimes qui pourraient être législatifs. Il n'est d'ailleurs guère contesté que le juge ait fait office de législateur dans la mise en place d'une responsabilité pour aléa thérapeutique²⁴, ou même dans celle d'une responsabilité générale du fait des mineurs sous contrôle²⁵.

Les régimes d'indemnisation s'opposent-ils aux régimes de réparation dès lors qu'ils remplissent les mêmes fonctions ? Au sens large, ils relèvent bien de la responsabilité de la puissance publique en tant qu'obligation juridique de mettre en œuvre la solidarité. Cependant les régimes d'indemnisation sont des *extras*. On ne les retrouve pas dans toutes les sociétés évoluées, tandis que les cas de responsabilité au sens étroit constituent des questions de droit qui se posent dans tout pays et à toute époque en ce qu'ils répondent au « sentiment de responsabilité », apaisé ou non selon les systèmes juridiques, mais existant toujours. C'est sans doute dans ce souci de répondre au sentiment de responsabilité et non pas à celui de « victimisation » que se trouve la différence, et ceci justifie une étude approfondie des fonctions de la responsabilité du côté de la sanction et de la prévention. D'ailleurs, il faut noter que si la responsabilité administrative a été perçue en France comme un palliatif consécutif à une activité non entravée de la puissance publique, il n'en va pas ainsi à l'échelle européenne qui consacre la responsabilité comme une véritable voie de droit permettant de rétablir le droit du citoyen contre la puissance administrative²⁶. C'est alors dans son rapport avec la liberté que la responsabilité se distingue de la pure garantie. Et force est de constater que le développement de la responsabilité va souvent de pair avec le développement des droits fondamentaux dont on se plaît à penser pour la majorité qu'ils sont aussi naturels que la responsabilité peut l'être. L'influence du droit international et des droits de l'homme apparaît donc comme un facteur accélérateur du développement de la responsabilité, peut-être même peut-il servir de modèle à certaines réflexions.

²⁴ En ce sens : E. FATOME, *Audaces et prudences en matière de responsabilité de la puissance publique*, A.J.D.A. 1999, p. 94 ; D. PHILIPP, *De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques*, R.D.P. 1999, p. 593. Voir aussi les diverses observations sous C.E., A., 9 avr. 1993, *Bianchi*, A.J.D.A. 1993 p.383, chron. Maugüé et Touvet; R.D.P. 1993, p.1099, note Paillet; D. 1994,S.C., p. 65, obs. Bon et Terneyre ; J.C.P. 1993,II,22061, note Moreau ; L.P.A. 19 mai 1993, note Thiriez ; R.A. 1993, p. 561, note Fraisse.

²⁵ C.E., Sect., 5 déc. 1997, *Pelle*, R.F.D.A. 1998, p. 569, concl. Bonichot, p. 574 obs. Dietsch, p. 575 note Guettier.

²⁶ Voir H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999, p. 425.

La responsabilité aurait donc quelque chose de plus, de supérieur par rapport à l'indemnisation quasi-automatique, en ce qu'elle permet la liberté aussi certainement que la liberté implique la responsabilité pour ne pas empiéter sur celle des autres. Mais cela ne suffit pas à exclure du champ de notre étude la logique indemnitaire. Il n'est qu'à remarquer le très grand retard d'un pays comme l'Angleterre en matière de responsabilité de la puissance publique²⁷, pourtant grand pays de liberté, pour douter du caractère systématique ou à tout le moins exclusif du lien entre responsabilité de la puissance publique et protection des droits individuels. En effet, la garantie sociale n'est-elle pas toujours présente derrière les règles de responsabilité administrative et inversement ? Bien sûr nous aurons à préciser ce qu'est la responsabilité en droit administratif, mais nous pouvons livrer déjà quelques éléments de définitions.

La responsabilité administrative se distingue de la responsabilité politique²⁸, disciplinaire²⁹, et de la responsabilité pénale³⁰. Ces dernières obéissent à des procédures particulières et n'ont pas pour fonction la réparation des dommages³¹. Elles sont plus orientées vers la recherche d'une sanction. Si la différence apparaît évidente, nous remarquons cependant que la responsabilité correspond à un sentiment³² si vif dans nos sociétés qu'elle ne s'arrête souvent pas aux seules actions à caractère civil. Qu'il soit subi par un budget, par un peuple abusé, par l'ordre social, par un individu ou une collectivité, le préjudice ne crée-t-il pas toujours le besoin d'une sanction ? Le besoin de sanction joue-t-il un rôle dans la responsabilité administrative ? Est-ce sans conclusion qu'il faut constater la mise en cause de plus en plus fréquente des décideurs publics devant les juridictions répressives ? Si elle n'est pas une responsabilité pénale³³, la responsabilité de nature civile entretient avec

²⁷ Voir F. FINES, *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté Economique Européenne. De la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Paris, Bibliothèque de droit international public, L.G.D.J. 1990 ; Ph. MEILLIER, *La responsabilité extra-contractuelle de l'administration en France et en Angleterre*, th., Lille 1997.

²⁸ Voir Ph. SEGUR, *Qu'est-ce que la responsabilité politique?*, R.D.P. 1999, p. 1599. Voir aussi P. AVRIL, *Pouvoir et responsabilité*, Mél. G. Burdeau, L.G.D.J. 1977, p. 9.

²⁹ L'agent administratif encoure aussi une responsabilité civile de nature administrative lorsque à raison d'une faute personnelle l'administration lui réclame sa contribution à la dette. C'est alors le droit administratif qui s'applique : T.C., 26 mai 1954, *Moritz*, Rec. p.708.

³⁰ Voir P. MARTIN, *Responsabilité pénale des personnes morales de droit public*, J.-Cl. Ad., fasc. 803.

³¹ Pour ce qui est de la responsabilité financière, celle qui pèse sur les manipulateurs d'argent, les comptables et les ordonnateurs, elle ne constitue qu'une forme de responsabilité administrative mais beaucoup trop particulière pour être rapprochée de l'étude générale de la responsabilité administrative. En effet, elle comporte des aspects de réparation et des aspects de sanction.

³² Cf. H. JONAS, *Le principe responsabilité*, 3ème éd. Cerf 1995, p. 179 et s. Voir *Le sentiment de responsabilité*, Centre d'Etude de la responsabilité, publications de l'Université de Tours, 1984.

³³ Voir G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t.1 Les sources, n°405s.

les autres types de responsabilité d'étroites relations. Leur objet est différent mais l'étude des fonctions de la responsabilité civile administrative pourrait permettre de vérifier s'il n'y a pas une certaine identité de nature. Il demeure que s'agissant de dommages causés par des actes de l'administration, la responsabilité pénale n'a qu'un rôle résiduel, bien qu'elle se développe très sensiblement en France³⁴.

Pour se prononcer sur l'existence d'une théorie générale, on doit au préalable préciser ce qu'il faut entendre par-là. La description des règles régissant la responsabilité de la puissance publique ne constitue pas une théorie. Quant à la recherche des fondements de chaque cas de responsabilité, elle constitue une explication juridique des phénomènes, il s'agit alors de théorie juridique qui peut être une théorie juridique générale sous certaines conditions³⁵, mais pas de pure théorie générale. La théorie générale doit expliquer l'existence même du phénomène et non pas seulement expliciter ses traductions en normes positives. C'est en tout cas l'opinion d'un auteur qui s'est longuement interrogé sur le sens même des théories générales dans une thèse consacrée à la théorie générale du contrat³⁶. Selon lui, une théorie générale apparaît comme « une recherche d'essence sous l'accident, d'unité sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas »³⁷.

Il n'existe plus guère de théorie générale de la responsabilité dans la doctrine publiciste. Il n'est pas nécessaire de s'interroger longuement sur les raisons de ce que l'on peut en définitive appeler un renoncement. Elles sont au nombre de deux.

En premier lieu, l'évolution de la matière l'a rendue obscure. La multiplication des cas jurisprudentiels de responsabilité, tantôt relayée, tantôt provoquée par l'accroissement du

³⁴ Voir J. HERMANN, *Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration*, D. 1998, p. 195 ; J. MOREAU, *La responsabilité pénale des établissements publics de santé et le Nouveau Code pénal*, A.J.D.A. 1995, p. 621 ; J. MOREAU, *La responsabilité pénale des personnes morales de droit public en droit français*, L.P.A. 11 déc. 1996, n°149 ; F. THIRIEZ, *L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif*, A.J.D.A. 1999, p. 105 ; J. VIRET, *La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit pénal contemporain*, A.J.D.A. 1995, p. 763.

³⁵ Selon G. SALON, cela implique que les concepts employés pour présenter, de façon organisée, un domaine particulier soient susceptibles de trouver application à l'ensemble des éléments de la réalité dont on prétend tenir compte, in *Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs*, Rev. Hist. Fac. Dr. Sc. Jur. 1991, n°12, p. 71 et s., spec. p. 80.

³⁶ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat*, th. dactyl. 1993.

³⁷ Ibid. p. 11. L'auteur s'appuie sur une idée partagée par la doctrine et exprimée ainsi par D. MARTIN dans une préface à la thèse de J. DUCLOS : Le propos d'une théorie générale répond à l'idée d'une construction intellectuelle, méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée. Pour H. KELSEN, c'est une "unité scientifique" si elle réussit à développer et résoudre tous les problèmes réunis à l'aide d'un seul et même principe fondamental : *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, R.D.P. 1926, p. 562.

nombre des textes législatifs, a découragé les esprits épris de rationalité. Grande est la difficulté, et il peut paraître illusoire, vu la rapidité des évolutions, de discerner une théorie derrière les sources actuellement foisonnantes du droit positif. Par ailleurs, esquisser une construction totalement abstraite serait non seulement ardu mais en outre irréaliste. On ne peut faire abstraction des arrêts et des textes qui dominent toute la matière. Une théorie engendrée de la sorte ne trouverait pas à s'appliquer. En droit administratif, c'est le juge qui est le principal « jurislatureur », or celui-ci, guidé par le pragmatisme, tend à en faire une profession de foi en matière de responsabilité. Bref, on en vient à se demander si par nature le domaine même de la responsabilité n'exclut pas toute théorie générale.

En second lieu, les années de croissance ont dans nos sociétés fait perdre de vue les notions essentielles. L'appauvrissement intellectuel est né de la nécessité pour les juristes de répondre à des besoins pratiques et souvent urgents. L'utilité d'une réflexion théorique générale est *a priori* peu perceptible. Pourtant, s'il n'a rien à perdre à la réflexion théorique, le droit a au contraire tout à gagner en révélant clairement ses sources. On est parfois surpris de découvrir les origines étonnement limpides de fleuves aux eaux parfois troubles.

C'est que les avantages d'une réflexion très générale menée parallèlement à l'inflation normative aurait pu permettre un classement, un toilettage permanent de notre matière. Au lieu de cela, les auteurs contemporains sont réduits à exposer qu'à côté d'un droit commun de la responsabilité, coexistent de multiples systèmes. Dans ces conditions, comment espérer que le droit public de la responsabilité se renouvelle? Ne serait-il pas navrant de voir cesser les progrès des constructions qui ont permis en France une plus grande responsabilité civile des services publics que dans la plupart des pays où n'existe pas de droit public de la responsabilité ?

Parce que le droit est d'abord destiné aux justiciables, nous souhaiterions que cette recherche, bien que théorique, contribue à faire prendre conscience aux profanes citoyens des valeurs qui, communes à tous les domaines du droit, fondent notre société. Elle aiderait à réhabiliter le droit administratif si souvent décrié. Certes, il est des ouvrages qui seront plus utiles à qui veut se servir du droit, mais une théorie générale doit ouvrir de larges horizons à qui désire servir le droit. Nous nous assignons donc la peut-être trop ambitieuse tâche de reconstruire une théorie générale là où, bien souvent, la doctrine publiciste ne voit plus que des principes généraux issus de la jurisprudence et de la législation française. C'est pourquoi

notre réflexion sera confrontée bien sûr au droit positif³⁸ mais ne s'en nourrira pas exclusivement. Ce n'est pas sa vocation, qui pour être large et conceptuelle ne doit pas se focaliser uniquement sur les positions françaises mais doit s'efforcer plutôt de réfléchir au droit administratif dans son essence même³⁹. Cela doit guider le choix de notre problématique.

II Choix de la problématique : Responsabilité et droit administratif

Ironie de la petite histoire juridique, c'est à propos de la responsabilité que le juge administratif français a affirmé l'autonomie du droit administratif, et c'est cette branche du droit qui risque de lui échapper de plus en plus jusqu'à remettre en cause son existence même. On assiste en effet depuis la seconde moitié du XXème siècle à un phénomène de privatisation du contentieux de la responsabilité publique par un souci d'harmonisation des solutions privées et publiques⁴⁰, et surtout par la pénalisation croissante du contentieux de l'accident administratif⁴¹. Si le droit administratif de la responsabilité n'est plus perçu comme autonome, comment croire que les autres contentieux le seront ? Lorsque le Conseil Constitutionnel a consacré l'existence de la juridiction administrative, il ne lui a réservé de compétence qu'en vertu de l'observation d'une tradition juridique française⁴². En somme, il a découvert un principe fondamental de faible importance qui bat en brèche devant d'autres principes. Le principe selon lequel le juge judiciaire est gardien de la liberté individuelle ainsi que le principe de bonne administration de la justice priment sur le principe selon lequel le juge administratif connaît du contentieux de l'annulation des actes des personnes publiques pris en vertu de prérogatives de puissance publique⁴³.

³⁸ Cela s'entend des sources françaises et non françaises. L'apport du droit comparé peut être utile à certaines étapes de la réflexion mais il n'a pas plus de raison de la nourrir.

³⁹ Le droit administratif en tant que concept étant particulièrement abouti en France, il demeure acquis que notre réflexion prendra comme appui principal l'expérience française qui à tout point de vue pour le droit de la responsabilité nous paraît exemplaire, ainsi la comparaison de ce droit avec celui de systèmes étrangers sera parfois édifiante.

⁴⁰ Notamment dans le contentieux médical, voir *Droit de la responsabilité médicale, dernières évolutions, Actes d'une journée d'études organisée par les Editions du Juris-Classeur*, Responsabilité civile et assurances, hors-série n°7-8 bis, 1999.

⁴¹ Voir J. HERMANN, *Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration*, D. 1998, p. 195

⁴² G. VEDEL, *Doctrines et jurisprudences constitutionnelles*, R.D.P. 1989, p.11.

⁴³ D.C. 89-261, 28 juil. 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, Recueil des décisions du C.C., p.81 ; R.F.D.A. 1989, p. 621, note Genevois.

Dans ces conditions, l'enjeu de notre étude peut se révéler important. Le Conseil Constitutionnel a déjà plusieurs fois exclu le contentieux de la responsabilité de la réserve de compétence naturelle des juridictions administratives⁴⁴. Les lois attribuant compétence au juge judiciaire pour condamner les personnes publiques et bien souvent l'Etat sont toujours plus nombreuses. Aujourd'hui, rien ne pourrait interdire au législateur de supprimer tout contentieux de cette nature devant le juge administratif, pour l'attribuer en bloc aux tribunaux civils⁴⁵. Le rapprochement des solutions devant les deux ordres de juridictions est déjà des plus troublants. Un droit unique risquerait peut-être à terme de s'appliquer, par exemple sous la pression d'un droit européen réglementé sans distinction de la nature privée ou publique des responsables⁴⁶. Il faudrait toutefois que la Cour de cassation revienne sur une jurisprudence qui reconnaît la spécificité de certains litiges mettant en présence intérêt subjectif particulier et intérêt général⁴⁷. Si l'on pouvait mettre en valeur l'essence de cette responsabilité publique, on gagnerait l'assurance que le droit administratif de la responsabilité survivrait à la disparition hypothétique du dualisme de juridiction, et à tout le moins au transfert du plein contentieux.

La réponse à nos interrogations dépend de la conception que l'on se fait des rapports entre l'administration et les administrés, de la conception que l'on se fait de la puissance publique par conséquent. Or, il ne faut guère espérer cerner l'intégralité de cette conception dans les documents officiels de la République de façon explicite. C'est peut-être au mieux sous la pression procédurière que l'on obtiendra des explications satisfaisantes, c'est sans doute dans la bouche de celui qui entend les douleurs des administrés, le juge administratif auteur d'un droit de la responsabilité désormais caractéristique.

Sans le Conseil d'Etat français, le droit dérogatoire au droit commun n'aurait jamais existé ; les tribunaux civils auraient appliqué à l'Etat le droit privé. La qualité des solutions en aurait souffert en matière de responsabilité⁴⁸. Le législateur aurait fini par multiplier les règles

⁴⁴ DC 86-224 du 23 janv. 1987, *Conseil de la concurrence*, Recueil des décisions du C.C., p.8. Voir G.D.C.C. 10^{ème} éd., Dalloz 1999, p. 714 s.

⁴⁵ Cf. C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, coll. Systèmes, L.G.D.J. 1996, p.17 ; A. VAN LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, th. L.G.D.J. 1996.

⁴⁶ Voir H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999.

⁴⁷ Cass. Civ., 23 nov. 1956, *Trésor Public cf Giry*, D.1957, p. 34. Cette jurisprudence permettant d'indemniser des victimes qui n'auraient pas pu l'être en vertu du code civil a été maintes fois confirmée. Cf. G.A.J.A., 12^{ème} éd. Dalloz 1999, p. 537.

⁴⁸ Dans différents pays qui connaissent un juge administratif incompétent pour régler les problèmes de responsabilité, la responsabilité administrative est moins développée qu'en France. En Angleterre, la responsabilité de l'administration n'a jamais été très développée et a même marqué une tendance au recul depuis le mouvement libéral des années 1980. Cf. références précitées pour le droit anglais. Voir aussi le cas de l'Italie et de l'Espagne et même de l'Allemagne : G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national*

spéciales sans homogénéité aucune⁴⁹, car il est clair que le droit privé n'était pas à même de donner satisfaction aux victimes de l'administration dans certains cas⁵⁰. Si le juge judiciaire a fini par appliquer le droit administratif dans sa sphère de compétence, c'est parce qu'il a été contraint d'aligner sa jurisprudence sur les solutions les plus favorables pour les victimes⁵¹.

L'audace dont le juge administratif a fait parfois preuve aurait été rendue possible par la proximité qu'il entretient avec l'administration active dont il est aussi membre. L'administration française semblant par tradition allergique à la règle de droit⁵², n'accepte de se soumettre qu'à celle élaborée par une juridiction qui est en quelque sorte son supérieur hiérarchique⁵³, après avoir été son *alter ego*⁵⁴. La responsabilité administrative en France apparaît donc comme le fruit d'une véritable politique du pouvoir administratif. Voici réunis les arguments qui confortent certains publicistes à penser que dans le procès administratif existe un « troisième personnage ». De ce point de vue, l'importance du statut du juge administratif sur l'élaboration des règles n'est plus à démontrer. Les principes lentement dégagés furent d'un enjeu important pour lui, mais peut-on dire qu'il existe une fonction de la responsabilité à son égard ? Jusqu'à quel point le juge est-il acteur de la responsabilité administrative ? Si notre étude confirmera comme les précédentes que le droit français de la responsabilité administrative est lié en partie à la personnalité du juge, et si nous adhérons à

comparé, Bruylant, 1997. De même mais dans une moindre mesure s'agissant d'un pays où la responsabilité de la puissance publique est assez développée, le cas de la Belgique peut fournir une base de réflexion comparatiste très intéressante puisque le code civil d'origine française y est appliqué à la responsabilité de l'administration. Cf. M. DONY, *Le droit belge*, in op. cit. p. 289 et s.

⁴⁹ Voir l'exemple anglais, C. SMITS et A. VALLERY, *Le droit anglais, in La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruylant, 1997, p. 95 et s.

⁵⁰ Telle était l'opinion de M. HAURIOU dans une note sous trois arrêts *Espitalier, Bodson, Demoreuil*, S. 1927,3, p. 107. L'exemple de la Belgique où le code civil napoléonien est appliqué pour la responsabilité de l'administration accreditée partiellement l'idée puisque la création d'un Conseil d'Etat compétent en matière de responsabilité publique réalisée en 1946 a été motivée par certaines lacunes du droit civil en matière de responsabilité sans faute fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques. Voir M. DONY, *ibid.*

⁵¹ Ainsi le tribunal civil de Lyon dans l'affaire *Baud* juge « qu'il serait illogique et inique d'admettre que sous prétexte que les tribunaux judiciaires sont compétents pour apprécier le préjudice pouvant résulter des services de police judiciaire, l'Etat redevienne irresponsable ». Trib. Civ. Lyon, 20 nov. 1961, cité par A. VAN LANG, op. cit. p.96. Les premières applications de la jurisprudence *Giry* ont pu laisser penser que les magistrats civils appliquaient le droit public sans se rallier à l'idée qu'il s'agit du droit le plus naturel applicable à l'administration compte tenu de la spécificité des problèmes soulevés. En cela ils ne reniaient pas leur habituelle résistance à l'application fidèle du droit public quand l'intérêt des parties privées ne le justifiait pas : voir Cour appel de Nîmes 4 déc. 1944, *Etat français c/Brun*, D.1946,jur.,p.28 note Waline. Mais depuis les années 1980 on perçoit une réelle adhésion de la Cour de cassation aux « principes du droit public », voir A. VAN LANG, op. cit. p.69 et s.

⁵² L. COHEN-TANUGUY, *L'avenir de la justice administrative*, Pouvoirs n°46 p.13. Voir aussi rapport de la commission sénatoriale d'enquête sur la justice administrative, 1992 n°400.

⁵³ Cf. *infra* p. 18

⁵⁴ En réalité, il semble bien que l'administration rechigne plus à exécuter les jugements judiciaires qu'administratifs. Voir G. VEDEL, *La loi des 16-24 août 1790 : texte ? Prétexte ? Contexte ?*, R.F.D.A. 1990,

l'idée que celui-ci dispose d'un véritable pouvoir normatif mis en lumière par le contentieux de la responsabilité, nous ne choisirons pourtant pas comme problématique d'expliquer le droit administratif de la responsabilité par le statut du juge administratif français. En effet, d'une part, bien que très intéressant, ce point de vue risquerait de nous éloigner de notre approche conceptuelle. D'autre part, l'étude de l'historique de la responsabilité administrative permet de relativiser l'idée que ce phénomène serait particulier au problème de la responsabilité.

La doctrine a présenté la décision *Blanco* de 1873 comme un arrêt de combat. L'œuvre fondatrice de la responsabilité administrative aurait été enfantée dans la turbulence. Il est vrai que par cette célèbre décision, le ministre de la Justice, à qui appartient le dernier mot en cas de partage des voix au sein du Tribunal de conflits, a tranché au profit du juge administratif l'opposition marquée entre les deux ordres de juridiction. Il devenait urgent de soustraire avec autorité l'administration au code civil, car depuis 1850 le premier tribunal des conflits n'était jamais parvenu à imposer sur ce terrain la solution dérogatoire⁵⁵, bien qu'il eût à juste titre renoncé à justifier la solution par la pernicieuse théorie de l'Etat débiteur⁵⁶.

Pourtant, l'importance de l'arrêt *Blanco* a été quelque peu exagérée⁵⁷. Depuis longtemps, le Conseil d'Etat comme juge des conflits imposait cette solution⁵⁸. En 1855, il inaugurerait même la formule de principe reprise dix huit ans plus tard. Les arrêts *Rotschild* et *Gloxin* sont plus audacieux que l'arrêt *Blanco* car c'est l'ensemble du contentieux administratif qu'ils présentent explicitement comme autonome⁵⁹.

L'arrêt qui nous semble par ailleurs le mieux vider la querelle entre les juges suprêmes est un autre du même jour. Dans l'affaire *Dugave et Bransiet*, l'application de l'article 1384 du code civil est spécialement rejetée pour la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat du fait

p.698. Voir circulaire du 9 fév. 1995, relative au respect des décisions du juge judiciaire, prise suite au rapport alarmant du Médiateur de la République.

⁵⁵ C'est sur le terrain de la responsabilité que les conflits de compétence furent les plus âpres. Dans ce contentieux, il développa la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, prétendant connaître de la responsabilité des agents et du contentieux contractuel en général. Certains textes confortaient la position judiciaire en ce qu'ils lui donnaient compétence en la matière. Ex : loi du 15 juil. 1845 sur la responsabilité de l'Etat exploitant des chemins de fer. Cf. F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, collec. Thémis, PUF 1995, p.132s et 233s.

⁵⁶ Abandon par T.C., 20 mai 1850, *Manoury*, D.P. 1850,3,65.

⁵⁷ Selon F. BURDEAU, l'arrêt est loin de constituer une révolution, *ibid.* p.220.

⁵⁸ C.E., 8 août 1844, *Dupart c/Perrin*, S.1845,3,58.

⁵⁹ C.E., 6 déc. 1855, Rec. 707, D. 1859,3, p. 34 et S. 1856,2, p. 508. On peut y relever que le droit privé ne peut suffire à régler les rapports entre l'administration et les administrés, et qu'il en va notamment ainsi en ce qui touche la responsabilité de l'Etat. Cf. R. CHAPUS, *Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique*, R.F.D.A. 1990, p.739.

de ses agents⁶⁰. Or, c'est bien en tant que commettant que les collectivités publiques ont toujours paru aux yeux des magistrats judiciaires assimilables aux employeurs privés. Cette décision répond directement aux prétentions des tribunaux civils en déclarant que le choix des agents publics ne peut être assimilé complètement aux contrats liant les domestiques à leurs maîtres⁶¹. Ce qui est remarquable est que cet arrêt répond en forme de pétition de principe que la solution est fondée par les lois de 1790, de l'an III et de 1872 « qui ont établi la séparation des pouvoirs »⁶². En somme, les juristes ont assuré la postérité à celui des arrêts qui explique de quelle façon les règles de la responsabilité civile doivent varier, et non à celui qui avait la plus grande portée quant au principe d'autonomie énoncé.

Faire échapper l'administration au juge judiciaire impliquait l'obligation de créer un droit spécifique⁶³. Un commentateur autorisé du droit administratif de l'époque, Léon MICHOU, a décelé dans l'affaire *Blanco* une volonté de faire échapper les litiges administratifs au droit commun⁶⁴, volonté ayant obligé à créer une justification *a posteriori* par un droit dérogatoire⁶⁵. Faut-il alors penser que l'ordre administratif repose à ce point sur un luxe juridique, un droit superflu tiré de nulle part ? Pour DUGUIT, les membres du Tribunal des conflits sentaient bien que la responsabilité de l'Etat ne peut pas toujours être une responsabilité pour faute telle que la concevait le juge judiciaire à l'époque⁶⁶. Ainsi les termes du considérant célèbre, prévoyant que les règles de responsabilité des services publics sont susceptibles de varier selon la nécessité de concilier les droits des particuliers et l'intérêt général⁶⁷, apparaissent aussi comme une véritable promesse permise par l'affranchissement des règles écrites. Et dès le XIX^{ème} siècle la responsabilité sans faute de l'administration

⁶⁰ « que l'article 1384 c.civ. a pour objet de régler la responsabilité dont les particuliers peuvent être tenus à l'occasion des personnes qui sont placées sous leur autorité ou leur surveillance; que ses dispositions sont de droit privé et ne déterminent ni les rapports de l'Etat avec les fonctionnaires publics, les agents et les employés administratifs, ni les conséquences juridiques que ces rapports peuvent produire entre les tiers et l'Etat ». T.C. 8 fév. 1873, S.1874,3, p. 19.

⁶¹ Selon le Tribunal civil de Lyon, « toutes les difficultés et tous les litiges entre les particuliers et l'Etat, naissant de l'application de la responsabilité civile, sont de la compétence des tribunaux civils, à moins qu'un texte formel n'en ait attribué la connaissance à d'autres juges ». Trib. Civ. Lyon, 19 juin 1872.

⁶² Le juge des conflits confond totalement séparation des pouvoirs et principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, alors que la seconde ne fait que s'inspirer de la première. Cf. D.C. 23 janv. 1987 précité.

⁶³ F. BURDEAU, op. cit. p.149.

⁶⁴ Le Garde des sceaux ne se serait pas embarrassé de principe ; après avoir donné la solution de compétence, il laissa le soin aux juges d'adopter la motivation de leur choix.

⁶⁵ *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, R.D.P. 1895, IV, p.1.

⁶⁶ *Les transformations du droit public*, 1913, p. 172.

⁶⁷ « Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

germe dans les esprits. La pratique extensivement dévoyée de la loi du 28 pluviôse an VIII par le juge, les audacieuses décisions consacrant la protection des administrés contre certains risques, témoignent du bien fondé de la solution *Blanco*.

Ainsi donc, à l'éternelle question de savoir qui du droit administratif ou de la juridiction administrative est apparu le premier, nous pressentons que la réponse est à double sens. La prescience que des règles spéciales, ou tout du moins de droit commun adapté, doivent s'appliquer à l'Etat, conduit à l'établissement d'une compétence exceptionnelle, qui justifie son existence par la création d'un droit administratif⁶⁸. Nous disons prescience pour insister sur le point que la solution était en germe depuis longtemps avant l'arrêt *Blanco*, et pas seulement au sein de l'administration. La Cour de cassation elle-même a annoncé le droit administratif avant son estampillage par le Tribunal des conflits. Dans une affaire *ville de Nantes c/Dame Bien-Assis*, à propos de travaux d'exhaussement des pavés d'une rue à Nantes, ayant eu pour effet d'enfouir en partie une maison, on lit :

« que si elle (l'administration municipale) a le droit de faire exécuter ces travaux dommageables à la propriété privée, elle ne peut le faire qu'à charge d'indemnité, lorsque leur effet immédiat est de ruiner ou de déprécier notablement un immeuble, et que cette perte n'est, pour celui qui la subit, compensée par aucun avantage qui lui soit propre ; Que ces principes sont fondés sur l'obligation imposée par la loi, de répartir également les charges publiques ; d'où il résulte que tout sacrifice, exigé dans l'intérêt de tous, doit être supporté proportionnellement par tous »⁶⁹.

L'arrêt consacre tout de même l'idée que la seule application du code civil ne permettait pas d'enrayer l'administration dans son activité dommageable, et une telle motivation est exceptionnelle pour l'époque. La majorité des jugements judiciaires d'alors veut appliquer sans désarmer le droit commun aux affaires publiques⁷⁰. Il faut admettre que si certains visionnaires perçoivent l'inadaptation du code civil, ce n'est pas le cas de tous. Ainsi, dans leurs ouvrages respectifs, DUFOUR⁷¹, puis COTELLE⁷², constatent qu'il n'y a pas d'obstacle à l'application de l'article 1384 aux dommages causés par les travaux publics.

⁶⁸ Selon le professeur P. SANDEVOIR, les constituants révolutionnaires veulent une juridiction distincte pour l'application d'un droit dérogatoire : *Etudes sur le recours de pleine juridiction.*, th. L.G.D.J. 1964, p. 81. La méfiance à l'égard du juge judiciaire n'est donc pas si directe que cela, c'est le droit privé appliqué communément qui est source d'inquiétude.

⁶⁹ Cass. Civ., 18 janv. 1826, S.1826,1, p. 267.

⁷⁰ Voir H.-F. KOEHLIN, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'An VIII à 1873*, th. p. 110 et s.

⁷¹ *Traité de droit administratif*, 2^{ème} éd. t. VII, 1857, n°326, p. 256.

⁷² *Cours de droit administratif*, 3^{ème} éd., t. 2, 1859, n°78, p. 54.

Les administrateurs partagent majoritairement cet avis. Parmi eux, les préfets sont ainsi peu nombreux à élever les conflits de compétence jusqu'en 1855. « Ainsi, il a fallu plus d'un demi-siècle pour qu'apparaisse, aux yeux mêmes de l'administration, la providentielle inapplicabilité de l'article 1384 »⁷³.

On peut expliquer cette lente maturation par la peur du vide. Où trouver des règles spéciales pour une responsabilité de l'Etat n'existant pas en principe en dehors de certaines lois ? La fréquence grandissante des réparations introduisait pourtant l'idée « qu'il y avait lieu de réparer les inégalités des citoyens devant les charges publiques : sorte d'obligation naturelle à l'origine »⁷⁴. Il faut songer que la transition s'est faite en douceur si l'on suppose comme nous, qu'au début le droit administratif est conçu comme une adaptation du droit privé. Aussi lorsque la Cour de cassation en appelle au principe d'égalité devant les charges publiques, elle ajoute dans l'affaire *Bien-Assis*, que ces principes « sont également fondés sur la disposition des articles 544, 545 du code civil »⁷⁵. Observons aussi le raisonnement suivi par le premier Tribunal des conflits quelques années avant l'arrêt *Rotschild*. Dans un litige né de dégradations commises par des ouvriers d'un atelier national, la compétence judiciaire est rejetée en ces termes :

« que l'action en responsabilité intentée par Chalandre n'a, et n'a pu avoir, pour base que les faits allégués contre les ouvriers ou préposés des ateliers nationaux de la digue des Brotteaux dans l'exercice des fonctions auxquelles ils ont été employés puisque l'article 1384 c. civ. ne met que dans ce cas à la charge du commettant la responsabilité du dommage causé ; qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, les tribunaux civils sont incompétents »⁷⁶.

De cette espèce, il découle que le juge administratif pourra se référer au code civil, et à court terme à ses principes, pour déterminer que la collectivité est responsable, de par la loi de l'an VIII, lorsque ses agents ont agi dans leurs fonctions et non hors de celles-ci.

Si ce n'est pas par sa nouveauté que l'arrêt *Blanco* a pu mériter ses lettres de noblesse, c'est peut-être à raison du contexte qui l'entoure et de l'intérêt qu'il a présenté. Si on veut dire que *Blanco* et *Dugave* furent les symboles d'un combat, il faudrait préciser qu'ils marquèrent surtout une trêve⁷⁷. En effet, après cette date, hormis la précision apportée par la décision

⁷³ Cf. J. LUCHET, *L'arrêt Blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, Les presses modernes, Paris, 1935, p. 231.

⁷⁴ H.-F. KOEHLIN, précité, p. 102.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ T.C., 25 mai 1850, *Chalandre*, D.P. 1850,3, p. 67.

⁷⁷ L'affaire *Dugave et Bransiet* fut tranchée sans partage des voix, R. CHAPUS, art. précité R.F.D.A. 1990.

Pelletier la même année⁷⁸, on observe un regain de compétence laissée au juge judiciaire par le Tribunal des conflits. Tout ce qui s'assimile à la location forcée et à la nouvelle théorie de l'emprise échoit au droit commun⁷⁹. Mieux encore, à l'égard de tout le contentieux contractuel les prétentions du juge judiciaire se font fortes et le Conseil d'Etat n'oppose aucune résistance⁸⁰. Cependant force est de reconnaître que depuis 1873, la position du juge administratif n'a pas faibli. C'est donc à sa descendance que l'arrêt *Blanco* doit une légitime postérité.

On peut se demander si le contentieux de la responsabilité n'avait pas été un enjeu particulièrement important à la fin du XIX^{ème} siècle, époque à laquelle le contrôle de la légalité des actes est encore timide. Sur le plan des principes, on peut concevoir qu'à l'époque où la puissance publique est réputée souveraine et difficilement critiquable, on ait souhaité modérer les effets de sa domination par la responsabilité. Le contentieux de l'indemnisation n'a-t-il pas servi de palliatif aux carences du contrôle de légalité ? Apparaître charitable flatte le prince sans remettre en cause son pouvoir. Il serait logique que la possibilité de contester pour illégalité ce que fait le prince apparaisse chronologiquement après la conquête de sa responsabilité pécuniaire. En France, le Conseil d'Etat admettait que les tribunaux ordinaires et les conseils de préfecture réparassent les effets néfastes d'un « acte de pure administration », non susceptible de lui être déféré par la voie contentieuse⁸¹. L'idée est d'autant plus exploitable que le juge administratif a très tôt développé la notion de responsabilité sans faute, c'est-à-dire celle qui dispense de s'attarder sur le comportement de la puissance publique.

Mais contre l'idée que le plein contentieux a permis le développement du contrôle juridictionnel au-delà du recours en annulation, on relève qu'à la fin du XIX^{ème} seul le recours pour excès de pouvoir était possible contre les actes d'autorité. En outre, d'après LAFERRIERE, seule la réparation en dommages et intérêts était possible pour les actes de gestion semblables à ceux des particuliers⁸². On peut y déceler l'intention réelle du Conseil

⁷⁸ T.C., 30 juil. 1873, *Pelletier*, Rec. 1er suppl 117, concl. David; D. 1874,3, p. 5, concl. David.

⁷⁹ Voir au début de la théorie de l'emprise T.C., 12 nov. 1881, *Pezet.*, cité par F. BURDEAU op. cit., p. 230.

⁸⁰ Ex. C.E., 13 juil. 1883, *Ministre du Commerce*, cité par F. Burdeau, op. cit., p. 231. Le juge administratif est incompétent pour connaître d'une opération de transport contractée dans les mêmes conditions que le public. Le commissaire du gouvernement DAVID réservait déjà cette hypothèse dans ses conclusions sur *Blanco*.

⁸¹ Selon une explication très contestable ce sont des actes qui n'atteignent pas des droits subjectifs mais seulement des intérêts. François BURDEAU cite les actes de tutelle, les ordonnances portant autorisation d'établir une usine le long d'un cours d'eau, les arrêtés de délimitation d'un fleuve etc. *Histoire du droit administratif*, collec. Thémis, PUF 1995, p.158.

⁸² F. BURDEAU, *ibid.* p.334.

d'Etat, qui était bien de lutter pour conserver le contentieux de la responsabilité des actes les plus importants dans le seul but de limiter la mise en cause de la puissance publique. On sait qu'à partir de 1872 le recours pour excès de pouvoir a connu un net recul sous l'influence d'Edouard LAFERRIERE⁸³. La responsabilité a-t-elle pris le relais de ce coup de frein de la Haute Assemblée lié à la perte de son statut de supérieur hiérarchique de l'administration depuis la loi du 24 mai 1872 ? Si depuis la loi du 14 octobre 1790 le Conseil d'Etat a pu contrer le pouvoir administratif, c'est parce qu'il était « dans » ce pouvoir. Mais, avec la consécration de la séparation des autorités administratives et judiciaires, la Haute Assemblée s'est trouvée paradoxalement dans une situation moins confortable pour faire accepter ses jugements par l'administration active. Mais son origine historique a tout de même continué de jouer en faveur des juges administratifs, elle leur a toujours donné plus d'audace et leur a souvent permis de se comporter en « supérieurs hiérarchiques ». Il suffit pour s'en convaincre de mentionner l'intensité du contrôle auquel le Conseil d'Etat se livre dans ses « instructions » sur les circonstances de chaque espèce, sur les motifs de décisions contestées⁸⁴.

A l'occasion, le commissaire du gouvernement CHARDENNET n'hésitait pas à s'appuyer sur l'héritage historique en interpellant ainsi le Conseil d'Etat : « vous qui êtes appelés à jouer un peu le rôle de supérieurs hiérarchiques des autorités administratives »⁸⁵. Mais cette raison ne saurait être plus pertinente pour un contentieux que pour un autre. En 1873, le plein contentieux ne présente ni plus ni moins d'intérêt que l'excès de pouvoir qui dispose d'une véritable procédure depuis le décret du 2 novembre 1864. Les années suivantes confirment l'évolution strictement parallèle des deux contentieux. En 1876, La haute juridiction refuse qu'à défaut de pouvoir obtenir une annulation, la requête soit assortie d'une demande en réparation car cela entamerait l'indépendance de l'administration⁸⁶. Bien sûr, ce sont des raisons de procédure que le Conseil oppose à l'adjonction des requêtes mais rien n'imposait juridiquement cette sévérité⁸⁷. C'est seulement à partir de 1895 que la jurisprudence s'assouplit légèrement sur ce point⁸⁸. La date coïncide avec l'apparition de la responsabilité pour risque, mais à ce moment-là le recours pour excès de pouvoir reprend lui aussi du mordant. Au début du siècle nouveau, il n'y a même pas de responsabilité pour

⁸³ F. BURDEAU, *ibid.* p. 243.

⁸⁴ Cf. R. DRAGO, note sous C.E., 18 nov. 1949, *Carlier* au S. 1950,3, p. 49.

⁸⁵ *Concl. sur C.E.*, 19 fév. 1909, *abbé Olivier*, Rec. p. 180.

⁸⁶ C.E., 28 juil. 1876, *commune de Giry.*, cité par F. Burdeau, *op. cit.*, p. 253.

⁸⁷ M. HAURIOU l'a montré dans une note au Sirey 1912,3, p. 129.

⁸⁸ C.E., 17 mai 1895, *Crébessac.*, cité par F. BURDEAU, *op. cit.*, p. 253

inexécution de la chose annulée⁸⁹. Ce n'est qu'à partir de 1914 qu'une collectivité publique est responsable pour violation de la chose jugée par un de ses agents⁹⁰, hypothèse que le Conseil d'Etat n'aime pas relever comme fautive⁹¹.

L'histoire montre, que loin de se développer à la place du recours objectif, la responsabilité de la puissance publique a connu les mêmes périodes de progrès. On peut en gros distinguer trois grandes époques aux contours cependant fluctuants. De 1873 à 1878, la jurisprudence maintient en latence quelques grands principes, moins pour permettre un développement que pour marquer les frontières avec le droit privé.

Une seconde période correspond à une véritable audace. De 1895 à 1923 les principes juridiques trouvent application. Un moment faste peut même être isolé entre 1903 et 1907. C'est aussi l'assouplissement des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir et l'essor de ses cas d'ouverture⁹².

Enfin, à la seconde moitié du XXème siècle correspond la multiplication des principes généraux du droit et de nombreux affinements de la jurisprudence en matière de responsabilité⁹³.

Ces mutations du droit administratif sont difficiles à interpréter. Les périodes creuses correspondent-elles à des auto-limitations du juge par rapport à certains régimes politiques⁹⁴ ? Peut-être le juge ne fait-il que refléter les mauvais rapports sociaux qui règnent à certaines périodes, le non-respect du droit par des régimes nouvellement accédés au pouvoir. Le juge de la puissance publique aurait-il une propension à la couvrir ? On le dit protecteur des prérogatives de la puissance publique. On pouvait défendre cette idée lorsque la jurisprudence a réservé systématiquement la responsabilité de la puissance publique aux cas de fautes d'une certaine gravité, puis la maintenue pour les activités dites « régaliennes »⁹⁵. Mais, d'une part, on a toujours remarqué que l'activité médicale connaissait la théorie de la faute qualifiée alors qu'elle n'a rien de régalien⁹⁶, d'autre part, on sait le déclin général de la faute lourde. Trop

⁸⁹ Dans la fameuse affaire *Fabrègues*, les annulations se succèdent mais le juge refuse d'admettre que le maire est l'auteur de fautes personnelles. C.E., 22 juil. 1910, S. 1911,3,p. 121.

⁹⁰ C.E., 12 juin 1914, *Abbé Hardel*, confirmé C.E., 24 juin 1925, *Wassilief*, cités par F. BURDEAU, op. cit., p.289.

⁹¹ C.E., 30 nov. 1923, *Couitéas*, Rec. p. 789, L'Etat n'était pas exempt de reproche dans cette affaire et c'est la responsabilité sans faute qui est préférée.

⁹² En 1904, M. HAURIOU remarque que le développement des contentieux objectifs et subjectifs est parallèle. Cf. note S.1904,3, p. 124.

⁹³ Cf. F. BURDEAU, *ibid.* p. 402.

⁹⁴ 1873-1895 est une période de timidité du juge administratif.

⁹⁵ Cf. le résumé de la jurisprudence par le commissaire du gouvernement RIVET sur C.E., 13 mars 1925, *Clef*, S.1926,3, p. 37.

⁹⁶ Faute « médicale » depuis C.E., A., 10 avril 1992, *Dame V.*, Rec. p. 171 ; A.J.D.A. 1992, p. 355.

artificiellement liée au concept de souveraineté, cette dernière n'a pu se maintenir que dans les activités de service public présentant des difficultés particulières⁹⁷, au moins pour un temps puisque la faute lourde a quasiment disparu à présent.

En matière de responsabilité, on explique souvent la sévérité de certaines solutions par le souci que le juge aurait de protéger les deniers publics⁹⁸. C'est certainement vrai⁹⁹, mais si peu juridiquement défendable que l'on se doit de formuler l'explication différemment. On ne peut adhérer que partiellement à l'argument selon lequel le déséquilibre budgétaire qui résulterait de certaines condamnations provoquerait la ruine des finances publiques et remettrait en question la continuité même des services publics. D'abord, on doit noter que cette explication n'est pas directement pertinente à l'égard des personnes privées poursuivies devant le juge administratif. D'autre part, M. HAURIOU répondrait aujourd'hui comme il y a cent ans que « si nos budgets n'avaient pas d'autres fuites que celles provoquées par les responsabilités pour excès de pouvoir, ils ne risqueraient pas le déficit »¹⁰⁰. Les membres du Conseil d'Etat le savent et l'on a pu lire chez un commissaire du gouvernement¹⁰¹: « contrairement à ce que croient et enseignent certains commentateurs, nous ne pensons pas, Messieurs, que le souci de préserver les deniers publics soit un élément déterminant de votre attitude devant les problèmes de ce genre ».

Le danger réel d'une générosité trop grande des tribunaux, c'est celui d'une rupture d'égalité entre les administrés victimes de dommages. En effet, si les personnes publiques sont réputées toujours solvables, il n'en demeure pas moins que leur budget n'est pas illimité. Il faut donc partager l'idée de M. HAURIOU pour qui les personnes publiques doivent avoir un budget des indemnités à peu près fixe car il s'agit de le répartir entre les victimes de sorte

⁹⁷ Le service pénitentiaire, le maintien de l'ordre, la lutte contre l'incendie, la justice, la tutelle, le recouvrement de l'impôt sont les activités les plus largement difficiles, c'est ce qui contribue à les ériger en monopole de la puissance publique avec prérogatives exorbitantes pour les mener à bien.

⁹⁸ L'histoire du droit public le confirmerait sans doute difficilement car la pratique ne serait pas ostensible néanmoins quelques textes législatifs se sont inspirés de cette motivation, cf. infra p.415. On peut supposer d'ailleurs que les phénomènes de croissance économique ont joué un rôle dans les périodes d'extension de la responsabilité civile en général.

⁹⁹ Certaines jurisprudences tendent à réduire les risques de préjudices financiers pour les services publics. Ainsi les conditions d'octroi du sursis à exécution d'un jugement l'ayant condamnée à réparation pécuniaire sont assouplies pour toute institution chargée de la gestion d'un service public. C.E., Sect., 1^{er} avril 1938, *ville de Bône*, Rec. p. 337 ; C.E., Sect., 18 mai 1945, *Cie générale française des tramways*, Rec. p. 101. Voir A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, thèse, L.G.D.J. 1974, p. 31. De manière générale, le droit administratif considère que les personnes publiques ne doivent pas payer ce qu'elles ne doivent pas, cf. infra note 1749.

¹⁰⁰ M. HAURIOU note au S.1904,3, p. 124.

¹⁰¹ M. ROUGEVIN-BAVILLE, concl. sur C.E., A., 20 mars 1974, *Navarra*, Rec. p. 200.

que chacune en ait un peu¹⁰². La rupture serait consommée si certains étaient indemnisés largement ou rapidement tandis que d'autres le seraient partiellement ou très tardivement.

En réalité, le juge administratif protège plus l'intérêt général que les deniers publics. Ainsi, il ne protège pas l'administration mais les administrés dans leur ensemble. Il connaît bien les contingences et contraintes de la comptabilité publique, mieux que le juge judiciaire¹⁰³, en conséquence il élabore pour la puissance publique un droit taillé sur mesure. Mais on ne peut parler de fonction de la responsabilité pour le juge administratif parce que la responsabilité existe en dehors de lui¹⁰⁴. D'ailleurs, le règlement des litiges peut être alternatif et prendre pour base des règles positives élaborées ou non par la jurisprudence. Il ne faut pas négliger par ailleurs que le juge judiciaire manie aussi les règles de la responsabilité administrative. N'oublions pas qu'à l'époque où l'on aurait pu soutenir que la responsabilité avait une fonction pour lui, le juge administratif était d'abord un administrateur d'un des plus grands corps de l'Etat, un véritable acteur de la responsabilité, juge et partie. Cela n'est plus le cas depuis longtemps, même si certaines solutions continuent d'être éclairées par la position particulière du juge administratif. Ainsi, fonder une théorie générale de la responsabilité administrative sur la considération du statut du juge serait manquer à notre objectif.

Ayant à présent précisé les contraintes pesant sur notre étude, la voie qui conduit à la généralisation théorique s'ouvre très large. Demeure l'étendue du champ d'investigation sur lequel portera notre réflexion. Il doit être aussi vaste que possible. Ainsi raisonnerons-nous aussi sur le sens de la responsabilité contractuelle trop souvent écartée du débat. Cependant, cet aspect du contentieux ne sera détaillé dans notre travail qu'en ce qu'il peut apporter à la théorie générale en droit administratif. En effet, le régime de responsabilité applicable au contentieux contractuel n'est pas très différent de celui que connaît le juge judiciaire¹⁰⁵. La recherche des fondements et fonctions de la responsabilité peut cependant permettre de se prononcer sur la réelle autonomie de la responsabilité contractuelle. Nous pensons que le droit

¹⁰² M. HAURIOU note au S.1927,3, p.107.

¹⁰³ Selon M. HAURIOU, les juges judiciaires auraient fini eux aussi par se heurter à cette réalité des contraintes financières. Mais ces contraintes sont peut-être devenues moins pesantes depuis la généralisation de l'assurance.

¹⁰⁴ Toutefois, on peut penser que se poser comme juge de la responsabilité administrative était un moyen de s'affirmer comme le seul juge légitime de la puissance publique en toute circonstance. C'est l'idée de C. GUETTIER dans son ouvrage précité consacré à la responsabilité administrative. De ce point de vue, on peut donc dire que c'est le contentieux de la responsabilité qui avait une fonction pour le juge et non la responsabilité en elle-même. Même si cette affirmation conduisait à élaborer des règles autonomes au moins en apparence.

¹⁰⁵ Sur l'ensemble de la question, voir Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, 1989.

public aurait beaucoup à gagner dans une réflexion sur la responsabilité qui prendrait en compte le phénomène contractuel.

De même, nous ne devons pas porter notre attention sur la seule responsabilité « administrative » car cet adjectif cantonnerait la recherche aux activités administratives de la puissance publique qui exerce par ailleurs des prérogatives législatives et judiciaires¹⁰⁶. Nous ne pouvons pas plus parler de la puissance publique car le terme est ambigu et peut apparaître réducteur puisque notre étude portera aussi sur les personnes privées gérant des services publics auxquelles le juge administratif applique un même droit. Selon le dictionnaire juridique le terme « administratif » renvoie à ce qui au sein de l'administration est soumis au droit public¹⁰⁷, nous voulons donc le conserver. C'est pourquoi notre sujet doit porter sur une théorie générale de la responsabilité en droit administratif¹⁰⁸.

Une théorie générale du droit doit tenter de « dégager la signification de la norme juridique par l'étude de sa raison d'être, de ses finalités, de ses concepts fondamentaux (de sa mise en œuvre, de ses instruments, de sa méthode) [...] En un mot, elle étudie l'ordre juridique dans sa globalité, à travers son pourquoi ? et son comment ? »¹⁰⁹. Ce sont donc les aspects fonctionnels et conceptuels de la responsabilité de la puissance publique qui doivent être étudiés, dès lors que nous penserons la responsabilité administrative dans une théorie très générale. En cela nous serons fidèle à la démarche scientifique proposée par le Doyen Georges VEDEL dans son étude consacrée à la prévention et à la réparation de la voie de fait¹¹⁰. Cela s'ajoute tout à fait à notre démonstration selon laquelle la responsabilité administrative remplit des fonctions bien spécifiques puisque voulues dans le contrat social, et se dote en conséquence de concepts et de notions appropriés¹¹¹. Et les questions principales qui doivent être éclairées sont, au regard des enjeux que nous avons définis : l'administration doit-elle et peut-elle être responsable? En fonction de quelles conditions la réponse à ces questions peut-elle varier ?

¹⁰⁶ Le professeur C. EISENMANN exclut pour cette raison le terme général de responsabilité administrative: *Cours de Droit administratif*, p. 808. De même, J. MOREAU op. cit., p. 19.

¹⁰⁷ Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF 2000.

¹⁰⁸ C'est le consensus minimal auquel aboutit C. EISENMANN pour définir le problème.

¹⁰⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, p. 3 : cité par E. SAVAUX op. cit., p. 10.

¹¹⁰ G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, J.C.P. 1950, n° 851.

¹¹¹ Parce que le sens du terme « concept » est d'une appréhension délicate et que les concepts président aussi aux fonctions des constructions juridiques, nous lui préférons désormais le terme de « conditions », terme qui est d'usage plus courant et plus clair pour l'étude de la responsabilité. Sur les différentes acceptions du « concept », voir : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, L.G.D.J. 1972 ; T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J. 1987 ; F.-P. BENOIT, *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel*, Mél. G. Peiser, Presses universitaires de Grenoble 1995, p. 23.

Dans une première partie consacrée aux buts poursuivis par les règles de responsabilité publique, nous chercherons quelles peuvent être les fonctions de la responsabilité en droit administratif (Ière Partie). Dans une seconde partie consacrée aux moyens juridiques de la responsabilité administrative, nous confronterons notre théorie aux conditions de la responsabilité en droit administratif (IIème Partie).

PREMIERE PARTIE : Les fonctions de la responsabilité en droit administratif

DEUXIEME PARTIE : Les conditions de la responsabilité en droit administratif



PREMIERE PARTIE

LES FONCTIONS DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF

Les buts poursuivis par la mécanique de la responsabilité sont multiples. On serait tenté de dire qu'il en est au moins autant qu'il existe de types différents de responsabilité. Ainsi, pour apercevoir les fonctions d'une responsabilité, il paraît utile d'observer les conséquences de sa reconnaissance. Ainsi, la responsabilité pénale aurait pour fonction de blâmer un comportement antisocial, la responsabilité civile permettrait à une victime de compenser le trouble qu'elle a subi dans son patrimoine, et la responsabilité politique viserait à la destitution du responsable. Mais, ce raisonnement dévoilerait rapidement ses limites. On serait en peine de trouver une place autonome pour la responsabilité administrative dans un paysage défini de cette façon, car cette dernière ne paraîtrait que comme le pendant de la responsabilité civile à l'égard de l'administration en ce qu'elle ne débouche que sur l'octroi de dommages et intérêts.

En réalité, les conséquences d'une reconnaissance de responsabilité ne sont pas toujours semblables à l'intérieur d'un type de responsabilité donné. Par exemple, on peut se demander si la responsabilité pénale blâme véritablement lorsqu'elle s'applique à une personne morale. La responsabilité pénale ne permet-elle pas à la victime d'obtenir réparation de l'atteinte à son honneur meurtri par une infraction ? De son côté, la responsabilité civile ne punit-elle pas lorsqu'elle condamne en stigmatisant les fautes commises ou bien lorsqu'elle refuse l'indemnisation à la victime imprudente ? Quant à la responsabilité politique, elle ne sera vécue comme camouflet qu'en fonction de la personnalité du responsable.

On le voit, pour cerner les fonctions d'une responsabilité, il faut en connaître les hypothèses de manière détaillée. C'est peut-être pourquoi la question des fonctions de la responsabilité en droit administratif n'a guère suscité de vaste réflexion en tant que telle chez les auteurs¹¹². Ceux-ci ont réservé leurs efforts à justifier l'application d'un droit différent à des demandes identiques en droit privé et en droit public, en dissertant sur les fondements des solutions rendues¹¹³. Paradoxalement, la doctrine et la jurisprudence ont au bout du compte largement reproduit la façon de penser et le vocabulaire des civilistes.

Mais c'est peut-être alors du côté des fonctions qu'il fallait porter le regard. Ne serait-il pas étonnant de trouver là des éléments d'originalité du contentieux de la responsabilité publique après les avoir tant cherchés dans les constructions jurisprudentielles ? Emanant d'un monopole des tribunaux administratifs sur le jugement à porter contre la puissance publique, on doit d'entrée supposer que la responsabilité administrative remplit les mêmes fonctions que celles assumées par la responsabilité du droit privé. Elle doit forcément satisfaire un certain nombre de besoins qui sont identiques.

Nous discernons deux besoins constants assignables à la responsabilité de la puissance publique : le besoin de prévention et le besoin de réparation. Cependant, les besoins que nous envisageons ici en référence aux besoins satisfaits par la responsabilité privée, sont ceux des victimes. Or, en droit privé la victime et l'auteur ne sont pas fondamentalement différents car pouvant tour à tour intervertir leur rôle respectifs, et acceptant cette règle du jeu comme une garantie de réciprocité éventuelle.

Dans la problématique administrative, il en va différemment. Si l'administration est responsable vis-à-vis de l'intérêt particulier ce n'est pas dans l'espoir d'en recevoir une quelconque réciprocité. Pourtant, si la puissance publique accepte sa responsabilité, c'est qu'elle y trouve un intérêt, c'est-à-dire que la responsabilité doit avoir pour elle une ou plusieurs fonctions qui ne seront pas présentes dans la problématique de la responsabilité privée. Ces fonctions sont des plus difficiles à cerner car elles ne figurent pas dans la partie

¹¹² Nous n'ignorons pas les rares contributions d'autant plus précieuses sur ce thème, mais limitées à une problématique particulière et objet de quelques dizaines de pages tout au plus. Voir C. EISENMANN, *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949, I, 751, n°22 à 28 ; L. DE GASTINES, *La responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, R.D.P. 1992, p.135 ; D. LOCHAK, *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation*, *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993, p. 275.

¹¹³ Le terme « fondement » de la responsabilité est trop vague. Cela est entendu aujourd'hui, la doctrine a confondu fondement et condition technique de la responsabilité. Elle a parfois eu recours à la distinction des fondements lointains et des fondements proches de la responsabilité, ce qui était déjà plus satisfaisant. Renonçons pour l'instant à ce terme et investissons ce champ de réflexion qui porte sur les fonctions de la responsabilité.

pleinement consciente du phénomène de la responsabilité. Comme en toute activité humaine, les buts sont plus ou moins révélés, perceptibles. La responsabilité ne se définit pas uniquement par les buts qu'elle atteint, elle existe d'abord par les objectifs qu'elle s'assigne idéalement. Ainsi, afin de comprendre les fonctions de la responsabilité administrative, il faut s'interroger aussi sur les fonctions qu'il serait souhaitable qu'elle remplisse.

On pressent que des buts inconscients imposés par l'intérêt général préexistent aux buts conscients de la responsabilité dans ses fonctions aménagées par le droit afin de répondre aux besoins ponctuels des victimes et des responsables¹¹⁴. En d'autres termes, il nous paraît possible de mettre en valeur l'utilité de la responsabilité de la puissance publique comme fondement de l'Etat, puis de montrer la correspondance de ces fonctions avec les buts des différents types de responsabilité organisés par le droit administratif, de telle sorte qu'il soit possible de dire que les fonctions spécifiques ainsi assumées légitiment l'existence du droit administratif de la responsabilité. Ainsi, persuadé que le niveau politique de la responsabilité gouverne le choix des règles au niveau juridique¹¹⁵, nous tenterons d'abord de jeter quelque lumière sur les fonctions politiques de la responsabilité en droit administratif (titre 1), puis nous étudierons les fonctions proprement juridiques de la responsabilité en droit administratif (titre 2).

Titre 1 : Les fonctions politiques de la responsabilité en droit administratif

Titre 2 : Les fonctions juridiques de la responsabilité en droit administratif

¹¹⁴ Distinction déjà évoquée par D. LOCHAK, *ibid.*, p. 275.

¹¹⁵ En cela nous partageons la présentation que F. EWALD fait de la responsabilité. Pour lui, la responsabilité renvoie à plusieurs niveaux de réalité. Cf. revue *Risques « Assurance, droit, responsabilité »* n°10, avril-juin 1992, p. 12.



Titre 1

LES FONCTIONS POLITIQUES DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF

A notre connaissance, les juristes n'ont guère évoqué à proprement parler les fonctions politiques de la responsabilité administrative. Pourtant celles-ci apparaissent lorsque l'on jette un regard sur les résultats atteints par l'évolution extraordinaire de la responsabilité publique en France. De ce point de vue, un auteur a pu récemment parler des « fonctions sociales » de la responsabilité administrative¹¹⁶. Historiquement la responsabilité de l'administration a d'abord été, à l'époque de l'Etat-gendarme, celle limitée de la puissance publique. Elle fut ensuite, et seulement avec le début de son plein essor, annoncée par la jurisprudence *Blanco*, celle généralisée des services publics. Cette vérité chronologique s'impose avec la force de l'évidence en ce qu'elle reflète des contraintes évolutives impérieuses pour la société.

Dans une société où l'intervention de l'Etat est sollicitée ardemment pour répondre à une diversité croissante des modes de vie et des besoins, sous forme de textes¹¹⁷, de prestations de service ou d'aides financières, les occasions de causer des dommages apparaissent décuplées, le risque s'accroît. Surtout, c'est la liberté et la sphère privée qui sont exposées au risque d'empiétement, voire d'étouffement. Dans ces conditions, l'intervention

¹¹⁶ D. LOCHAK, , *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation*, Le droit administratif en mutation, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993, p. 275..

¹¹⁷ Même lorsque la tendance générale affichée est à la déréglementation, cela ne signifie pas moins d'intervention mais moins d'unilatéralité de la part de la puissance publique, c'est à dire un changement de nature de son intervention. Celle-ci se contractualise. Des auteurs ont pu d'ailleurs remarqué en France le développement du droit écrit des contrats de l'administration, lié à l'accroissement des missions de l'Etat. Cf. T. LARZUL, *Les mutations des sources du droit administratif*, l'Hermès 1994, p. 305; J.-P. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan 1997, p. 21.

accrue des services publics a nécessairement pour corollaire leur responsabilité. Il s'agit d'une contrepartie consentie par la puissance publique, négociée avec les administrés en quelque sorte. Ainsi, l'Etat-providence développe un droit de la responsabilité de nature contractuelle, un droit reposant sur un pacte social. La responsabilité est conçue d'abord comme un instrument politique au service de la pérennité de l'Etat et de ses gouvernants car c'est ainsi l'action de la puissance publique qui est légitimée par le phénomène de la responsabilité (Chapitre I). Mais en même temps, la responsabilité publique devant exister pour permettre le maintien des liens sociaux protégés, organisés et développés par l'Etat, la responsabilité publique financée par les contributions publiques a pour fonction politique de constituer pour les citoyens une vaste assurance souscrite contre le risque toujours social (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La fonction de légitimation de l'activité publique

Chapitre 2 : La fonction d'assurance souscrite contre le risque social

Chapitre 1

LA FONCTION DE LEGITIMATION DE L'ACTIVITE PUBLIQUE

La puissance publique peut-elle être pécuniairement responsable des dommages qu'elle cause ? Les raisons théoriques, les contingences pratiques qui s'y sont autrefois très fermement opposées n'ayant pas tenu dans notre société démocratique, on peut soupçonner que les raisons de l'existence d'une responsabilité à présent généralisée sont très fortes, et que les fonctions qu'elle remplit sont essentielles. La souveraineté de la puissance publique s'opposait à sa responsabilité, c'est pourquoi nous pouvons penser que cette notion a définitivement déperî, au plan interne, à mesure que la puissance publique a accepté d'être responsable, à la demande des citoyens. Il nous semble important de montrer comment le passage de l'irresponsabilité à la responsabilité a résulté d'un véritable processus d'acceptation par la puissance publique, constituant une révélation du contrat social. L'Etat-gendarme a pu nier sa responsabilité en arguant de sa puissance souveraine (Section 1), mais lorsque cette puissance s'est trouvée remise en cause, il a accepté un principe de responsabilité qui s'imposait avec la force de l'évidence (Section 2).

SECTION 1

LA NEGATION ORIGINNAIRE DE SA RESPONSABILITE PAR LA PUISSANCE PUBLIQUE

D'après le professeur Jacques MOREAU, trois arguments peuvent justifier le principe d'irresponsabilité de la puissance publique¹¹⁸. D'une part, l'idée ancienne que la responsabilité ne pouvant se départir de la faute, celle-ci ne peut être imputée à un être fictif.

¹¹⁸ J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, coll. Que sais-je ? 2^{ème} éd., P.U.F. 1995, p.7.

D'autre part, le fait que plus les dommages engendrés par les services publics sont rares, moins la conscience juridique appelle la réparation. Enfin l'argument le plus pertinent, d'ailleurs seul implicitement retenu par les juridictions réticentes à l'engagement de la responsabilité du fait des activités régaliennes, réside dans l'obstacle antinomique de la souveraineté de la puissance publique. Cette notion est celle qui a le plus longtemps fait obstacle au progrès de la responsabilité. Son étude demeure donc indispensable pour comprendre la maturation historique de la responsabilité administrative (§1). Loin d'avoir perdu toute influence¹¹⁹, elle ne constitue cependant plus un dogme, car en tout état de cause cette fiction est démentie (§2).

§1 Le dogme de la souveraineté

« Le prince ne peut mal faire ». Que signifie cette maxime ? Elle a longtemps permis aux tribunaux d'écarter toute demande contentieuse en responsabilité contre la personne détentrice de la souveraineté¹²⁰ en l'absence d'un texte législatif spécial ou de dispositions contractuelles. Découverte par la doctrine bodinienne sous l'Ancien Régime et taillée à la mesure du Roi, elle a survécu à la Révolution française pour disparaître seulement au XXème siècle. En effet, invoquée à raison de la personne du souverain (A), elle l'a été ensuite à raison des actes de la puissance publique (B).

¹¹⁹ En témoignent les résistances passées du juge administratif à l'égard du droit communautaire. Considérer aussi le toujours actuel retard pris en matière de condamnation du fait fautif de la loi puisque le Conseil d'Etat français rapporte la responsabilité au fait de l'administration et non à celui du législateur : C.E., 28 fév. 1992, *Arizona Tobacco products et SA Philip Morris France*, Rec. p. 78. Voir D. SIMON, *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique ; glissements progressifs ou révolution tranquille ?*, A.J.D.A. 1993, p.235. Les jurisprudences convergentes du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation affirmant la primauté de la Constitution française sur le droit communautaire, contrairement à la position désormais claire de la C.J.C.E., confirment les freins juridiques à la soumission du droit interne. Voir C.E., A., 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher*, Rec. p. 368 ; Cass. A.P., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, J.C.P. 2000, p.1109 ; C.J.C.E., 11 janv. 2000, *Tanja Kreill*, D.A. fév. 2000, p. 22, note A. Haquet.

¹²⁰ Pour un exemple solennel voir C.E., 28 mai 1838, *Muthon*, Rec. p. 284.

A) L'irresponsabilité à raison de la personne du souverain

Paradoxalement, l'irresponsabilité du souverain est le fruit d'une recherche de légitimité de son pouvoir. L'irresponsabilité n'était pas le but de cette quête, mais elle fut le résultat de ses excès. Le souverain fut en effet décrété tel, tant par sa dimension spirituelle (1) que temporelle (2). Mais aucune des justifications de la souveraineté à raison de la personne du souverain ne peut emporter l'approbation.

1) L'argument archaïque de la divinisation du souverain.

Le concept de souveraineté est typiquement français¹²¹. C'est bien en France que l'on avança pour les besoins de la cause galliciste tous les arguments propres à l'émancipation du pouvoir royal. En effet, c'est pour s'affranchir des prétentions papales que les légistes ont développé ce qui allait conduire à la formule « le prince ne peut mal faire ».

L'inspiration religieuse n'est pas étrangère à la maturation de l'adage. L'irresponsabilité comme attribut de la souveraineté viendrait de la doctrine catholique de la monarchie absolue de droit divin¹²². Le roi est par la doctrine des théologiens : « comme David, le délégué sacré et spécial de Dieu lui-même »¹²³. En somme, le souverain n'exprimerait pas sa volonté propre, mais une volonté magique supérieure dont il ne serait qu'un canal. Voilà une justification qui ne souffre ni démenti ni confirmation puisqu'elle ne peut se vérifier. Voilà qui fut commode pour rendre incontestable un pouvoir confisqué par hérédité. En fait, de l'opinion de nombreux auteurs, la pensée théocratique n'était qu'un moyen de légitimer un pouvoir acquis par la force¹²⁴.

Pour Jean BODIN, n'est souverain que celui qui ne tient son pouvoir que de Dieu. Cette affirmation est venue à point nommé en 1583 dans la première édition des *Six livres de*

¹²¹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, t.1, p. 73. Voir aussi A. RIGAUDIERE, *L'invention de la souveraineté*, Pouvoirs n° 67, p. 5.

¹²² Cf. G. TEISSIER, Article Responsabilité au Répertoire Béquet de droit administratif, 1906, t. 23, p. 106 ; P. TIRARD, *De la responsabilité de la puissance publique. Essai d'une théorie générale*, th. Paris, 1906, p. 115 à 119.

¹²³ H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine, l'ancien régime*, t. 1, ch. IV, §5, p. 102. Cité par P. TIRARD, *ibid.*

¹²⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, p. 41 et 42 ; P. TIRARD, *ibid.*

la République, lorsque, dans cette époque trouble, le pouvoir royal était contesté par les Monarchomaques protestants¹²⁵. Le but de J. BODIN était de récuser les thèses selon lesquelles la monarchie serait élective, c'est-à-dire issue d'un choix du peuple.

Comment comprendre que, postérieurement à la monarchie, le dogme de l'irresponsabilité ait survécu ? Faut-il penser que la souveraineté n'a fait avec la Révolution que changer de propriétaire sans changer de qualité ? S'il n'est pas certain que la souveraineté ait été transmise de la personne du monarque à celle de la Nation¹²⁶, on ne peut en revanche douter que celle-ci ait perdu son caractère divin¹²⁷.

En perdant la certitude de survivre à son corps, sous les progrès de l'agnosticisme et de l'athéisme, l'homme a ressenti un plus grand besoin de sécurité. L'idée d'une souffrance terrestre ouvrant les portes du paradis a reculé provoquant le rejet de l'idée de fatalité. Le sujet a réclamé une plus grande légitimité du pouvoir en contrepartie des souffrances qu'il pouvait imposer par sa souveraineté supposée. Si l'idée d'irresponsabilité s'est perpétuée ce n'est donc pas par la raison divine qui n'a jamais pu d'ailleurs principalement fonder le concept de souveraineté. Est-ce celle de supériorité politique ?

2) *L'argument de la supériorité temporelle du souverain*

Est souverain celui qui ne trouve aucun pouvoir au-dessus de lui. C'est l'opinion qui a dominé sans concession en France jusqu'au XVI^e siècle concernant la personne du roi, « qu'il n'y a que celui absolument souverain qui ne tient rien d'autrui »¹²⁸. Cette acception de la souveraineté a été confectionnée en référence au *princeps* romain pour asseoir l'autorité laïque des francs devant les grands féodaux¹²⁹. On peut lire dans *Les établissements de Saint-*

¹²⁵ Lire H. MOREL, *La théorie du contrat chez les Monarchomaques*, Mél. H. Morel, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1989, p. 445.

¹²⁶ Avec H. BERTHELEMY et P. TIRARD, nous pensons que : « la révolution qui s'est opérée dans notre droit politique n'a pas eu pour seul effet de changer de place la souveraineté divine et patrimoniale et de la faire passer du monarque à la majorité ; elle l'a véritablement détruite ». P. TIRARD, op. cit., p. 119. Cite dans le même sens, H. BERTHELEMY, *De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative*, R.D.P. 1904.

¹²⁷ Cf. L. DUGUIT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1907, p. 245 et 246. Cité par TIRARD. Remarquons cependant que la déclaration du 26 août 1789 fut adoptée « sous les auspices de l'être suprême ».

¹²⁸ J. BODIN, Liv. I, Chap. IX.

¹²⁹ Voir J. BARBEY, *Etre roi*, Fayard, 1992, p. 134 et 135 et faire le lien avec p. 282s.

Louis que « le roi n'a point de souverain ès choses temporelles »¹³⁰ et en 1280 sous la plume de BEAUMANOIR dans ses *Coutumes de Beauvaisis* « le roi est souverain par dessus tout »¹³¹. Malheureusement, le souverain est d'autant plus susceptible de faire le mal s'il n'y a pas de limite à son pouvoir. Pourtant, malgré cette doctrine absolutiste, il n'est jamais mis en doute que le roi ne peut mal faire, c'est-à-dire commettre de faute.

En réalité, dans sa conception temporelle l'adage signifie que celui qui crée le droit ne peut aller contre. La volonté souveraine ne pourrait violer le droit puisqu'elle « est » le droit. L'argument a été redécouvert par la doctrine allemande à propos de la responsabilité de l'Etat législateur, selon laquelle la loi créant le droit ne peut jamais le violer¹³². Pour très logique qu'il soit, l'argument n'explique cependant pas l'origine de la souveraineté. On se contente de la décrire comme un état de fait. Mais justement, l'observation montre que le souverain est loin de créer le droit.

Le souverain de l'Ancien Régime invente moins le droit qu'il ne le découvre. « Dès l'époque carolingienne, on s'accorde à reconnaître que le prince est le serviteur d'un droit transcendant qui s'impose à lui et en dehors duquel il n'est rien, sinon un homme comme les autres [...] Ces lois relèvent de la moralité universelle, comme respecter ses serments et ses engagements ou ne rien faire contre les bonnes mœurs »¹³³. Il n'a en outre aucun pouvoir constituant¹³⁴. C'est la coutume qui joue ce rôle, et à travers elle, est l'œuvre de la Nation.

Avant même le déclin de la monarchie, il est admis que l'Etat seul détient la souveraineté, et le roi d'en être seulement le dépositaire. Le roi n'est pas souverain parce qu'il a des comptes à rendre de sa gestion du royaume. Avant d'être une personne, le roi est une fonction, on oserait dire qu'il est un fonctionnaire : « ministre ou, dira-t-on encore, lieutenant, officier de Dieu : le roi ne peut prétendre qu'à ce titre ; remplir une fonction, il ne peut prétendre qu'à ce rôle »¹³⁵.

Selon le très ancien juriste Jean DE TERREVERMEILLE, l'institution royale dépend du « corps civil et mystique du royaume »¹³⁶. Révisant la théorie successorale de cet auteur, J BARBEY écrit que les successeurs héréditaires constituent au-delà de leurs personnes

¹³⁰ Ed. Viollet, 4 vol. Paris, 1881-1886, t.2, p.14 cité par J. BARBEY, p. 135.

¹³¹ Ed. Salmon, Paris 1899, n°1543, cité par J. BARBEY, p. 135.

¹³², L. DUGUIT, *De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi*, R.D.P. 1910, p. 637.

¹³³ J. BARBEY, op. cit., p. 155.

¹³⁴ J. BARBEY, op. cit., p. 58 : le roi n'a pas le droit d'abdiquer.

¹³⁵ J. BARBEY, *Être Roi*, Edition Fayard, p. 13 et voir aussi p. 88 et 89.

¹³⁶ *Tractatus*, cité par J. BARBEY, op. cit., p.88.

charnelles, une personne royale immatérielle, un corps moral qui se superpose à leurs corps naturels et transcende le temps »¹³⁷. J. BARBEY rappelle plus loin : « A partir d'Henri III, le terme « Etat » fait son apparition [...] C'est pour accomplir ce service de l'Etat que le prince est investi d'un pouvoir supérieur, par définition absolu »¹³⁸. Autrement dit, la souveraineté est fonctionnelle, elle n'existe qu'à la condition de réaliser des buts et de rendre service. C'est dire si à l'époque monarchique, la notion de puissance publique le partage à celle de service public. S'il n'est pas responsable pécuniairement de ses actes, le pouvoir est pourtant constitué de responsabilité. On dira en termes modernes que c'est la légitimité du pouvoir et non sa personnalité qui fonde son caractère souverain. Ce dernier découlerait de la vocation même de la puissance publique la plus parfaitement incarnée par l'Etat. Mais dès lors, il apparaît concevable que l'intensité de souveraineté et de responsabilité varient selon les actes du pouvoir.

B) L'irresponsabilité à raison des actes du souverain

De la séparation de ses fonctions juridiques et des démembrements décentralisés de l'Etat, la jurisprudence a tiré des conséquences intéressantes, en distinguant parmi les actes publics ceux qui sont l'émanation d'un pouvoir souverain, les actes d'autorité, de ceux qui n'en sont pas, les actes de gestion. La distinction avait pour but de préserver l'apparente souveraineté du pouvoir tout en réalisant les progrès de responsabilité commandés par le corps social. Elle ne fit que précipiter la faillite des doctrines souverainistes¹³⁹. Les actes de souveraineté n'étaient jamais source de responsabilité, mais leur catégorie n'intéresse plus que l'histoire (1). Il n'en est pas encore de même d'un autre type d'actes, les actes de gouvernement (2).

¹³⁷ Op. cit., p.142.

¹³⁸ Ibid., p. 149 et 150.

¹³⁹ L. DUGUIT juge que l'existence même de la décentralisation est inconciliable avec l'idée de souveraineté de l'Etat : *Les transformations du droit public*, p. 22.

1) *La distinction des actes de gestion et des actes d'autorité.*

Les termes du dernier arrêt du Conseil d'Etat proclamant le principe d'irresponsabilité à raison de l'autorité d'un acte administratif ont cent ans : « considérant qu'il est de principe que l'Etat n'est pas en tant que puissance publique, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents ¹⁴⁰ ». Après l'abandon de cette jurisprudence en 1905¹⁴¹, l'idée de la souveraineté est demeurée quelque temps pour justifier la théorie de la faute lourde : « Pour un acte de quasi-souveraineté, il faudra établir une faute manifeste et particulièrement grave du service [...] ; en matière d'actes de police, il faut qu'on relève contre le service une faute lourde, une imprudence grave [...] En matière d'actes de gestion proprement dit, la responsabilité de l'Etat et des succédanés est engagée par toute faute de service de quelque gravité qu'elle soit »¹⁴².

Pourquoi les actes d'autorité seraient-ils irréprochables ? Quoi que l'on suppose des raisons qui commandent l'obéissance aux actes d'autorité, on ne voit pas pourquoi ils seraient seuls incontestables alors que les actes de gestion sont tout autant ceux de la puissance publique souveraine. Accomplis dans l'intérêt général, ils lui fournissent les moyens de ses actions¹⁴³. L'histoire de la responsabilité a montré par ailleurs combien artificielle et pratiquement inapplicable était cette distinction. M. HAURIUO avait constaté dès 1899 l'impossible mise en œuvre du principe, tant gestion et police sont proches¹⁴⁴. Une partie de la doctrine était conduite à considérer le problème en ces termes : « la puissance publique est présente dans toute l'activité étatique ; il n'est aucun acte qui, examiné avec attention, puisse être comparé à l'acte d'un particulier. Toujours l'Etat apparaît, avec ses pouvoirs exorbitants, ses ressources considérables, commandant au nom de l'intérêt public, le sacrifice de l'intérêt privé ». Souhaitant l'abandon du concept de souveraineté, L. DUGUIT soutenait que si l'Etat est une personne souveraine, il l'est dans tous ses actes et ne devrait donc jamais être responsable. « S'il y a des cas où il n'est pas souverain, il ne l'est jamais »¹⁴⁵. Voilà qui conduit à soupçonner que la souveraineté est étrangère à la part de responsabilité que doit supporter la puissance publique.

¹⁴⁰ C.E., 13 janvier 1899, *Lepreux*, Rec. p. 18 ; S. 1900,3, p. 54, note Hauriou.

¹⁴¹ C.E., 10 fév. 1905, *Tomaso-Grecco*, Rec. p. 139 ; S. 1905,3, p. 113 note Hauriou ; D. 1906, p. 381.

¹⁴² Note APPLETON sous C.E., 16 juil. 1914, *Babouet*, S., 1920,3, p. 4. Voir également: *Traité élémentaire de contentieux administratif*, 1927, p. 437 et s.

¹⁴³ Pour R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Sirey, 1911, p. 312.

¹⁴⁴ Note précitée au S. 1899,3, p. 54.

¹⁴⁵ *Les transformations du droit public*, p. 227.

Reprenant la contestation doctrinale, les commissaires du gouvernement du Conseil d'Etat ont proposé l'abandon de cette subtilité byzantine. Ainsi G. TEISSIER, dans sa croisade contre la distinction, restreint dès 1903 la catégorie des actes de souveraineté aux actes législatifs et réglementaires, aux actes de gouvernement, faits de guerre et actes juridictionnels¹⁴⁶. Le commissaire du gouvernement ROMIEU s'engouffra dans la brèche ouverte pour proposer l'abandon même du principe d'irresponsabilité à l'égard des actes de souveraineté au profit d'une responsabilité atténuée par l'exigence d'une faute qualifiée, ce qui constituait alors un progrès. Pour lui, l'expression « acte de puissance publique » n'était pas clairement définie, et celle d'acte de police paraissait trop élastique¹⁴⁷. Il faut dire que sous l'empire de cette distinction, certaines responsabilités engagées ne s'expliquaient pas : celle des services de police des ports, celle des services de surveillance des crues¹⁴⁸.

On conçoit qu'il ne faille pas pour des raisons politiques que la responsabilité permette une remise en cause indirecte de commandements qui sont l'œuvre d'autorités instituées pour le bien commun. L'obéissance à ces actes doit être un réflexe parce qu'ils sont accomplis dans l'intérêt des administrés, de sorte que la volonté publique exprime leur propre volonté. Il faut ainsi comprendre les propos de B. de SPINOZA : « en droit la souveraine puissance ne saurait me commander d'agir contre les principes de la raison. Peut-elle rester l'autorité légitime sans risquer de se contredire ? Nous lui devons obéissance en tout dans la mesure où c'est la raison qui nous ordonne d'obéir »¹⁴⁹.

Il demeure une incertitude quant à savoir quel est cet intérêt commun que l'individu doit entrevoir pour se soumettre volontairement à l'autorité publique. Mais d'ores et déjà nous apercevons qu'il n'y a finalement parmi les actes de l'administration que des actes de gestion, de gestion des affaires publiques, de gestion de leurs affaires confiées par les citoyens à la responsabilité des personnes publiques.

¹⁴⁶ Concl. Sur C.E., 29 mai 1903, *Le Berre*, Rec. p. 414 ; D. 1904, 3, p. 89.

¹⁴⁷ Concl. Sur C.E., 10 fév. 1905, *Tomaso-Grecco*, D. 1906, 3, p. 381.

¹⁴⁸ Voir concl. ROMIEU ibid. Voir F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, p. 150, citant C.E., 26 fév. 1863, *Guilhaud* et C.E., 6 avr. 1870, *Mallet*.

¹⁴⁹ SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chapitre XVI, 1670.

2) *La distinction des actes de l'administration et des actes de gouvernement.*

Après avoir réfléchi à la pertinence de la distinction des actes de gestion et des actes de souveraineté, on s'étonne de devoir faire le constat qu'il existe encore des actes qui n'engendrent la responsabilité de l'Etat qu'à titre en principe exceptionnel. Nous voulons aborder ici le problème de tous les actes publics qui ne sont pas des actes administratifs et ne peuvent donc faire l'objet d'une censure du juge par défaut de compétence. Les textes attribuant son rôle au juge de l'administration n'ont en effet prévu sa compétence que pour connaître des actes des « diverses autorités administratives ». Il s'agit de l'ordonnance du 31 juillet 1945¹⁵⁰, mais plus fondamentalement de la loi du 24 mai 1872¹⁵¹. Certains actes du pouvoir pourraient donc échapper au contrôle et au droit de la responsabilité parce qu'ils ne sont simplement pas le fait de l'administration au sens étroit.

Une première conséquence de ces dispositions tient en ce que le juge administratif ne peut connaître de la responsabilité qui découlerait des dommages causés par la loi si cela doit le conduire à la juger¹⁵². Car il est vrai que ces actes participent incontestablement de l'exercice de la souveraineté sans être des actes administratifs. Le juge n'est amené à en connaître le plus souvent qu'à propos d'actes administratifs les appliquant. Cependant, il s'agit bien d'une source de dommages occasionnés par la puissance publique, et l'on doit noter que la responsabilité en découlant n'est pas exclue quoique fort limitée. Le juge administratif s'interdit de voir dans l'acte législatif la commission d'une faute. Fût-elle contraire au droit international¹⁵³, la loi n'est pas directement critiquable devant la juridiction administrative. Certes l'Etat engage sa responsabilité pour faute lorsqu'il adopte un règlement d'application d'une loi contraire à une directive européenne, mais ce n'est pas la loi qui est directement contestable devant le juge, c'est la décision administrative qui applique la loi

¹⁵⁰ Loi n°45-1708. Art 32 : « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative ».

¹⁵¹ Art. 9 : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

¹⁵² Certains auteurs comme R. CHAPUS ont avancé que le juge administratif ne pouvait pas censurer la loi parce que c'est la loi qui l'a lui-même créé. C'est de la loi du 24 mai 1872 qu'il tient son pouvoir juridictionnel. Rares sont les arrêts explicitant ce raisonnement. On peut relever C.E., 5 mars 1926, *Panisse*, Rec. p. 245, où la loi de 1872 est directement invoquée pour limiter le contrôle aux seuls actes administratifs. Mais aujourd'hui, le statut du juge administratif est reconnu comme ayant valeur constitutionnelle.

¹⁵³ Le grief d'inconstitutionnalité de la loi ne peut pas être soulevé devant le juge ordinaire en France. C.E., Sect., 6 nov. 1936, *Arrighi*, Rec. p. 966. Seul le grief tiré de la non-conventionnalité de la loi au regard d'un

illicite¹⁵⁴. En principe la seule responsabilité que peut encourir l'Etat législateur est une responsabilité sans faute fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques. Sur ce point la différence de préoccupations apparaît nettement entre le juge international et le juge interne¹⁵⁵. La Cour de Justice des Communautés Européennes ne craint pas de considérer que la loi d'un Etat constitue une faute au regard du droit supranational¹⁵⁶.

En France, les conditions de réalisation de cette responsabilité posées par le Conseil d'Etat dans sa décision *La Fleurette*¹⁵⁷ sont si restrictives qu'il ne les a considérées remplies que très peu de fois¹⁵⁸. En effet, la jurisprudence de la Haute Assemblée tend à présumer très facilement la volonté étatique de refuser l'indemnisation des conséquences dommageables de la loi, dès lors que celle-ci a été adoptée dans un intérêt général et prééminent. Ne pourrait-on pas voir dans le fait de discriminer selon que certaines lois seraient d'un intérêt supérieur une persistance de l'idée de souveraineté ? Certainement pas, car si la loi est souveraine elle l'est toujours. La distinction nous rappelle seulement que c'est à l'aune de leur utilité sociale que les actes juridiques sont dotés d'une force plus ou moins impérieuse.

En tout état de cause, l'existence même d'une responsabilité du fait de la loi a marqué une défaite pour la doctrine souverainiste. C'est d'ailleurs cette responsabilité du fait des lois qui pourrait inspirer la possibilité extraordinaire d'imputer à l'Etat une responsabilité du fait des actes de gouvernement.

La notion d'acte de gouvernement, élaborée par les juridictions administratives pour ne pas intervenir dans les domaines politiques¹⁵⁹, aurait pu s'habiller d'une justification tirée

traité international est recevable, mais il n'aboutit pas à l'invalidation de la loi. Voir C.E., A., 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190.

¹⁵⁴ C.E., A., 28 fév. 1992, *S.A. Rothmans International France*, Rec. p. 78. Mais il faut noter que dans l'affaire *Plan* plus récente, l'imputation de la responsabilité sans faute a été attribuée au législateur alors que la loi ne faisait que transposer une réglementation communautaire : C.A.A., Lyon, 1^{er} fév. 1994, *Plan*, D. 1994, p. 442. Et C.E., 21 janv. 1998, *Ministre de l'Environnement c/Plan*, Rec. p. 19 ; D.A. avril 1998, p. 26 note Paillet ; R.F.D.A. 1998, p. 461.

¹⁵⁵ Voir G. ALBERTON, *Le régime de responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire: de la contradiction à la conciliation*, R.F.D.A. 1997, p. 1017.

¹⁵⁶ C.J.C.E., 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci c/République italienne*, A.J.D.A. 1992, p. 143, note Le Mire.

¹⁵⁷ C.E., 14 janv. 1938, *Société Anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. p. 25 ; S., 1938,3,25, concl. Roujou, note Laroque ; D. 1938,3,41, concl. Roujou, note Rolland ; R.D.P. 1938, concl. Roujou, note Jèze. Il faut que le dommage soit anormal et spécial et en outre que le législateur n'ait pas entendu exclure cette indemnisation.

¹⁵⁸ Rarissimes applications positives : C.E., 21 janv. 1944, *Caucheteux et Desmots*, S. 1945,3, p. 13. - C.E., Sect. 25 janv. 1963, *Bovero*, Rec. p. 53, J.C.P. 1963 n° 13326, A.J.D.A. 1963, p. 94. Pour ce qui est des juges du fond, responsabilité admise récemment par C.A.A., Lyon, 1^{er} fév. 1994, *Sieur Plan*, D. 1994, p. 442, note Romi ; mais rejetée C.E., 21 janv. 1998, *Plan*, D.A. avril 1998, p. 26 note Paillet ; R.F.D.A. 1998, p. 461. Et récemment dans l'hypothèse d'une indemnisation expressément réservée par la loi C.E., 30 juin 1999, *Sarfati*, D.A. 1999, n°247 : responsabilité admise en son principe mais rejetée pour défaut de certitude du préjudice.

¹⁵⁹ Voir C.E., 9 mai 1867, *Duc d'Aumale*, Rec. p. 472 ; S. 1867,2, p. 124, concl. Aucoc.

de la souveraineté à l'époque où prit fin la théorie du mobile politique avec la décision *Prince Napoléon*¹⁶⁰. De fait, les domaines dans lesquels la Haute Juridiction reconnaît ces actes concernent des activités régaliennes du pouvoir puisqu'il s'agit de la conduite des relations internationales de la France d'une part¹⁶¹, et des rapports constitutionnels entre les pouvoirs publics dans l'ordre interne d'autre part¹⁶². Aujourd'hui cette catégorie se réduit comme peau de chagrin. Afin d'étendre son contrôle dans ce domaine, la jurisprudence se réfère au critère de la « détachabilité » des actes administratifs, par rapport aux relations internationales depuis les années 1920¹⁶³, et plus récemment par rapport aux actes mettant en cause le pouvoir parlementaire¹⁶⁴.

Mais, même si de fait aucun acte de gouvernement reconnu n'a jamais pu faire l'objet d'une condamnation contentieuse en indemnité, il n'est pas interdit de penser depuis l'arrêt *Cie Générale d'Énergie Radio-électrique*¹⁶⁵ rendu par le Conseil d'État en 1966, qu'un acte de gouvernement lié à l'existence d'un traité puisse engager la responsabilité de l'État sans faute¹⁶⁶. Depuis cette date, la responsabilité de l'État est théoriquement envisageable du fait d'un traité international. De ce point de vue, il faut tenir pour remarquable la position de la Commission européenne des droits de l'homme impliquant qu'une requête dirigée contre un acte interne de gouvernement méconnaissant un droit détenu par un citoyen au titre de la Convention européenne des droits de l'homme puisse être portée en litige devant la Cour de

¹⁶⁰ C.E., 19 fév. 1875, Rec. p. 155 ; concl. David, D. 1875,3,18 ; confirmé par T.C., 5 nov. 1880, *Marquigny*, D. 1880,3, p. 121.

¹⁶¹ Par exemple l'acte par lequel le Président de la République décide la reprise des essais nucléaires par la France ne peut être contesté en excès de pouvoir : C.E., A., 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, A.J.D.A. 1996, p. 684, chron. Stahl et Chauvaux ; J.C.P. 1996,II,22582, note Moreau ; R.F.D.A. 1996, p. 383, note Ruzié. De même le décret par lequel le Président de la République nomme une personne au Conseil Constitutionnel n'est pas susceptible de recours : C.E., A., 9 avr. 1999, *Mme Ba*, R.F.D.A. 1999, p. 566, concl. Salat-Baroux ; A.J.D.A. 1999, p. 461 et 409, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; R.D.P. 2000, p. 376, chron. C. Guettier.

¹⁶² Principalement pour ce qui est des rapports entre le gouvernement et les assemblées parlementaires.

¹⁶³ C.E., 5 fév. 1926, *Dame Caraco*, Rec. p. 125 ; D. 1927,3, p. 1 note Devaux.

¹⁶⁴ Voir pour le contrôle de la régularité des procédures de passation des marchés par l'Assemblée Nationale : C.E., A., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée Nationale*, R.F.D.A. 1999, p. 333 concl. C. Bergeal. Et pour la décision du gouvernement de nommer un parlementaire en mission : C.E., Sect., 25 sept. 1998, *Mégret*, Rec. p. 340 ; D.A. janv.1999, p. 24. Enfin, s'agissant de la décision appartenant au premier ministre d'engager la procédure prévue à l'article 37, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 afin d'obtenir du Conseil Constitutionnel la délégalisation d'un texte de forme législative : C.E., Sect., 3 déc. 1999, *Assoc. Ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, J.C.P. 1999, actualité p. 2237 ; A.J.D.A. 2000, p. 170 ; R.F.D.A. 2000, p. 59 concl. F. Lamy.

¹⁶⁵ C.E., A., 30 mars 1966, Rec. p. 257.

¹⁶⁶ Cf. J. MOREAU, op. cit., p. 18. L'auteur cite aussi C.E., Sect. 29 oct. 1976, *Consorts Burgat*, Rec. p. 452. Dans le même sens : G. SOULIER, *Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique*, R.D.P. 1969, p. 1068 et 1069 ; H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999, p. 354.

Strasbourg¹⁶⁷. La Commission a en effet écarté une requête dirigée contre la décision française de reprise des essais nucléaires au motif que les demandeurs n'établissaient pas avec suffisamment de certitude leur qualité de victime¹⁶⁸. Ainsi, il est fort probable qu'en présence d'un tel acte le juge européen accepte un jour de trancher la question de l'indemnité sans avoir besoin de se pencher sur la question de l'opportunité juridique de l'acte de gouvernement en cause¹⁶⁹. Cependant l'intérêt de cette construction bute pour l'instant sur le peu de recours pouvant l'alimenter.

On doit donc s'en remettre au droit positif interne et à la constance avec laquelle la jurisprudence française rejette tout recours en indemnité contre des actes du pouvoir exécutif qui, parce qu'ils « mettent en cause les rapports de la France avec les Etats étrangers », sont des actes de gouvernement. En outre, on pourrait encore soutenir logiquement que les traités ne sont pas des actes du gouvernement, puisque de toute manière ce sont des actes législatifs de ratification qui les incorporent dans notre droit¹⁷⁰, ce qui déplace quelque peu le problème.

Si l'on nous suit dans nos circonvolutions d'esprit, alors on ne doit pas voir d'objection à la proposition suivante : que le juge ne soit pas apte à censurer la légalité d'actes « mixtes » ou « gouvernementaux » étant admis, on peut néanmoins suggérer qu'il connaisse des actes administratifs refusant réparation aux administrés l'ayant sollicité sur le principe de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Le Conseil d'Etat n'a-t-il pas lui-même ouvert la voie d'une telle réparation dans son arrêt *Perruche* ? Dans cette affaire, il octroyait réparation à raison des risques auxquels a été exposé un diplomate français obligé de demeurer en poste par le gouvernement au moment où éclatait la guerre de Corée¹⁷¹. Ne serait-il pas logique d'admettre pour des dommages trouvant leur source dans l'activité du pouvoir exécutif la même solution qu'à l'égard de ceux causés par un pouvoir législatif supérieur ?

Si formellement la responsabilité pour faute est impossible à l'égard de ces actes, c'est donc pour une autre raison. Tout simplement, la seule explication juridique est celle de l'incompétence de tout juge pour en connaître dans la mesure où ce ne sont pas des actes

¹⁶⁷ Cf. H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999, p.357 à 359.

¹⁶⁸ Req. N°28204/95 du 4 déc. 1995, *N. Taira et 18 autres c/France*, DR 83-A p. 112 ; R.G.D.I.P. 1996, p. 741, comm. E. Decaux.

¹⁶⁹ Cf. H. MUSCAT, *ibid.*

¹⁷⁰ En ce sens : R. CHAPUS, *L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?*, D. 1958, chron. p. 7. Opinion partagée par M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p. 787. Toutefois, si certains accords internationaux de moindre importance sont ratifiés en forme simplifiée, ils le sont sous le contrôle du Président de la République élu au suffrage universel direct.

¹⁷¹ C.E., Sect., 19 oct. 1962, *Perruche*, Rec. p. 555 ; A.J.D.A. 1962, p. 689.

administratifs¹⁷². Parmi les rares explications proposées par la doctrine pour cerner cette notion, une seule paraît avoir été confirmée par les évolutions de la jurisprudence. C'est la position que soutenait R. CHAPUS dès 1958 qui emporte notre adhésion¹⁷³. Les fonctions gouvernementales et administratives réunies dans la personne des ministres et hauts fonctionnaires ne se confondent pas. Ces actes sont supra-administratifs, semi-législatifs pour ce qui concerne les relations avec les autres peuples, semi-constituants en ce qui concerne les relations entre l'exécutif et le parlement.

Les actes de gouvernement ont à l'égard du juge les mêmes effets que des actes législatifs. Ils sont si essentiels à la vie de la République que c'est tout aussi bien le législateur qui eut pu les prendre. C'est pour préserver la stabilité des institutions et donc indirectement la survie de l'Etat qu'existera toujours l'acte de gouvernement, sorte de raison d'Etat légitime. C'est sous cet éclairage qu'il faudrait comprendre l'impossibilité formelle d'obtenir du juge des dommages et intérêts des suites de faits de guerre en l'absence d'une législation spéciale.

Depuis toujours, il faut une loi pour obtenir réparation des dommages qui se rattachent « à la conduite de la guerre ou à des opérations de guerre »¹⁷⁴. « En l'absence d'une disposition législative ouvrant droit à indemnité, la Responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée de ce fait »¹⁷⁵.

Une des justifications proposées par la doctrine présente les faits de guerre comme des cas fortuits ou des causes étrangères dont la puissance publique n'a pas la maîtrise mais qu'elle accepte de prendre en compte au même titre qu'une calamité nationale¹⁷⁶. « C'est la guerre et non le service qui a causé le dommage, et dès lors l'armée ne peut être déclarée responsable »¹⁷⁷. Bien sûr la guerre balaie les hommes comme des fétus de paille, mais où sont ses causes naturelles ? Serions-nous condamnés à nous exterminer pour pallier le surpeuplement consécutif à notre expansion inévitable et incontrôlable ? Comment partager l'idée que la guerre est une fatalité ? A quoi servent la diplomatie et la parole ? Certes il est des conflits où l'on défend face à une agression aussi inattendue qu'injuste, mais la défense peut bien être une nécessité, elle résulte néanmoins d'une décision humaine. Et si l'on cherche

¹⁷² Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°1152.

¹⁷³ Mais avant lui, une part éminente de la doctrine avait défriché la voie : ainsi Laferrière, Hauriou et Odent.

¹⁷⁴ C.E.,A, 16 oct. 1970, *Epoux Martin.*, Rec. p. 593 ; J.C.P. 1971,II,16577 concl. Braibant, note Ruzié.

¹⁷⁵ C.E., 31 mai 1961, *Cie Française des cuirs*, A.J.D.A. 1962, p. 64 obs. C.M.

¹⁷⁶ LASRY et GEORGES, *Responsabilité de la puissance publique*, Encyclopédie Dalloz, n° 44.

¹⁷⁷ J.-M. BECET, *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers*, th. L.G.D.J. 1969, p. 310.

les causes de l'agression, ne peut-on trouver quelque part un zeste de provocation, un manque de générosité, de lucidité de la part des gouvernants « irresponsables » ? Si la guerre était une fatalité aurions nous construit l'Europe ?

Ce n'est pas la réflexion contemporaine et juridique qui peut répondre seule à ces questions, mais, en droit, notre pensée ne peut les ignorer. Le bon sens est de toute époque. Ainsi F. LARNAUDE déclarait dans un discours du 11 janvier 1915 : « Il ne faut pas que les juristes continuent à traiter la guerre de simple cas fortuit ou de force majeure pour ceux qui en subissent les horreurs ». L'auteur qui rapporte ces mots poursuit : « La guerre n'est pas un cas fortuit, elle est un fait national ; la nation doit donc être responsable des dommages injustes, spéciaux, exceptionnels, qu'elle pourrait causer »¹⁷⁸. Pour J. BARTHELEMY « la force majeure, ou le cas fortuit, c'est la foudre, le tremblement de terre, l'inondation, c'est-à-dire : ce sont des faits complètement étrangers à l'organisation politique, à la volonté et à l'existence de l'Etat. Il en est tout différemment de la guerre qui est, au contraire, une des manifestations les plus caractéristiques de la vie de l'Etat »¹⁷⁹. Et lorsque l'on démontre que l'armée n'est pas la vraie cause des dommages de guerre, nous sommes tout prêt à le croire. Car c'est la puissance publique représentée par le gouvernement qui est une cause plus déterminante des conflits armés.

L'explication de l'irresponsabilité par la force majeure n'est pas satisfaisante, on le voit. Nous pensons que les faits de guerre doivent être rattachés aux actes de gouvernement. C'est la seule possibilité d'expliquer une jurisprudence épidermique et peu rationnelle. Pour apprécier la recevabilité des recours en indemnités, la jurisprudence opère une distinction selon le lieu où se sont produits les faits de guerre. A l'égard des faits de guerre survenus sur le territoire national, le Conseil d'Etat accepte d'examiner la requête au fond. Il refuse la réparation en raison de l'existence d'une législation spéciale et de tribunaux spéciaux comme il en est toujours après les conflits mais, même sans cette considération, il exclut la responsabilité de l'Etat. En revanche, lorsque les faits se sont produits à l'étranger, la Haute Juridiction rejette le recours en raison de son incompétence pour en connaître. Pour le juge, les faits de guerre ne sont assimilables à des actes de gouvernement que dans cette seconde hypothèse. Cette jurisprudence semble établie depuis 1943¹⁸⁰. Auparavant, tous les faits de

¹⁷⁸ J. BARTHELEMY, *Le droit à réparation des dommages causés par la guerre. Ses conditions et ses modalités*, Publications du C.N.A.R.I.D.G., fasc. K. Voir M. SOUSSE, *La notion de réparation des dommages en droit administratif français*, th. L.G.D.J. 1994, p. 242.

¹⁷⁹ Ibid. fasc. B, p. 33.

¹⁸⁰ D'après M. WALINE dans sa note sous C.E., 30 mars 1966, *Société Ignazio Messina*, Guyot, R.D.P. 1967, p. 143.

guerre étaient insusceptibles de contentieux. On peut supposer que cette distinction n'a de légitime que le progrès qu'elle réalise. On a tenté de l'expliquer par la considération que seules les opérations militaires à l'étranger feraient naître des relations du gouvernement français avec des puissances étrangères et poseraient une question de droit international. On ne peut adhérer à cette idée car il faudrait admettre que selon le côté de frontière où se déroule la lutte, la relation est internationale pour l'agresseur et non pour l'Etat agressé. Selon l'avis de P. DUEZ, « la distinction faite par la jurisprudence entre les dommages de guerre causés sur le territoire national, qui n'engendrent pas l'acte de gouvernement et ceux causés hors du territoire national qui font apparaître l'acte de gouvernement, n'a aucune base de logique juridique. Rationnellement, il faudrait toujours admettre l'acte de gouvernement, ou toujours le rejeter. »¹⁸¹.

L'avis de R. CHAPUS sur la question nous semble bien le plus pertinent. En définitive, les actes de gouvernement ne peuvent former une catégorie d'actes que s'ils correspondent à certaines activités précises de l'Etat qui ne sont pas des activités d'administration. « Assurer le fonctionnement des institutions politiques et des mécanismes du régime parlementaire, entretenir les relations diplomatiques ou faire la guerre, est-ce exercer une activité administrative ? Nous ne le pensons vraiment pas »¹⁸². La guerre est une activité qui conditionne parfois la survie de l'Etat, en tout cas c'est au peuple qu'il appartient de la décider. Si le lieu et l'ampleur des événements peuvent influencer la solution c'est simplement pour qualifier les faits. De deux choses l'une en effet ; ou les faits sont des opérations militaires assimilables à des événements de guerre et il s'agit alors d'une activité supra-administrative, ou ce sont des révoltes, escarmouches, pillages et autres larcins, et l'Etat peut être responsable pour carence dans le maintien de l'ordre par ses services de police¹⁸³. Pour faire reconnaître une responsabilité sans faute à l'égard des actes de gouvernement, nous pensons que la meilleure solution consisterait à admettre la réparation de ces dommages devant le juge, sauf à la loi de limiter ce droit dans les conditions qu'elle estime adaptées à chaque conflit. Politiquement délicate, cette option permettrait que ne soient plus laissés sans recours les dommages nés de fait de guerre ne remplissant pas les conditions exigées par les lois d'indemnisation¹⁸⁴.

¹⁸¹ P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, éd. Sirey, Paris, 1935, p. 71.

¹⁸² R. CHAPUS article précité, p. 8.

¹⁸³ Réserve faite de la théorie des circonstances exceptionnelles.

¹⁸⁴ Ex. C.E., 5 mai 1950, *Clemencelle*, Rec. p. 265. - C.E., 1^{er} déc. 1950, *Vancon*, Rec. p. 868.

Nous pouvons donc supposer, qu'aujourd'hui plus aucun acte de la puissance publique ne doit échapper, par sa nature, au principe général de responsabilité ; encore moins à raison de la souveraineté. Nous avons montré que les actes de gouvernement sont insusceptibles de recours contentieux en annulation parce qu'ils sont des actes quasi-législatifs et non parce qu'ils expriment une volonté souveraine. Or, comme tous les actes accomplis dans un Etat de droit, ils ne peuvent jouir d'une immunité contentieuse qu'à la condition de ne pas causer de préjudice anormal. Ils peuvent en tout état de cause engendrer la responsabilité sans faute de l'Etat sur des fondements que nous précisons, mais qui ne peuvent plus désormais reposer sur cette idée accompagnant la doctrine souverainiste : la récurrente rhétorique des secours.

§2 La récurrence des secours, confirmation ou atténuation des doctrines de souveraineté ?

Paradoxalement, la souveraineté n'a jamais exclu l'indemnisation des dommages. Antinomique à la responsabilité, la théorie impérialiste s'est pourtant toujours accommodée d'un devoir de réparation justifiée par une morale de charité prenant la forme de secours. En effet, le propre du secours est de ne pas être obligatoire, de ne pas constituer un droit pour la victime. En tant que prémisses à la responsabilité, la notion de secours appelle quelques précisions (A) qui permettront de mieux en mesurer la valeur (B).

A) La notion de secours comme corollaire des doctrines de souveraineté

La première caractéristique du secours est qu'il n'est pas obligatoire et constitue néanmoins un devoir. Il ne crée pas d'obligation juridique mais seulement morale dans l'adoption de mesures charitables. En cela, la notion ancienne a été entretenue par les

doctrines libérales élaborées depuis le XVIIIème siècle¹⁸⁵. Si l'indemnisation était un droit alors la victime pourrait réclamer contre l'Etat, ce qui n'est pas possible si celui-ci refuse souverainement de réparer. Il découle de la nature même des secours que les indemnités octroyées n'ont pas de correspondance adéquate avec la réalité des dommages subis. Ainsi, l'Ancien Régime pouvait verser des indemnités très partielles en nature ou en espèce, ou bien accorder des exemptions d'impôts¹⁸⁶. Le législateur républicain pour sa part a souvent privilégié le système du forfait. Enfin, la mise en place de secours intervient selon les besoins forcément *a posteriori* et ponctuellement.

Les textes en témoignent, depuis l'avènement des premiers souverains de France, la puissance publique a organisé l'indemnisation de certains dommages résultant des sujétions de la vie en collectivité. Or, il s'agissait des dommages ressentis le plus cruellement et le plus iniquement par la population, de ceux donc qu'il était nécessaire de réparer afin de prévenir la distension du sentiment social, afin d'anticiper ainsi la crise de légitimité du pouvoir. Deux exemples permanents en étaient fournis avec les conséquences dommageables des guerres (1) et les dépossessions de biens immobiliers privés (2).

1) Les conséquences dommageables des guerres

Au premier rang des préjudices pris en compte par les pouvoirs publics parmi ceux les plus mal vécus par les populations, sont ceux nés des guerres. Ainsi, dès leur avènement, les capétiens avaient institué des secours au profit des vétérans blessés au cours de leurs campagnes militaires¹⁸⁷. C'est d'ailleurs une constante de notre histoire que les dommages subis par les agents militaires de la puissance publique sont toujours pris en charge par la collectivité¹⁸⁸.

A l'égard des civils, la pratique de la réparation est plus lente à s'établir. Mais la tradition bien qu'imparfaitement respectée¹⁸⁹ pénètre les esprits juridiques, et en trois siècles d'émergence d'une politique de secours « on est passé de la non-indifférence polie à un

¹⁸⁵ F. EWALD, *L'Etat-Providence*, Grasset 1986, p. 55.

¹⁸⁶ M. SOUSSE, *op. cit.*, p. 236.

¹⁸⁷ Par exemple édit de François 1^{er} du 24 juin 1534, cité par C. BRECHON-MOULENES, *op. cit.* p. 31.

¹⁸⁸ Par exemple la loi des 11 et 18 avril 1831 sur la réparation des invalidités de guerre causées aux militaires.

¹⁸⁹ Selon A. HENRY : « la France monarchique d'avant 1789 n'a jamais réparé que d'une manière très imparfaite les dommages causés par les guerres, pourtant si nombreuses à l'époque ». In *La Révolution et la réparation des dommages de guerre*, Publications du CNARIDG, Fasc. U, p. 2.

interventionnisme systématique »¹⁹⁰. H. GROTIUS fut l'un des premiers auteurs à poser le principe d'un droit à réparation des dommages de guerre : « le droit de la guerre regarde les peuples entre eux et non pas les citoyens entre eux. Entre les citoyens, le dommage doit se répartir également »¹⁹¹. Par ces mots transparait déjà l'idée, que si le citoyen subit pour la collectivité un dommage qu'il n'a pas provoqué, ce dommage doit être réparti sur l'ensemble du peuple. Pourtant il faudra attendre le XXème siècle pour que la notion de secours disparaisse comme fondement de l'indemnisation.

2) *Les dépossessiones de terrains privés*

La seconde source des dommages les plus contestés dans l'opinion publique résulte des dépossessiones en tout genre. En l'absence de textes, c'est sous la forme de suppliques que les victimes saisissaient sous l'Ancien Régime l'administration royale de demandes d'indemnités pour dommages de travaux publics¹⁹². La raison en était que le souverain est « ministre de Dieu pour le bien et doit tout faire conspirer au bien public »¹⁹³. Dès lors que la volonté du peuple réside dans sa personne, il ne peut y avoir de territoire de ses sujets qui ne soit le sien propre. En dépit des affirmations maintenues par les légistes qui déclaraient le roi propriétaire juridique des biens de tous ses sujets¹⁹⁴, les vexations subies dans l'intérêt général pouvaient être compensées. Louis XIV lui-même accordait parfois des indemnités gracieuses à des particuliers expropriés. Qu'il s'agisse de locataires délogés, d'ouvriers blessés ou même de tiers aux ouvrages, le principe de l'indemnité gracieuse semblait à tel point admis au XVIIIème siècle que des administrateurs de l'époque le justifiaient par une véritable coutume obligatoire¹⁹⁵. De fait, l'augmentation des travaux publics avait rendu les expropriations à tel point impopulaires, que le roi avait d'abord pris pour habitude d'imposer aux entrepreneurs et concessionnaires, la charge d'indemniser les propriétaires. Et au milieu du XVIIIème siècle l'Etat ne se reconnaît plus le droit d'exproprier sans indemnité¹⁹⁶.

¹⁹⁰ J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, Paris, Berger-Levrault 1980, p. 64.

¹⁹¹ *De jure Belli, ac pacis*, Lausanne 1751, liv. III, chap. XX, §8.

¹⁹² Cf. M. BOULET-SAUTEL, *Une responsabilité de l'Etat sous l'Ancien Régime ? Dossiers parisiens*. in *La responsabilité à travers les âges*, Economica 1989, p. 89s.

¹⁹³ BOSSUET, *La Politique*, L. VI, Art. 1^{er}, 1^{ère} proposition.

¹⁹⁴ Voir les très nombreuses références bibliographiques citées par P. TIRARD sur cette conception patrimoniale du pouvoir royal. Op. cit. p. 115.

¹⁹⁵ Ibid. p.104.

¹⁹⁶ Cf. J. MASTEAU, *La responsabilité de l'Etat*, th., Sirey, 1927, p. 26.

A l'égard des tiers, il faut attendre une déclaration royale en date du 8 juillet 1759 pour voir poindre le principe d'une indemnisation contenant en germe une véritable reconnaissance de responsabilité de l'administration, en l'occurrence celle des Postes à raison des pertes « d'envois avec chargement »¹⁹⁷. Cependant, aucune de ces dispositions ne peut employer le mot « responsabilité » à une époque où le terme est en gestation et trop empreint de caractère pénal¹⁹⁸. Aussi le législateur a-t-il toujours pris soin de déclarer que ses bonnes grâces ne constituaient pas un droit mais une charité, jusque dans les époques où la réalité juridique commençait à contredire les apparences dogmatiques¹⁹⁹.

B) La réelle valeur des secours comme atténuation du dogme de la souveraineté

Lorsque l'octroi du secours devient la règle et le refus l'exception, on ne peut plus parler de simple faculté d'indemniser pour le pouvoir. En réalité, on joue de façon pragmatique sur les mots en évoquant le devoir moral afin d'indemniser sans laisser espérer un caractère d'automaticité que l'on sait ne pas pouvoir tenir et ne pas être nécessairement un bienfait. Sans remettre totalement en cause la réalité historique globale, nous pouvons prendre en compte le nombre important d'exceptions à l'irresponsabilité publique (1), ainsi que les contraintes réelles passées de l'indemnisation (2), pour en conclure au caractère factice de l'explication souverainiste.

1) L'existence de la responsabilité administrative à l'époque impérialiste

Il y a longtemps, Mérovingiens et Carolingiens avaient décrété un système de responsabilité collective des habitants des villages en cas de vols et de rapines commis sur le

¹⁹⁷ Cf. C. BRECHON-MOULENES, *op. cit.* p. 22.

¹⁹⁸ Voir M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, A.P.D. 1977, p. 45.

¹⁹⁹ Ainsi en a-t-il été des textes accordant des indemnités aux habitants des régions touchées par les guerres. Cf. M. SOUSSE, *La notion de réparation des dommages en droit administratif français*, th. L.G.D.J. 1994, p. 236.

territoire de leur cité²⁰⁰. Certes, les communes ne sont implicitement identifiables par notre droit comme entité publique que depuis la Révolution²⁰¹, mais leur imposer de tout temps l'obligation de réparer ce type de dommage revenait à les inciter à prévenir les troubles. Or, cela pouvait déjà s'analyser en une délégation de puissance publique dans le cadre d'une mission de service public de police²⁰². En tout état de cause, si l'Ancien Régime avait connu un juge administratif de droit commun, celui-ci eut dû connaître de tels litiges. D'ailleurs, si la constitution de 1791 ne reconnaît pas encore la commune comme une administration, la loi du 28 pluviôse An VIII l'implique déjà nécessairement²⁰³. Ainsi, les travaux réalisés par les communes et les départements furent considérés très tôt par le Conseil d'Etat comme des travaux publics pour l'application de cette loi²⁰⁴. L'exemple est particulier mais il montre bien que l'activité régaliennne n'est pas exclusive de toute responsabilité malgré la domination des idées impérialistes.

En réalité, selon nous, il y a toujours eu un seuil de nuisances au-delà duquel l'indemnisation pouvait être accordée malgré le dogme de la souveraineté. Soit qu'il existât des lois spéciales prenant en charge le pire, l'inacceptable, soit que se développassent des pratiques administratives. L'entrée progressive dans l'époque moderne a fait de mieux en mieux ressentir le besoin de sécurité. Et l'ancien adage aurait dû être formulé ainsi : le Prince ne peut mal faire jusqu'à un certain seuil. Ce seuil aurait pu être dénommé seuil d'anormalité, mais situé à un niveau de tolérance si grand pour les citoyens par rapport à ce qu'il est devenu, le parallèle de vocabulaire ne serait pas forcément judicieux. Les progrès de la société ont multiplié les sources publiques de dommages à tel point que des lois précises ne pouvaient plus les prévoir. En somme, le principe de l'irresponsabilité absolue n'a jamais existé et il faut enseigner que jusqu'en 1872, c'est une irresponsabilité par principe qui dominait et non un principe d'irresponsabilité.

²⁰⁰ Décret de Clotaire en 595 puis capitulaires de Charlemagne. Cf. C. BRECHON-MOULENES, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, th. Paris, L.G.D.J. 1974, p. 25.

²⁰¹ Auparavant, les communes sont considérées en droit comme des groupements privés de citoyens. Pour P. TIRARD c'est seulement depuis la Révolution que la commune est une unité administrative qui détient une part de la puissance publique. op. cit., p. 176. C'est la logique sensible des textes lui octroyant compétence en matière de répression des émeutes. La loi du 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire prévoit que les officiers municipaux sont chargés de dissiper les attroupements et émeutes et sont responsables de leur négligence. Puis la loi du 3 août 1791 impose aux habitants de prêter main-forte aux autorités municipales. Enfin la loi du 10 vendémiaire An IV institue la responsabilité collective des communes en ces matières.

²⁰² Nous ne contestons pas que formellement jusqu'à la loi du 5 avril 1884, la commune n'est pas responsable en tant que personne administrative puisque ce sont les habitants qui sont contraints collectivement à la réparation. Cf. P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, Dalloz, 2^{ème} édition 1938, p. 286.

²⁰³ M. DEGUERGUE, op. cit., p. 55.

²⁰⁴ Pour les communes C.E., sur conf., 2 sep. 1840, *Jardin*, Rec. p. 366. Pour les départements : C.E., sur conf. 4 sept. 1840, *Fortier-Beaulieu*, Rec. p. 375.

2) *Les raisons pragmatiques de la référence au secours non obligatoire*

Si l'obligation ferme de réparer n'était que rarement consacrée autrefois, c'est largement pour des raisons financières. Le Trésor, royal puis républicain, n'y aurait pu fournir. Il était donc vain de promettre comme un droit ce qui eut forcément été une faillite. Mais il y a fort à parier que si l'Ancien Régime avait connu une croissance économique comparable à celle que l'Occident a vécue depuis deux siècles, le dogme de la souveraineté eût périclité plus tôt ou même ne serait pas né sous une forme aussi absolue. La théorie de la souveraineté ne pouvait pas reconnaître un droit à réparation lorsque le propre de la souveraineté était de ne permettre aucune contestation de la légalité des opérations administratives. Conférer un droit à la victime, cela eut abouti à des litiges sur l'application de ce droit économiquement irréaliste. Or, dans l'optique impérialiste, le droit du contentieux administratif n'existe évidemment pas.

Cependant, bien que la réparation ne soit pas alors perçue comme une obligation, elle apparaissait pourtant comme une nécessité à développer pour le pouvoir contraint de se rendre supportable et légitime. Dès qu'il fut possible, le devoir d'indemniser par la notion de secours s'est transformé en une obligation de réparer et d'indemniser. La responsabilité a remplacé en bien des endroits l'octroi de secours. Mais en dehors des cas de responsabilité *stricto sensu*, le secours a pris le nom de garantie sociale. Et la loi de garantie sociale est bien un droit pour la victime, une clause du pacte social dont la méconnaissance engendre alors au contentieux une responsabilité de droit contractuel. Le phénomène d'acceptation progressive de sa responsabilité par la puissance publique vient d'ailleurs confirmer que le droit de la responsabilité trouve sa source fondamentale dans la convention.

SECTION 2

L'ACCEPTATION DE SA RESPONSABILITE PAR LA PUISSANCE PUBLIQUE

En 1873, il est proclamé depuis bientôt vingt ans que la responsabilité de l'Etat n'est ni générale ni absolue²⁰⁵. Mais, il ne faut pas interpréter cette formule comme limitant le principe même de la responsabilité de l'Etat, c'est seulement son étendue qui peut varier par rapport au droit privé. C'est à un principe général que l'Etat est amené à adhérer au XIXème siècle, et la formule du Tribunal des Conflits masque mal les « tractations » qui conduisent le pouvoir à renoncer au paravent de la souveraineté.

Les obligations nouvelles de l'Etat sont purement potestatives dans l'esprit des positivistes, puisque nul ne peut juridiquement le contraindre²⁰⁶. Par exemple, selon l'avis du professeur R. BONNARD, l'Etat souverain n'est pas lié par le droit. En effet, aucune volonté inférieure ne peut actionner une volonté supérieure²⁰⁷. Ce que l'Etat a octroyé comme droit à réparation, il eut pu tout aussi bien l'exclure en légiférant largement sur son irresponsabilité. Mais s'il n'en a généralement pas disposé ainsi, c'est parce que sa décision n'est pas unilatérale en la matière mais bel et bien concertée et négociée. De cela il ressort que la généralisation de la responsabilité de la puissance publique résulte d'une adhésion de cette dernière à une évidence nécessaire (§1), et que l'argument de la souveraineté n'a jamais été un obstacle à l'obligation juridique de réparer mise à la charge des personnes publiques (§2).

§1 L'adhésion progressive de la puissance publique à l'idée de sa responsabilité

Hors du droit il n'y a pas d'Etat ni de puissance publique, on ne rencontre que la tyrannie et la puissance privée. Dans un Etat de droit, la reconnaissance de sa responsabilité par la puissance publique est l'acceptation d'une réalité préexistante. En effet, dès lors qu'un

²⁰⁵ Le trop célèbre arrêt *Blanco* ne fait que répéter une formule usitée au Conseil d'Etat depuis 1855 : C.E., 6 déc. 1855, *Rotschild*, Rec. p. 707.

²⁰⁶ R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Sirey 1911, p. 302.

gouvernement entend nouer des relations légitimes dans sa juridiction, c'est-à-dire des relations de droit, il doit nécessairement répondre du respect de ses engagements. Naturelle dans l'Etat, mais contingentée par des raisons pragmatiques, l'effectivité des règles de responsabilité dut se limiter d'abord à une reconnaissance formelle au sein de régimes législatifs (A), mais finalement, la doctrine et la jurisprudence ont pu faire parler les principes généraux de l'Etat de droit et de raison (B).

A) L'adhésion sous l'influence des régimes législatifs de responsabilité publique

En France, la puissance publique a résisté longtemps à l'engagement de sa responsabilité pécuniaire. A cette fin, l'on a adopté indirectement la règle selon laquelle il ne pourrait pas y avoir de responsabilité publique en dehors de dispositions écrites en ce sens. Il s'agissait alors de ne pas laisser le champ libre au juge ordinaire. Mais en investissant ainsi les représentants du peuple du soin de déterminer les futures règles et principes de la responsabilité publique, on suscitait des débats créatifs et enrichissants consacrant la nécessité des textes (1), d'un potentiel difficilement contrôlable quant à l'apparition future d'un principe général de responsabilité (2).

1) La règle de l'Etat débiteur consacrant la nécessaire apparition des textes

De prime abord, la règle de l'Etat débiteur ne semble pas concerner l'existence de la responsabilité publique puisque les textes sur lesquels le Conseil d'Etat et les auteurs fondèrent la théorie de l'Etat débiteur sont présentés comme des textes de compétence. Cette règle, qui aurait été formulée pour la première fois en 1790, commande que les tribunaux judiciaires ne puissent connaître d'actions qui tendraient à faire déclarer l'Etat débiteur²⁰⁸.

²⁰⁷ *La conception juridique de l'Etat*, R.D.P. 1922, p. 49.

²⁰⁸ L'article 1 de la loi des 17 juillet-8 août 1790 énonce que « nulle créance sur le Trésor Public ne pourra être admise parmi les dettes de l'Etat qu'en vertu d'un décret de l'Assemblée Nationale sanctionné par le Roi » ; un

Ainsi, l'administration active elle-même avant que la juridiction administrative ne s'émancipe, était seule apte à déclarer l'Etat responsable, à l'exclusion des tribunaux judiciaires de droit commun²⁰⁹. Dans la mesure où le droit administratif ne dispose pas de texte général tel que l'article 1382 du code civil pour engager la responsabilité de l'administration en maintes hypothèses, la règle de l'Etat débiteur aboutissait en fait à dénier tout droit à réparation en l'absence de dispositions attributives de compétence contentieuse.

D'ailleurs, cette théorie fut érigée en règle au moment où le juge judiciaire prétendit appliquer aux personnes publiques les articles du code civil pour toute demande en dommages et intérêts afin de justifier sa compétence²¹⁰. La tendance judiciaire s'affirmait dans les années 1820 et des tribunaux civils se déclaraient compétents en vertu de ces « principes généraux » civilistes, concernant des demandes ayant « purement et simplement pour objet une réclamation de dommages et intérêts »²¹¹. La Cour de cassation confirme dès le début la position des juges du fond²¹². Elle se fonde, elle aussi, sur la généralité des termes du code civil : « Attendu, en droit, que les règles posées par les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil sont applicables, sans exception, dans tous les cas où un fait quelconque de l'homme cause à autrui un dommage produit par la faute de son auteur ; que l'Etat, représenté par les différentes branches de l'administration publique, est passible des condamnations auxquelles le dommage causé par le fait et la négligence de ses agents peut donner lieu »²¹³.

Le Conseil d'Etat inaugura sa théorie vraisemblablement en 1835, à tout le moins en matière extra-contractuelle²¹⁴. Mais c'est la doctrine qui l'aurait inspirée dès 1826, par les plumes de CORMENIN et de MERLIN²¹⁵. Les dates confrontées avec celles des ambitions affichées de la Cour de cassation coïncident si parfaitement qu'il paraît raisonnable de conclure que cette jurisprudence administrative fut une réaction vive aux prétentions

décret de la Convention du 26 sept. 1793 énonce de même que : « toutes les créances sur l'Etat seront réglées administrativement ». Cités par R. MARCQ, op. cit., p. 287.

²⁰⁹ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, collec. Thémis, PUF 1995, p.49.

²¹⁰ Cf. G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition 1800-1872*, L.G.D.J. 1999, p. 478.

²¹¹ Ex. le tribunal civil de Dunkerque, dans l'affaire *Questel*, C.E., confl. 27 août 1833, R. et L. V.396. Pour une liste des jugements civils de l'époque voir H.-F. KOEHLIN, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'An VIII à 1873*, th. Paris, L.G.D.J. 1957. p. 110s.

²¹² Ex. Cass. Req., 19 juil. 1826, *Octrois c. Lieutaud*, S. 1827,1, p. 232.

²¹³ Arrêt très solennel Cass. Civ. Req., 1^{er} avr. 1845, S. 1845,1, p. 363.

²¹⁴ L'arrêt le plus ancien recensé par H.-F. KOEHLIN est C.E., confl., 26 août 1835, *Clament-Zuntz*, R. et L. VI.185-186, Rec. p. 540, ct 21 oct. 1835, *Duchutellier*, Rec. p. 570. op. cit., p. 118.

²¹⁵ Voir M. DEGUERGUE, op. cit., p. 47.

judiciaires²¹⁶. Toutefois le principe d'exclusivité de compétence administrative connaissait de nombreuses exceptions²¹⁷.

Certains textes instituait la compétence du juge judiciaire pour fixer le montant des indemnités à la charge de l'Etat. Par exemple, la loi du 22 août 1791 instaurait une responsabilité de l'Etat pour certaines fautes des préposés des douanes. De même, en matière d'atteinte à la propriété, la célèbre loi du 8 mars 1810 chargeant les tribunaux civils de prononcer l'expropriation et d'en liquider les indemnités, a été confirmée par celles du 22 juillet 1833 et 3 mai 1841. Aucun esprit général ne ressortait de ces régimes tous très différents, même si la plupart des textes s'inspiraient de la doctrine des secours. Ce qui est certain en revanche, c'est que ces exceptions étaient motivées par la grande impopularité de l'absence de juste compensation. Il en allait ainsi pour la loi de 1810²¹⁸, et forcément de tous les cas d'attribution de compétence au juge judiciaire. Aussi, parfois la jurisprudence administrative pionnière du principe acceptait-elle la compétence du juge judiciaire sans texte.

La jurisprudence dégagait très tôt les théories de l'emprise et de la voie de fait²¹⁹. Il faut reconnaître que ces théories reprenaient le principe du juge judiciaire gardien de la propriété privée consacré dans le texte en 1810²²⁰, et en adoptaient les motivations profondes consistant à attribuer la compétence à un magistrat inspirant la confiance du citoyen. En somme, la théorie de l'Etat débiteur apparaissait bien comme un mécanisme de limitation de la responsabilité publique, par conséquent appelée à disparaître au fur et à mesure du progrès économique, et du progrès juridique consistant en l'élaboration de textes à la demande pressante des citoyens victimes de dommages qui donneraient naissance à l'idée d'un principe général de responsabilité administrative.

²¹⁶ A cela s'ajoutait une autre préoccupation plus ponctuelle, celle d'endiguer les demandes des créanciers de la liste civile de Charles X, la loi du 8 avril 1834 ayant mis ces dettes à la charge du Trésor. Voir F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, P.U.F., coll. Thémis, 1995, p. 128-129.

²¹⁷ Cf. L. ROGER, *De la responsabilité civile de l'Etat*, th. Montpellier, Rousseau 1900, p. 136.

²¹⁸ Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 4^{ème} éd. p. 548.

²¹⁹ Voir parmi de nombreux exemples : C.E., sur conf. 27 sept. 1827, *Rousseau*, Rec. p. 504. Et consacrant la théorie : T.C., 16 nov. 1901, *Olivier Zimmermann*, Rec. p. 812 ; D.1903,3,22; S.1904,3, p. 101.

²²⁰ D'ailleurs la voie de fait est au début une expression synonyme d'emprise irrégulière sur le terrain privé uniquement. Cf. M. DEGUERGUE, op. cit. p. 63.

2) Des textes précurseurs d'une reconnaissance de responsabilité.

La première loi consacrant une authentique responsabilité de l'Etat concerne un domaine traditionnellement considéré comme régalien²²¹. C'est pour les refus injustifiés des douanes de délivrer des acquits de paiement que l'Etat s'oblige à réparation par la loi du 22 août 1791²²². De son côté, à la même époque la législation sur les indemnités dues par la régie des postes forme un ensemble trop complexe et trop disparate pour pouvoir être répertorié comme une réelle responsabilité. Cependant, elle accordait un droit à indemnité certain pour les lettres chargées²²³, tandis que le principe de l'irresponsabilité demeurait pour le courrier affranchi mais non chargé²²⁴.

Plus important, la loi la plus significative des prémisses de la responsabilité dès l'époque révolutionnaire est celle du 11 août 1792 que l'Assemblée législative vota pour la réparation des dommages de guerre. Amélioré par la loi du 14-16 août 1793, ce texte fut éphémère car remplacé dès le 19 vendémiaire de l'an VI par un autre renouant avec les principes de secours. Néanmoins, de l'avis de L. DUGUIT, la Convention « consacre l'obligation juridique pour l'Etat de réparer tout le préjudice occasionné aux particuliers par les opérations de guerre »²²⁵. Il suffit de se reporter aux déclarations de l'instigateur de la loi de 1793 pour se rendre compte de l'acuité de son raisonnement quant à la distinction des secours et de la responsabilité. Selon MIGNET, « la société n'ayant aucun moyen de prévenir les divers fléaux de l'atmosphère qui peuvent plus ou moins dévaster son territoire, n'a jamais pu promettre à ceux qui ont contracté avec elle de les garantir des suites de ces événements »²²⁶. En revanche, l'auteur de ces lignes estime que le droit à réparation des victimes de dommages causés par la guerre tient à la nature particulière de cet événement qui contrairement aux fléaux de la nature n'est pas inévitable puisque provoqué par les parties en présence. Tel ne fut pas l'esprit du texte de l'an VI qui faisait totalement l'amalgame en considérant les fléaux naturels et les guerres comme des cas fortuits. En réalité, si le système des secours a été substitué à celui de la réparation, c'est uniquement pour des raisons de trésorerie. On peut d'ailleurs lire dans la circulaire interprétative de la loi nouvelle ces mots

²²¹ On notera l'existence d'une ordonnance royale de 1788 admettant pour la première fois le principe de responsabilité de l'Etat en matière d'erreur judiciaire. Voir J. MASTEAU, *La responsabilité de l'Etat*, th. Sirey 1927, p. 29, se référant à E. DEVEZE, *De la responsabilité civile de l'Etat en cas d'erreur judiciaire*, p. 31 à 34.

²²² Cf. C. BRECHON-MOULENES, op. cit., p. 24.

²²³ Loi du 26 août 1790 et Décret du 17 août 1791.

²²⁴ Loi du 5 nivose an V.

²²⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 3^{ème} éd., Fontemoing 1930, p. 575.

²²⁶ Arch. Parl., 1^o série, t. LIX, p. 289, cité par M. SOUSSE, op. cit. p. 238.

du ministre de l'Intérieur LETOURNEUX prescrivant de « concilier les droits du malheur avec l'économie des dépenses »²²⁷.

Au XIX^{ème} siècle, l'idée d'un droit à réparation est rejetée systématiquement pour ce même motif²²⁸. Ce n'est qu'à la suite du conflit mondial de 1914 que ce droit est organisé à titre de précédent. Il fallut la loi du 17 avril 1919 sur les dommages aux propriétés, celles des 24 juin et 28 juillet 1919 sur les dommages aux personnes civiles victimes de la guerre, pour vaincre les résistances et faire admettre que les conflits ne sont pas le fruit du hasard. Les intentions du gouvernement proclamées devant les chambres le 22 décembre 1914 étaient très claires : « Ainsi, répudiant la forme du secours qui indique la faveur, l'Etat proclame lui-même le droit à la réparation au profit de ceux qui ont été les victimes, dans leurs biens, de faits de guerre, et il remplira son devoir dans les conditions qu'une loi spéciale déterminera pour éviter toute injustice et tout arbitraire ». Comme l'a fort bien montré M. SOUSSE, une telle reconnaissance signifie que le droit à réparation existe en dehors de toute intervention du législateur²²⁹.

Enfin, si l'on adhère comme nous à l'opinion que nous démontrerons selon laquelle les communes ont toujours été une émanation de la puissance publique dans leur rôle de maintien de l'ordre²³⁰, on fera remonter les régimes législatifs de responsabilité au lendemain quasi immédiat de la Révolution²³¹. Il est par ailleurs inutile d'insister sur le lien entre cette responsabilité et l'autorité qui se dégage de ces services, tant il est vrai qu'à l'époque, peu nombreux étaient les services non régaliens.

Sous la troisième République, la loi du 8 juin 1895 sur la révision des procès criminels et correctionnels et les indemnités allouées aux victimes des erreurs judiciaires est votée après des débats parlementaires passionnés qui reflètent la nécessité dans laquelle est plongée la puissance publique de rendre des comptes aux administrés. A propos d'un premier projet de texte soumis au Sénat le 28 juin 1892, tendant à la réparation des erreurs judiciaires, la commission du Sénat refusa de se placer sur le terrain des secours comme proposé. A l'exposé des motifs ainsi rédigés : « Dans notre droit public, il est de règle que ni les actes législatifs, ni les actes de gouvernement, ni les faits de guerre ne peuvent donner ouverture à

²²⁷ Circulaire du 15 brumaire an VI citée par M. SOUSSE, op. cit., p. 239.

²²⁸ Cf. M. SOUSSE citant l'opposition de Thiers à la reconnaissance de ce droit, op. cit., p. 239.

²²⁹ Op. cit., p. 241. On note en effet l'utilisation par la loi du mot devoir.

²³⁰ Cf. infra p. 50.

²³¹ Cf. supra note 201 pour la conception juridique dominante et les éléments historiques livrés par P. TIRARD.

aucun droit contre l'Etat. Il en est de même de l'œuvre de justice. L'Etat ne saurait avoir l'obligation juridique de réparer pécuniairement les erreurs commises par le juge, ou celles qui sont occasionnées par une imperfection des lois de procédure pénale. L'Etat a seulement le devoir moral d'exercer une action bienfaisante au profit de ceux auxquels une erreur judiciaire a porté préjudice », le sénateur BERANGER oppose le rapport de ses pairs ne doutant pas que la victime de l'erreur judiciaire a « un droit certain et précis à réparation, lorsqu'aucune faute de sa part n'a pu justifier la poursuite. Car la faute sociale est ici évidente. L'Etat seul en peut répondre et la conception d'un Etat impeccable et irresponsable n'est plus de notre siècle [...] La source de l'action, il faut savoir le reconnaître nettement, est dans l'obligation juridique de réparer la faute sociale dont sa prudence eut dû le/la préserver »²³².

Les deux positions étaient extrêmes. En effet, les erreurs judiciaires ne sont pas des fautes, elles sont inévitables tant est difficile la tâche des juges, et c'est un système de responsabilité sans faute de l'Etat qui est adopté par le texte définitif. Par delà les propos sénatoriaux c'est toute une mentalité caractéristique des progrès des démocraties de la fin du XIXème siècle qui émerge. « Parce que ce service public est à la fois l'un des plus anciens et l'un de ceux qui peuvent causer les dommages et les douleurs les plus graves [...] les administrés ont ressenti d'abord pour lui le besoin de réparation. »²³³. Pour argumenter cette opinion, on peut s'appuyer sur les législations mises en place en Europe à la même époque²³⁴. Ainsi, les conséquences dommageables des erreurs judiciaires sont réparables en Autriche, en Suède, en Norvège, au Danemark, en Tchécoslovaquie, en Finlande, en Yougoslavie et aux Pays-Bas en vertu de textes²³⁵, et dans d'autres pays par les effets plus efficaces de la jurisprudence²³⁶.

Ce précédent d'un véritable droit consacré à l'égard d'une activité très régaliennne de la puissance publique fut une brèche béante ouverte dans le principe d'irresponsabilité. E. LAFERRIERE s'en est ému en ces termes : « En niant le principe, dans le cas particulier que l'on avait en vue, on s'est exposé à ce qu'il puisse être un jour contesté dans les autres cas, car si l'Etat est légalement responsable des décisions souveraines des juges et des jurés, on pourra prétendre qu'il doit également répondre des décisions souveraines des Chambres, du

²³² Doc. Parl. Sénat, session extraordinaire, 1892, p. 389, n°169, cité par A. BIGOT D'ENGENTE, *De la responsabilité pécuniaire de l'Etat en matière d'actes de puissance publique*, th. Paris, Rousseau, 1907. p. 76.

²³³ Voir L. TROTABAS, *La responsabilité de l'Etat en droit interne*, R.D.P. 1932, p. 681.

²³⁴ L. TROTABAS, *ibid.* p. 679.

²³⁵ Respectivement : loi organique du 31 déc. 1867 ; loi du 12 mars 1886 ; loi du 5 avr. 1888 ; Const. du 29 fév. 1920 ; loi du 18 mai 1927 ; loi du 8 janv. 1929 ; art. 89 à 93 code instr. Criminelle.

²³⁶ L. TROTABAS cite l'Italie et la France. *Op. cit.* p. 681.

gouvernement, de la diplomatie, décisions qui peuvent, elles aussi, causer des préjudices à des tiers. »²³⁷. L'éminent auteur savait la jurisprudence et la doctrine enclines à la réflexion.

B) L'adhésion sous l'influence de la jurisprudence et de la doctrine

En matière de responsabilité plus qu'ailleurs le droit administratif peut associer jurisprudence et débats doctrinaux. En effet, la responsabilité est une idée autant politique et philosophique que juridique. Ainsi, la volonté politique de créer un système autonome par rapport au droit civil a déposé beaucoup d'ouvrages sur le métier. Dès les premières obligations de réparer mises à la charge de l'Etat, la jurisprudence a reflété des pensées courantes qui lui étaient contemporaines (1). Elle a aussi largement stimulé cette pensée, et à la vérité, c'est parallèlement, parfois même en collaboration, que juristes et juges ont établi cette idée que la puissance publique doit être responsable²³⁸ (2). Leur œuvre a emporté l'adhésion de la puissance publique à la responsabilité.

1) Les percées jurisprudentielles

C'est certainement parce qu'elle permet des évolutions souples sans présager trop fixement de l'avenir que la voie de la justice administrative a été privilégiée par le pouvoir pour répondre aux besoins des administrés. Bien qu'organiquement distincte de l'administration active, la juridiction administrative a longtemps été dans la dépendance du pouvoir politique, d'où l'on peut dire qu'en ne contredisant pas ses jugements par l'adoption de lois, le pouvoir politique a accepté le développement de sa responsabilité.

²³⁷ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t.1, 2^{ème} éd., Berger-Levrault 1896, p.184 et 185.

²³⁸ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, th. L.G.D.J. 1994.

Les juridictions administratives ont interprété certains textes avec largesse sous l'impulsion de l'administration elle-même. Ainsi en a-t-il été de l'interprétation extensive des dispositions de la loi du 28 pluviôse An VIII²³⁹. Celle-ci n'impliquait les condamnations en responsabilité que contre les entrepreneurs. L'article 4 disposant que « les conseils de préfecture sont compétents pour connaître des dommages qui proviennent du fait des entrepreneurs et non du fait de l'administration », toute action contentieuse contre le maître d'ouvrage semblait exclue puisqu'il fallait un texte pour engager la responsabilité de la puissance publique. Bien que la notion d'entrepreneur fût très tôt largement entendue²⁴⁰, le texte de la loi fut dans l'ensemble respecté²⁴¹. Cependant, le poids de la tradition d'irresponsabilité se fit bientôt trop pesant. Comme nous l'avons déjà évoqué, de fait, le principe de la réparation des dommages causés par les travaux publics était acquis avant la Révolution²⁴².

La première loi qui confirma le principe de la réparation de tels dommages fut élaborée d'ailleurs dès les 6-7 et 11 septembre 1790. Plus restrictif que la loi de pluviôse an VIII²⁴³, ce texte précoce n'a pu inspirer l'audacieuse construction du Conseil d'Etat telle que celle-ci fut exposée dans un arrêt *Préfet du Doubs* en 1832²⁴⁴. Cette construction fut présentée de façon plus explicite encore à l'occasion d'une affaire *Massip* sur laquelle le Ministre des Travaux publics révéla la doctrine interne de l'administration. Selon lui, la référence n'était pas la loi du 28 pluviôse an VIII mais l'usage qui existait avant, d'après lequel, il était de règle que, ceux qui prétendaient éprouver des dommages par suite de l'exécution de travaux publics, fussent jugés administrativement²⁴⁵. En somme, la loi du 28 pluviôse an VIII aurait été mal rédigée. Elle serait l'inexacte reprise du texte de 1790²⁴⁶, qui s'inspirait lui-même d'une coutume.

A l'époque, on a pu déplorer l'extension de la compétence administrative qui faisait l'administration juge et partie, mais l'interprétation du texte présentait cet avantage d'assurer encore plus le droit à réparation comme succédant à la pratique des secours. En effet, elle

²³⁹ Voir M. DEGUERGUE, op. cit., p. 276.

²⁴⁰ C.E., sur conf., 19 août 1813, *Ritz*, Rec. II. p. 417 ; C.E., 3 sep. 1823, *Loradoux*, Rec. p. 680 : l'action dirigée contre l'ouvrier de l'entrepreneur est recevable devant le conseil de préfecture.

²⁴¹ Ex. C.E., 22 juin 1825, *Combe c. Ville d'Avignon*, Rec. p. 347.

²⁴² C'est l'opinion émise par M. GOMBEAUD dans sa thèse, *La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics de l'An VIII à 1920*, Rennes 1967, p. 5 à 10, cité par M. DEGUERGUE op. cit. p. 275.

²⁴³ La loi n'instaure la compétence des directoires de district que pour juger les agissements personnels des entrepreneurs pour les dommages causés seulement à l'occasion de fouilles ou de la dépossession de terrains, effectuées par l'administration ou par l'entrepreneur.

²⁴⁴ C.E., 16 nov. 1832, Rec. p. 639.

²⁴⁵ C.E., 12 avr. 1832, Rec. p. 179.

²⁴⁶ Voir R. DRAGO, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *les principes généraux*, p. 1.

permet de soumettre l'administration à la critique d'un juge sur la base d'un texte législatif toutes les fois que les dommages avaient été causés sans le recours à un entrepreneur. Pour consolider cette extension de compétence, le Ministre des Travaux publics soutint cette interprétation de la loi devant le Conseil d'Etat en 1838 : en résumé l'expression « et non du fait de l'administration » n'est pas exclusive de la compétence des conseils de préfecture dans les cas où les dommages proviennent du fait de l'administration elle-même, puisque, dans le même article, le paragraphe suivant établit cette compétence pour statuer sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, « à raison des terrains pris ou fouillés pour la conception des chemins vicinaux et autres ouvrages publics, c'est-à-dire à raison de dommages qui, bien certainement, ne peuvent être attribués qu'à l'administration »²⁴⁷. Cette façon de voir a emporté définitivement la conviction avec l'adhésion du premier Tribunal des Conflits²⁴⁸.

Dans certaines matières où le législateur n'est pas intervenu, la jurisprudence a parfois fait preuve de sévérité à l'égard de services pourtant réputés protégés. Assez tôt la responsabilité des services de police fut reconnue pour faute²⁴⁹, par exemple pour les fautes simples des officiers de port ayant ordonné de mauvaises manœuvres à des navires²⁵⁰. Certes, c'est ensuite un régime de faute lourde qui a été adopté pour la plupart des activités de police, mais ceci fut encore un progrès précoce dans le siècle²⁵¹.

La jurisprudence est aussi à l'origine d'une responsabilité fréquente de l'un des corps les plus régaliens de l'Etat. Ainsi, J.-M. BECET fait-il le constat que le Conseil d'Etat n'a pas fait bénéficier l'armée de la responsabilité pour faute lourde malgré les aspects difficiles de ses missions²⁵². Bien au contraire c'est à l'égard de l'armée que le Conseil d'Etat inaugura le système de responsabilité sans faute lié au risque que comporte l'usage de choses dangereuses²⁵³. Quant au rattachement des fautes personnelles commises par les militaires au service, il est lui aussi facilité. D'après l'auteur spécialisé : « la moindre négligence imputable

²⁴⁷ Rapport sous C.E., 22 fév. 1838, *Bachelé*, Rec. p. 124, cité par M. DEGUERGUE, op. cit., p. 277.

²⁴⁸ T.C., 30 mai 1850, *Chalande*, Rec. p. 511, D. 1850,3, p. 67.

²⁴⁹ A. BIGOT D'ENGENTE, op. cit. p. 84.

²⁵⁰ C.E., 6 mai 1881, *Tysack*, Rec. p. 469. - C.E., 21 juil. 1882, *Turnbull*, Rec. p. 705.

²⁵¹ C.E., 10 fév. 1905, *Tomaso-Grecco*, Rec. p. 139 ; S. 1905,3,113, note Hauriou ; D. 1906 p. 381.

²⁵² J.-M. BECET, *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers*, th. L.G.D.J. 1969, p. 22 et 23.

²⁵³ C.E., 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, S. 1919,3,25 note HAURIOU, et moins connus car implicites : C.E., 29 juin 1888, *Larboulette*, Rec. p. 584. - C.E., 30 mars 1906, *Belin*, Rec. p. 277, à propos d'exercices de tir.

à l'autorité hiérarchique suffit à maintenir le lien qui unit le supérieur au soldat et donc à mettre en œuvre la responsabilité du service envers la victime»²⁵⁴. On pourrait esquisser l'explication qui voudrait que la grande discipline qui règne dans les armées commande une appréciation rigoureuse des fautes de service, mais ce n'est pas ce qui paraît déterminant. Comme le dit J.-M. BECET, « tous les dommages résultant du fonctionnement même du service et subis passivement par les particuliers devaient, en temps de paix, être réparés pour éviter que le divorce ne s'accroisse entre la nation et son armée ». L'explication de la jurisprudence mérite notre adhésion car elle est encore confirmée par l'explication de la législation en cette matière : « s'il a perdu une partie de son particularisme au plan jurisprudentiel, le contentieux de la responsabilité reste toutefois fortement marqué par son caractère légal [...] Ici réapparaît le souci de faire accepter tous les actes, même fautifs, accomplis par l'armée en temps de guerre [...] le désir de ne pas accentuer le divorce entre l'armée et le pays constitue le véritable motif des interventions législatives ». Telle est l'opinion qui domine l'étude de la responsabilité de l'armée en dehors des faits de guerre²⁵⁵, et que nous pensons pouvoir généraliser pour tous les services publics. D'ailleurs, plus proche de nous, on relèvera que l'un des éléments déterminants qui a provoqué l'abandon partiel de la faute lourde en matière fiscale fut la perspective de se heurter au refus du développement des prélèvements automatiques²⁵⁶.

On le voit, le souci de faire accepter les activités publiques par les administrés est susceptible de justifier une responsabilité très large qui n'aura pas forcément pour seule délimitation la faute de l'administration mais plutôt le seuil de tolérance des victimes²⁵⁷. Dans cette perspective échappant à la pure rationalité juridique, la doctrine a eu fort à faire pour expliquer le développement progressif de la responsabilité dans un contexte souverainiste au départ hostile.

²⁵⁴ Op. cit. p.

²⁵⁵ Ibid, p. 23 et 24.

²⁵⁶ Voir T. TROTTIER, *La responsabilité de la puissance publique en matière fiscale*, Droit fiscal, 1994, n°27 et 28, p. 1088.

²⁵⁷ Nous sommes conduit à penser que le développement de la responsabilité publique a pu être motivé par celui du suffrage universel et de la responsabilité politique des gouvernants. D'ailleurs, le développement de la responsabilité politique comme de la responsabilité administrative procède selon nous du même avènement de la société contractualiste. Bien que très utile à l'argumentation de notre thèse sur la responsabilité administrative, une étude détaillée sur ce point relèverait plus du droit constitutionnel.

2) Les constructions doctrinales

Les juristes ont été dans l'ensemble stimulés par la problématique de la responsabilité et plusieurs ont proposé leur théorie de la responsabilité publique. Parmi elles, trois ont été l'objet de grandes réflexions : la théorie de l'auto-limitation, celle de la contrepartie à l'obéissance, et celle de l'assurance. La dernière aura notre préférence.

a) La théorie de l'auto-limitation

Le professeur de langue allemande G. JELLINEK a tenté de concilier l'existence de droit à réparation avec la souveraineté grâce à la théorie de l'auto-limitation de l'Etat²⁵⁸. Selon cet auteur, si l'Etat ne peut avoir aucune volonté supérieure à la sienne, celle-ci est seule capable de se donner des bornes. La puissance suprême peut s'astreindre au respect du droit qu'elle crée.

R. CARRE DE MALBERG défendit cette théorie dans notre pays²⁵⁹, où l'on finit par l'adopter comme dominante²⁶⁰. Cependant, tous les auteurs français n'ont pas été convaincus par cette thèse. En effet, combien incertaines seraient les garanties accordées aux citoyens, qui pourraient être aussi facilement restreintes qu'élargies²⁶¹.

L. DUGUIT a critiqué très violemment cette thèse, à juste titre au vu de l'Histoire : « Il faut s'élever de toute sa force et de toute son indignation contre ses doctrines qui, se réclamant des plus grands noms de la philosophie et de la jurisprudence allemandes, de Kant, de Hegel, de Hiering, de Jellinek, enseignent que l'Etat fait le droit, qu'il n'est pas limité par lui, ou du moins qu'il ne l'est que dans la mesure qu'il fixe lui-même [...] J'ai déjà fait justice de ces théories néfastes qui, je l'ai montré, conduisent nécessairement à la politique d'absolutisme à l'intérieur, à la politique de conquête à l'extérieur. »²⁶².

²⁵⁸ *Gesetz und Verordnung*, éd. J.C.B. Mohr, 1887, p. 197 ; *Allgemeine Staatslehre*, 2^{ème} éd., Berlin 1900, p. 357 et s.

²⁵⁹ *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, p. 256 et s.

²⁶⁰ Parmi les partisans actuels de cette explication conciliante : J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international*, 3^{ème} éd., Montchrestien 1997 ; J.-M. FAVRET, *L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté*, R.D.P. 1999, p. 1741.

²⁶¹ R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Sirey, 1911, p. 379.

²⁶² *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t.3, 3^{ème} éd. Fontemoing 1930, p. 590.

Pour d'autres auteurs, c'est la logique qui fait définitivement obstacle à l'idée que l'Etat puisse être à la fois sujet et auteur du droit²⁶³. Pour notre part, nous ne tenons pas pour inconcevable qu'une personne se donne à elle-même une loi qui aura pour elle force obligatoire et dont la transgression provoquera une auto-sanction. Nous pouvons le penser si nous percevons que toute personne morale, toute institution est œuvre humaine, animée par l'homme. Or, l'homme n'est-il pas le seul animal capable de s'auto-sanctionner lorsqu'il manque à ses aspirations, à son code de conduite ? L'être qui aura ardemment désiré, qui aura juré un but, aura le plus grand mal à y renoncer et, tant qu'il ne s'en sera pas fixé d'autres, qu'il n'aura pas créé d'autres règles de comportement afin d'y parvenir, sera capable de s'infliger les pires souffrances, consciemment ou non, de celles même qui peuvent conduire à la destruction. Bref, si l'on ne peut pas résoudre cette question doctrinale sans présupposés, il faut au moins admettre que pour se juridiciser, la puissance publique doit exprimer une volonté²⁶⁴. On doit bien toujours en revenir au facteur humain pour saisir ces phénomènes. Donc on peut supposer le paradoxe surmontable si la volition source de l'auto-limitation n'est en définitive pas exactement celle de la personne morale, en tout cas pas exclusivement la sienne, mais aussi celle partagée et concomitante de ceux qui animent cette personne, les citoyens.

Le succès de la doctrine de l'auto-limitation s'explique par un parti pris des auteurs sur le fondement même de la société étatique. C'est la théorie de la force qui tente d'expliquer la supériorité de l'Etat sur les administrés par l'observation historique que sa formation résulte toujours de la volonté de quelques forts. L'organisation sociale aurait pour origine la force comme fait matériel. En France, il est plausible que le droit public ait été construit sur un modèle particulièrement autoritaire en raison de la volonté de lutter contre les forces centrifuges s'exerçant dans le pays.

Bien que solidariste, L. DUGUIT semble partager cette opinion car l'auteur est hostile à l'idée rousseauiste de contrat social fondateur²⁶⁵, néanmoins il ne peut rejeter toute part créatrice à la volonté individuelle puisque la volonté nationale n'est qu'une somme de volontés individuelles²⁶⁶. Que l'on croit à une création par une volonté partagée, ou à une

²⁶³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 388 ; F-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, p. 29 ; N. POLITIS, *Le problème de la limitation de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, RC, 1925, (VI), p. 110 et s.

²⁶⁴ Voir F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, p. 96.

²⁶⁵ *Les transformations du droit public*, p. XVI.

²⁶⁶ Ibid.

naissance par la volonté des plus forts, il demeure que « ce serait une singulière illusion de croire que le droit s'impose à l'obéissance de tous par sa seule force. »²⁶⁷. Si la force brute peut créer des Etats c'est dans le sens où elle instaure un pouvoir, un gouvernement d'une population sur un territoire, mais ce n'est pas elle qui les maintient. Car nous affirmons qu'aucune société ne peut se maintenir très longtemps si elle n'a que la force pour légitimité²⁶⁸. C'est une adhésion progressive qui permet la stabilité des Etats. Et même les partisans de la théorie de la force reconnaissent que doit se former une sorte de « traité de paix entre les gouvernants vainqueurs et les gouvernés vaincus »²⁶⁹ pour la pérennité du pouvoir. Mais ce pacte ne peut consolider une domination par la force, car il ferait double emploi avec elle. Si une convention tacite se forme, c'est bien parce que la force s'effrite et ne suffirait point à maintenir les gouvernants au pouvoir. On ne peut pas tout à fait partager l'idée de L. DUGUIT pour qui les différents régimes politiques ne sont que la traduction en un langage conventionnel, de ce fait qu'un seul, quelques-uns ou une majorité sont plus forts que les autres²⁷⁰. Il y a selon nous une contradiction ontologique dans le fait d'affirmer que le pouvoir appartient au fort en vertu d'un accord avec le faible. Domination et contrat ne s'accrochent pas, car le contrat exprime un besoin réciproque. On croit que la communauté se range pour lui obéir autour du chef qui inspire le respect voire la crainte²⁷¹.

A la vérité, s'il est une force à l'origine du pouvoir étatique, ce n'est jamais la force des gouvernants mais celle des gouvernés. Au-delà des apparences, que se passe-t-il lorsqu'un chef s'impose en raison de sa force, de son courage, de son intelligence, de sa richesse, au point même d'imposer sa descendance ? En réalité, c'est par convention que les hommes reconnaissent en un des leurs les valeurs admises comme étant celles qui doivent faire de lui leur chef. C'est bien par convention que l'argent, le courage et la force sont considérés par une espèce humaine intelligente comme utiles à la destinée commune. Sans cette opinion partagée, le fort trouverait-il des guerriers, des administrateurs et des clercs pour le suivre ? C'est encore par la prescience que l'on avait des lois de l'hérédité et par la raison qui commande d'éviter, autant que faire se peut, les luttes de succession que l'on concevait autrefois la transmission du pouvoir aux descendants. Si l'Etat est fondé sur la force, c'est sur

²⁶⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, précité, t. 3, 1930, p. 591.

²⁶⁸ Personne n'a longtemps conservé un pouvoir de violence selon SPINOZA reprenant les observations de SENEQUES dans son *traité théologico-politique*, Ch. XVI.

²⁶⁹ P. TIRARD, op. cit., p. 112.

²⁷⁰ *L'Etat*, t. 1, p. 243, cité par P. TIRARD ibid. p. 114.

²⁷¹ J.-C. BLUNTSCHLI, *Algemeine Staatslehre*, Stuttgart 1885 ; H. TAINÉ, *La révolution*, Hachette 1899, p. 293.

celle de l'union, et si l'on voulait bien répondre toujours à l'injustice infligée par un gouvernement, il faudrait lui dire : « tu ne possèdes aucun pouvoir qui ne te soit donné d'en bas ». Si la puissance publique use souvent de la contrainte, ce n'est du reste qu'en raison des imperfections des hommes, du manque d'enseignement qu'on leur a fait de ces raisonnements. L'Etat est d'abord un service, c'est sa nature profonde²⁷², et c'est pour cela que le pouvoir est responsabilité²⁷³. L'usage de la contrainte est accidentel, tant il est vrai que certains citoyens ne comprennent pas qu'en obéissant à l'Etat, ils obéissent à eux-mêmes. La part de la force est irréductible à l'imperfection de la société humaine²⁷⁴.

b) La théorie de la contrepartie de l'obéissance

C'est l'imperfection qui explique la responsabilité. La théorie de la responsabilité contrepartie de l'obéissance due à la puissance publique découle de cette idée. Certains auteurs ont admis que l'Etat était obligé de réparer les dommages qu'il cause en raison du devoir d'obéissance qu'ont les particuliers vis-à-vis des fonctionnaires. Parmi les juristes germanophones, ZACHARIAE développe l'idée que même en cas d'illégalité commise par l'administration, il est difficile pour le citoyen de désobéir²⁷⁵. En conséquence, l'Etat doit garantir les citoyens contre les dommages contraires au droit qui résultent pour eux de l'obligation qui leur est imposée d'obéir.

Critiquable en plusieurs points, et notamment en ce qu'elle restreint la responsabilité au seul cas de faute de l'administration, cette théorie s'approche toutefois d'une réalité indiscutable. La perspective de compensation des dommages causés par la faute de l'administration permet d'obtenir plus facilement l'obéissance²⁷⁶. Et si l'on va plus loin, on doit admettre que la certitude d'être dédommagé est une « soupape de sécurité » pour l'Etat désireux d'anticiper les mouvements de mécontentement populaires. Ainsi, une des revendications les plus exprimées à la veille de la Révolution française n'était-elle pas le trop rare paiement des indemnités d'expropriation pour cause de travaux publics²⁷⁷ ? Selon R. MARCQ, « Les plaintes devinrent si amères que le gouvernement voulut paraître donner

²⁷² R.-E. CHARLIER, *L'Etat et son droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica 1984, p. 19.

²⁷³ Cf. H. JONAS, *Le principe responsabilité*, 3^{ème} éd., Cerf, 1995.

²⁷⁴ A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, 1^{ère} éd. 1880, Hachette 1904, p. 134.

²⁷⁵ *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, 1863, p. 582s.

²⁷⁶ L. ROGER, *op. cit.*, p. 68.

²⁷⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 7^{ème} éd., p. 279.

satisfaction à l'opinion publique. Il décida que désormais l'expropriation donnerait lieu à indemnité à charge du concessionnaire des travaux, lorsque ceux-ci étaient confiés à un entrepreneur, ou à charge du Trésor, lorsque les travaux étaient exécutés par l'administration. Mais cette indemnité était présentée comme une pure générosité du Roi »²⁷⁸.

En définitive, l'absence de véritable droit à indemnité a contribué à la chute de la monarchie en ce qu'elle participait au sentiment d'impunité du pouvoir. Aussi les premiers constituants n'ont-ils pas commis la même erreur. Par la loi des 6, 7 et 11 septembre 1790, établissant de véritables recours gracieux et juridictionnels au bénéfice des citoyens, ils donnèrent forme à l'article 17 de la Déclaration française des droits de l'homme²⁷⁹.

On le voit, la doctrine a senti le besoin d'expliquer la soumission des administrés au pouvoir. Et il est incontestable que l'administration jouit de prérogatives qui semblent exclure toute idée de consentement des administrés. Ainsi en est-il de la présomption de légalité des actes administratifs qui justifie que dès leur entrée en vigueur les décisions sont réputées valables sans vérification de leur légalité. De ce principe découlent d'autres prérogatives contraignantes pour les administrés. Ainsi, l'administration peut provoquer des poursuites pénales et même sanctionner administrativement, voire procéder à l'exécution forcée de certains actes.

Si tout cela est possible, c'est parce que l'administration est présumée agir pour le bien ; elle ne peut vouloir le mal. L'Etat accepte de produire un droit pour lui obligatoire, de la même manière que l'on s'oblige soi-même par contrat, parce qu'il est la plus morale des personnes morales²⁸⁰. Si mal la puissance publique agit, c'est accidentel. Ainsi la responsabilité naturelle de l'administration n'est peut être pas le droit commun de la faute. Historiquement, ce sont des textes qui ont engendré dans un premier temps la responsabilité, or, ces textes instituaient des régimes de réparation sans faute de la puissance publique.

Ne faisons pas fausse route. De la théorie selon laquelle la responsabilité est une contrepartie à l'obligation d'obéissance on peut retenir l'idée que « la responsabilité de la puissance publique est la conséquence d'une sorte d'accord tacite entre les gouvernants et les gouvernés, ceux-ci n'obéissant de bonne grâce à ceux-là qu'autant que certaines garanties

²⁷⁸ R. MARCQ, op. cit., p. 280.

²⁷⁹ P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J. 1964, p. 154.

²⁸⁰ Selon J. LUCHET : « Si l'on accepte [...] notre proposition de considérer l'Etat comme une personne non seulement morale mais éminemment morale, on en déduira que son intérêt supérieur se confond avec son devoir en général, et spécialement avec son devoir de garantie de justice et de sécurité, de paix sociale, en un mot, consistant [...] en l'acceptation pour lui du droit fait par lui », th. précitée, p. 305.

leurs sont accordées [...] que la responsabilité a une cause sociale et présente le caractère d'une simple réparation de préjudice indépendante de toute idée de faute.»²⁸¹. Cependant, cette théorie de l'obéissance n'est pas une théorie suffisamment générale en ce qu'elle fut conçue à l'époque dépassée d'un droit lui-même autoritaire pour expliquer la responsabilité née des seuls actes d'autorité dont on connaît la difficulté de délimitation²⁸². Au mieux peut-elle aussi rendre compte de la responsabilité découlant de décisions d'autorités prises dans le cadre d'activité de gestion, mais en tout état de cause elle n'expliquera pas la responsabilité de la puissance publique pour les actes de pure gestion n'impliquant aucune obéissance²⁸³.

c) La théorie de l'assurance

Selon nous, cette construction est l'aboutissement de ce que toutes les autres avaient de juste. D'une part, elle suppose acquis que l'Etat est limité par le droit, d'autre part, elle conçoit comme la théorie de l'obéissance que le problème de l'indemnisation est politique et focalisé sur la victime. Faire la synthèse des idées les plus intéressantes émises par la doctrine fut le résultat atteint par les solidaristes. D'abord courant philosophique, le solidarisme fut rallié directement par des juristes dont L. DUGUIT²⁸⁴, mais d'autres auteurs s'en approchaient implicitement avec la théorie encore un peu moins précise de l'assurance²⁸⁵. Dans cette optique, le dommage réparé par la puissance publique n'a pas à être la conséquence d'une faute dès lors qu'il s'analyse en un risque collectif assurable par la communauté des administrés. Cette théorie rendait bien compte de la progression de la responsabilité sans faute dans la loi et dans la jurisprudence, mais elle allait plus loin que la seule idée de risque en faisant reposer la responsabilité sur les notions d'assurance et de contrat. M. HAURIJU finit ainsi par écrire cette formule restée célèbre : « Les choses se passent comme si les personnes morales, comme telles, géraient une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs »²⁸⁶. L'emploi du terme « accident » est révélateur d'un cap franchi au-delà de l'idée de causalité impliquée par

²⁸¹ P. TIRARD, op. cit., p.126 et 127.

²⁸² Cf. supra p. 37.

²⁸³ Il faut songer à l'hypothèse d'un acte d'autorité qui causerait un dommage à des tiers non soumis à l'obéissance par rapport à cet acte. Pour eux, l'acte dommageable ne peut engendrer une responsabilité contrepartie à l'obligation d'obéissance, cet acte apparaissant plutôt comme un acte de gestion. Par ailleurs, cette théorie se combine mal avec la responsabilité fondée sur l'illégalité des actes administratifs puisque ceux-ci n'ont pas à être forcément obéis.

²⁸⁴ *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913.

²⁸⁵ Voir J. MASTEAU, op. cit., p. 90 et s.

²⁸⁶ *Précis de droit administratif*, Paris 1897, p. 174s.

la notion de risque-profit ou de risque-cr  . On peut même déduire de l'existence d'une assurance mutuelle que les administrés sont de véritables collaborateurs de la puissance publique participant au fonctionnement des services publics comme si l'administration était une « entreprise coopérative »²⁸⁷, une société mutuelle d'assurance que nous appelons aujourd'hui Etat-Providence²⁸⁸. Certes, cette explication ne regardait pour son auteur que les seuls actes de gestion mais nous savons combien cette distinction là a vécu. Dans le cadre d'une théorie contractuelle, il n'y a en effet guère de place pour les actes d'autorité et la souveraineté disparaît comme obstacle à la responsabilité.

§2 L'inopposabilité de la souveraineté comme frein à la responsabilité

Les théories que nous avons évoquées fournissent un début de réponse aux questions que la doctrine se posait depuis longtemps afin de saisir comment une volonté générale souveraine traite parfois d'égal à égal avec les particuliers, et comment elle peut être contrainte au respect de certains droits individuels²⁸⁹. A notre sens, l'explication finale de tout cela résulte simplement de ce que l'Etat n'est pas plus souverain qu'aucune autre personne morale de droit public. Mais cela serait encore jouer sur les mots puisque l'on pourrait aussi dire que la puissance publique que l'on rend responsable se rapporte en définitive au peuple souverain (A). Ontologiquement peu importe, car la souveraineté ne saurait être absolue au point de démentir ce qui fonde la responsabilité dans son principe même, au-dessus du droit positif utilisé pour en aménager les règles (B).

²⁸⁷ M. HAURIOU, *Précis de Droit administratif*, 5^{  me} éd., 1903, p. 206, 210 et 245.

²⁸⁸ Voir F. EWALD, *L'Etat-Providence*, Grasset 1986.

²⁸⁹ Questions que se pose P. TIRARD, *De la responsabilité de la puissance publique. Essai d'une théorie générale*, th. Paris, 1906, p.93.

A) L'inexistence de la souveraineté de l'Etat

L'opinion selon laquelle il n'y a pas d'Etat qui ne soit souverain est encore bien ancrée²⁹⁰. Il est admis que cet attribut est l'apanage de tout Etat du point de vue du droit international. C'est que le sens du mot a évolué dans ce contexte, puisque le développement continu de ce droit démontre à l'évidence les limites de la souveraineté des Etats. En tout état de cause, au plan interne, l'analyse juridique et politique confirme de manière constante que l'Etat n'est pas souverain. En effet, il ne faut pas céder à la facilité de l'amalgame ; L'Etat n'est ni la nation ni le peuple. D'où l'on peut dire que l'Etat est serviteur de la Nation (1), et que par conséquent la seule souveraineté juridique qui puisse être appartient aux individus regroupés en un peuple (2).

1) L'Etat serviteur de la Nation

Au-delà des multiples définitions que l'on peut donner de l'Etat, il est établi dans la conception dominante que l'Etat est la forme juridique de la Nation²⁹¹. Or, cette dernière rappelons-le, n'est pas autre chose qu'un groupe humain « réuni par des causes historiques, établi de façon permanente sur un territoire »²⁹². Nous pouvons donc supposer que si le groupe humain s'érige en institution, c'est pour la réalisation de certains buts.

De la doctrine publiciste qui s'est efforcée d'éclaircir ces buts, on a pu dégager trois idées : l'Etat doit maintenir son existence, assurer la réalisation du droit, et favoriser la culture morale, intellectuelle ou sociale²⁹³. Il apparaît donc consubstantiel à la notion d'Etat que celui-ci soit au service du groupe²⁹⁴, et que l'administration soit considérée comme tenue par un engagement quant à ses objectifs. L'Etat a toujours des comptes à rendre. L'Etat est ainsi toujours lié par ses contrats malgré sa souveraineté supposée. Le prince doit toujours se considérer comme lié fermement par ses promesses et ses contrats, enseignaient nos juristes

²⁹⁰ Voir F. FARDELLA, *Le dogme de la souveraineté de l'Etat. Un bilan*, A.P.D. n°41 1997, p.115.

²⁹¹ R. MARCQ, op. cit., p. 9.

²⁹² L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. t. 1, Paris 1906, p. 263, cité par P. TIRARD, op. cit., p. 9. Voir aussi J. BAECHLER, *Dépérissement de la Nation ? Commentaire*, n°41, 1988, p. 104.

²⁹³ P. TIRARD, ibid. p. 10, reprenant L. DUGUIT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1907, p. 41s.

²⁹⁴ Le gouvernement de la République est bien composé de ministres, du latin *minister* qui signifie serviteur.

de l'Ancien Régime²⁹⁵. D'ailleurs, dans la pratique, on a relevé l'existence sous l'Ancien Régime de nombreux marchés publics peu différents des contrats contemporains²⁹⁶. Les mêmes défenseurs du pouvoir absolu n'y voyaient pas de contradiction « le prince est tellement obligé aux conventions qu'il a avec ses subjects, ores qu'elles ne soient que de droit Civil, qu'il n'y peut déroger de sa puissance absoluë »²⁹⁷. Une position contraire comme celle de MACHIAVEL, aussi immorale fut-elle eut été plus logique.

Cependant, cette liberté de contracter est limitée pour la puissance publique. Aujourd'hui comme hier, il est interdit pour l'administration d'aliéner par contrat ses pouvoirs de police²⁹⁸. Et pour J. BODIN plus généralement, le Prince ne peut contracter si cela diminue ses pouvoirs²⁹⁹. Hors cette notable exception qui s'explique par le besoin de continuité et de sécurité de la chose publique, le principe est sans faille. Pas même le parlement souverain ne saurait revenir sur des engagements contractuels de l'Etat. Le Conseil d'Etat a en effet annulé par un arrêt du 8 août 1896 une décision ministérielle refusant d'ordonnancer des dépenses contractuellement exigibles, malgré un refus du Parlement d'inscrire au budget les crédits y afférents³⁰⁰. Le gouvernement lui-même a soutenu devant les représentants du peuple qu'il est impossible même au moyen d'une loi formelle de soustraire l'Etat aux obligations contractuelles assumées par lui³⁰¹.

De l'avis de L. DUGUIT, le problème est simple ; la souveraineté n'existe pas³⁰². Ne partageant pas cette opinion, nous tenons néanmoins pour certain que l'Etat n'est pas titulaire des droits de souveraineté, tout au plus les exerce-t-il au terme d'une délégation dont il faut préciser la nature. L'Etat serait-il une sorte de « gérant d'affaires » à la direction d'une entreprise commune³⁰³ ? A la lecture des événements modernes qui malmènent le sentiment de souveraineté, nous le croyons. La construction de l'Union européenne est riche

²⁹⁵ Cf. O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, coll. Léviathan, P.U.F. 1994, p. 102.

²⁹⁶ Cf. R. DRAGO, *Le contrat administratif aujourd'hui*, Droits n°12, 1990, p. 118.

²⁹⁷ J. BODIN, Liv. I, Chap. VIII, *Le roi est tenu de ses conventions*.

²⁹⁸ Cf. J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, A.J.D.A., 1965, p. 1s. Jurisprudence constante dont récemment C.E., 1^{er} avr. 1994, *Commune de Menton*, Rec. p. 176. En ce qui concerne toutefois la police spéciale, la délégation est possible à des personnes publiques uniquement, comme la police du port pour les ports autonomes.

²⁹⁹ Rép. I, 8, et II, 1. cité par O. BEAUD, op. cit., p. 102.

³⁰⁰ C.E., 8 août 1896, *Fabrique de St-Jean-de-Maurienne*, Rec. p. 663. Même solution en C.E., 1^{er} juil. 1904, *Fabrique de la cathédrale d'Annecy*, Rec. p. 533.

³⁰¹ Discours du ministre Millerand, séance du 3 déc. 1909, J.O. p. 3143. Cité par L. DUGUIT, R.D.P. 1910, p. 665.

³⁰² R.D.P. 1910, p. 648 ; *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Fontemoing 1930, p. 537.

³⁰³ M. HAURIOU *ibid.*

d'enseignements sur ce point³⁰⁴. Elle a été l'occasion de remarquer que la notion de transfert de souveraineté était « sans consistance juridique »³⁰⁵. En quelque sorte, la souveraineté participerait à la substance vitale de l'Etat, qui cesse d'exister s'il s'en dépouille. La doctrine explique ainsi que notre constitution n'emploie jamais l'expression « transfert de souveraineté »³⁰⁶, et que seules les « limitations de souveraineté » sont acceptables³⁰⁷. En somme, on peut transférer les compétences liées à l'exercice de la souveraineté, mais non la souveraineté elle-même³⁰⁸.

L'explication est satisfaisante mais nous lui en préférons une plus radicale : nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même. L'Etat n'est pas le titulaire des droits de souveraineté, ce serait un abus du point de vue interne de parler de souveraineté étatique³⁰⁹. On nous répondra que l'Etat est la personnification juridique de la Nation qui, elle, n'a pas de valeur juridique, que l'Etat est donc bien le réel propriétaire de la souveraineté que l'on dit « nationale ». Ce serait oublier que l'Etat est distinctement le serviteur de la Nation. Ce serait déposséder le maître qui demeure le peuple.

2) *Le peuple seul souverain*

Sans oser jamais l'exposer explicitement certains auteurs moyenâgeux avaient pris conscience du lien entre peuple et souveraineté. En Angleterre, plus tôt qu'ailleurs, J. DUNS SCOT mentionna que toute autorité légitime repose sur le consensus du peuple. Les dynasties ne naissent-elles pas bien souvent d'une première élection ? Pour la France, souvenons-nous que les premiers « souverains », bien faibles, devaient réunir en maintes occasions les plaids qui se transformèrent ensuite en Etats généraux. On entendait d'ailleurs de curieux propos dans ces assemblées. Philippe POT, dans son discours devant les Etats généraux de Tours en 1484, affirmait que les rois ne sont que des délégués créés par le peuple souverain³¹⁰. A l'époque des peuples enfants, les princes ne pouvaient être que tuteurs.

³⁰⁴ Voir J.-M. FAVRET, *L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté*, R.D.P. 1999, p. 1741.

³⁰⁵ J. BOULOUIS, *Le sort des noyaux durs de la souveraineté nationale*, *Revue administration*, 1990, n°149, p. 21.

³⁰⁶ Le Préambule de la constitution de 1946 dispose que la France consent aux limitations de souveraineté.

³⁰⁷ Voir l'examen de la jurisprudence constitutionnelle sur ce point par T. DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire*, th. 1995, p. 257 et s.

³⁰⁸ M. FROMONT, *Mél. Mosler*, 1983, p. 231 ; J. RIDEAU, R.F.D.C., 1990, p. 280.

³⁰⁹ Le droit international peut utiliser cette expression parce que ses premiers sujets sont les Etats.

³¹⁰ Cité par A. RIGAUDIERE, *L'invention de la souveraineté*, *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 5.

Aujourd'hui le peuple adulte est seul souverain dès lors qu'il détient le pouvoir constituant³¹¹. Il peut alors à tout moment résilier le droit positif. Le Conseil Constitutionnel français affirme cette doctrine avec constance. D'abord dès 1962 dans la célèbre décision où il se déclara incompétent en raison d'une interprétation stricte de l'article 61 de la nouvelle Constitution pour contrôler la loi référendaire « expression directe de la souveraineté nationale. »³¹². Plus récemment, la ratification du traité de Maastricht a donné l'occasion au Conseil de rappeler les fondements sains de notre société. Aux députés hostiles au traité lui demandant de censurer la loi référendaire l'approuvant, le juge constitutionnel oppose la même fin de non-recevoir³¹³. L'Etat est la forme juridiquement organisée du peuple mais il en est distinct³¹⁴. Le souverain n'est autre que la collectivité même des victimes éventuelles de la puissance publique. Le seul propriétaire de la souveraineté est le peuple parce qu'il paie l'impôt³¹⁵. S'il y a une incarnation de la Nation sur Terre, elle ne peut résider que dans le peuple. Personne mieux que lui ne peut exprimer la volonté de la Nation de consentir à l'abandon de tout ou partie de la souveraineté nationale. De cette prérogative essentielle il ne peut être dépossédé, pas même par ses représentants élus. A ce stade, le pouvoir du peuple sur le plan juridique peut sembler illimité, il a même droit de reprendre à tout moment la souveraineté qu'il a concédée³¹⁶, du moins tant qu'il conserve une identité de peuple³¹⁷. Faut-

³¹¹ Cf. O. BEAUD, op. cit., p. 407.

³¹² D.C. 62-20 du 6 nov. 1962, rec. p. 20.

³¹³ D.C. 92-313 du 23 sep. 1992, J.O. 25 sep. 1992, p. 1337.

³¹⁴ Cependant, l'hypothèse d'un conflit entre une loi référendaire et un traité international pimente la question. En effet, dans un tel cas, quelle doit-être l'attitude du juge saisi d'un moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi référendaire ? Tout dépend de la valeur reconnue à la loi référendaire, constitutionnelle ou non. Si cette valeur est constitutionnelle, écarter l'application de la loi sur le fondement de la jurisprudence *Nicolo* reviendrait à effectuer un contrôle de constitutionnalité de la loi impossible puisque, celle-ci ayant la même valeur que l'article 55 de la Constitution de 1958 habilitant le juge à effectuer le contrôle de conventionnalité des lois, y dérogerait nécessairement et supprimerait ainsi ponctuellement le fondement d'un tel contrôle. Les positions des deux juridictions suprêmes en France sont dorénavant claires sur ce point ; la Constitution prévaut toujours sur le traité et l'inconventionnalité d'une loi référendaire ne faisant que reprendre les dispositions de la Constitution n'est pas un moyen recevable. C.E., A., 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher*, Rec. p. 368 ; D.A. janv. 1999, p. 22 ; A.J.D.A. 1998 p. 962 chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; R.D.P. 1999, p. 919, note J.-F. Flauss. Et Cass. A.P., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, J.C.P. 2000, p.1109. Dans l'affaire *Sarran*, le caractère constitutionnel de la loi référendaire est présumé du fait que celle-ci ne fait qu'appliquer une disposition de la Constitution mais la solution devrait valoir selon nous pour toute loi adoptée par référendum. Quant à la construction européenne semi-fédéraliste, elle permet de prendre pleinement conscience de la distinction entre l'Etat et le peuple. En effet, dans ce cadre, s'il advenait que le juge interne soit contraint de faire prévaloir uniquement dans cette hypothèse le traité sur la loi référendaire, on devrait l'expliquer par la considération que l'Etat français qui est seul existant formellement n'empêche pas qu'existe un peuple européen compétent pour se prononcer sur certaines questions, que la loi référendaire du peuple français n'est donc plus souveraine dans tout domaine.

³¹⁵ J. LUCHET, op. cit. p. 267.

³¹⁶ Voir le discours de M. VAUZELLE, Garde des sceaux, lors de son audition par la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale à propos de la ratification du traité de Maastricht. Celui-ci rappelle que ni une constitution, ni un traité ne peuvent engager un peuple à jamais, *Le Monde*, 30 avr. 1992.

³¹⁷ C'est l'identification d'une communauté comme peuple qui justifie la reconnaissance d'un Etat, donc la possibilité de réaliser une sécession, d'accéder à l'autonomie, à l'indépendance. C'est pourquoi il ne peut y avoir

il donc comprendre de notre tradition constitutionnelle que le peuple est la Nation ? Voici encore un amalgame, celui-ci est encore volontaire. Pourquoi parlons-nous de « souveraineté nationale » quand nous voudrions dire « souveraineté populaire » ? Les deux concepts de peuple et de nation ne sont pas semblables pourtant.

La Nation est un corps mystérieux et intemporel, formé par les membres passés et présents du groupe social. Elle est la collectivité des individus ayant un passé, un présent et un avenir commun. Du latin *natio*, le mot évoque la naissance. Il ramène à l'ancrage des nationaux dans un lieu donné, dans un déterminisme pesant. A l'inverse, *populus* désigne les individus qui vivent au même moment sous des lois communes, quelle que soit leur origine. Front « populaire » n'est pas front « national ». Le peuple est libre, la Nation l'est beaucoup moins.

Ceci étant rappelé, nous pouvons avancer une explication à la préférence marquée par les Français quant à l'usage du mot « Nation ». Ne s'agirait-il pas en définitive de gommer l'individu ? Bien sûr l'entreprise sémantique légitime la démocratie représentative car l'on ne veut pas tirer toutes les conséquences de l'idée que le peuple est souverain, c'est-à-dire libre. On est prêt à affirmer que l'engagement dans une structure fédérale est contractuel, donc révocable, mais nul ne songe au parallèle qui peut-être fait quant à la situation des individus dans l'Etat. Or, l'individu aussi est libre, en tant que fragment du peuple, il est souverain sur lui-même. De tels propos sont-ils dangereux pour la conception française du droit public ? Non pas, car la souveraineté n'est pas la toute puissance. Même le pouvoir du peuple souverain est limité. Qu'elle appartienne à l'Etat, au peuple ou à l'individu, la souveraineté demeure une notion juridique, donc relative. La souveraineté est une fiction juridique, son existence est immanente, sa détention illusoire et son exercice difficile. Ce qui est certain, c'est qu'il existe un principe supérieur à ceux qui instituent la puissance publique. Cette conception, qui n'est pas même rejetée par certains positivistes, s'incarnerait dans une « règle supérieure de droit »³¹⁸. Mais nous ne sommes pas certain qu'il s'agit de droit. Le principe dont nous voulons parler est d'abord un fait incontestable, il n'a pas besoin d'une traduction juridique pour exister. Ce principe devient facultativement juridique si les hommes le déclarent, car il est au-dessus du droit. C'est ce principe métajuridique fondement de la société humaine qui constituera en même temps l'explication la plus lointaine des

qu'un peuple dans la République. Cf. D.C. du 9 mai 1991, Statut de la Corse, G.D.C.C. 10ème éd. Dalloz 1999, p. 772.

³¹⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Fontemoing 1930, p. 590.

responsabilités pesant sur la puissance publique. Il reste à démontrer son existence et à préciser sa signification.

B) L'existence d'un principe au-dessus du droit positif expliquant la société et la responsabilité

Comment concevoir l'existence d'un principe qui, au-dessus des règles de droit, en influence le contenu ? Le risque est si grand de sortir du cadre de l'étude juridique, d'avancer des thèses subjectives, voire prétentieuses, que les juristes ne s'y aventurent pas volontiers. Notre objet consiste à seulement rappeler ici des évidences révélées principalement par la sociologie. Ces évidences nous sont apparues sur le chemin de la responsabilité. Ce droit vise en effet particulièrement la conservation des individus et de l'espèce humaine (1). Dès lors, comme le montre son développement, il obéit aux contraintes évolutives du principe hors droit positif qui l'inspire (2).

1) Un principe de conservation

L'Etat n'agit jamais sans y trouver intérêt³¹⁹. Ce point fut le départ de notre recherche du fondement *in fine* des obligations de responsabilité. Il nous apparût par la découverte des motivations ayant présidé aux premières obligations d'indemniser que l'Etat se reconnut solennellement. THIERS voyait ainsi dans les indemnités allouées aux victimes de la guerre l'intérêt que l'Etat avait à la reconstruction nationale³²⁰. Nous comprîmes qu'à large échelle la puissance publique n'accepte sa responsabilité que pour mieux légitimer son action. Par

³¹⁹ Que l'on songe à la politique extérieure des Etats, domaine où l'on attend un certain altruisme des motivations, et la lecture de G. DE LACHARRIERE sera édifiante. Voir, *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983.

³²⁰ Cité par M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, th. L.G.D.J. 1994, p. 245.

conséquent, ce que cherchent les Etats en organisant leur responsabilité est leur propre conservation. Ceci peut expliquer l'incohérente multiplication des régimes législatifs de responsabilité publique, ceux-ci n'ayant pour but que de légitimer l'activité dommageable, surtout lorsqu'elle est nouvelle et comporte des risques³²¹.

Mais la puissance publique n'ayant aucun intérêt propre à subsister, il faut nécessairement que ce souci de continuité s'explique dans l'intérêt que les membres de la société ont à la pérennité des institutions. L'Etat ayant pour fonction la satisfaction du peuple, son altruisme désintéressé ne peut exister. Cette raison là est suprême. Pour BODIN lui-même, le souverain est limité en puissance par « la loi de nature et de Dieu ». Selon lui, c'est l'exercice de la souveraineté qui est limité et non la souveraineté en tant que principe parfait. Il ne faut pas en effet se méprendre sur le discours politique de BODIN³²². Ainsi faut-il comprendre que la souveraineté n'est pas la possibilité d'arbitraire en toute chose. Elle consiste à pouvoir déterminer seul ce qui est humainement déterminable.

Si elle a parfois supposé son existence, la doctrine juridique n'a que très rarement nommé ce principe de peur de s'écarter du droit. Pierre LAMOUREUX fut un pionnier, osant le baptiser de principe de « lutte contre le mal », il écrivit : « A la base de toute vie sociale, de toute Société existe un principe nécessaire, général et fondamental, une règle essentielle, le principe de la lutte contre le mal. Un groupe socialement organisé ne peut subsister que si la vie y est tolérable, si le mal y est combattu. »³²³. Le sens de la formule demeure vague ; le concept de mal n'a pas un caractère absolu. Dans la nature, il n'y a pas de mal, il n'y a que des douleurs, mais c'est précisément cela que le droit en général et celui de la responsabilité en particulier combattent. « La garantie de la sécurité corporelle et matérielle des hommes vivant en société est une constante du droit. C'est là un de ces principes de droit naturel qui résiste victorieusement aux transformations sociales, morales ou techniques. »³²⁴. Nul ne peut contester cet ordre, et la seule polémique permise est celle de savoir si ce principe fait déjà partie du droit. On répondra par l'affirmative si l'on considère simplement que ce principe a la force d'une loi. Mais on l'exclura du champ juridique si l'on définit le droit comme la création de normes positives par les hommes. A l'instar d'une certaine école française, nous

³²¹ Voir C. SCHAEGIS, *Progrès scientifique et responsabilité administrative*, th. Paris 1995, éd. CNRS 1998, p. 102 et s. et p. 160.

³²² G. MAIRET, *Les six livres de la République et la fondation moderne de l'Etat profane, présentation d'un abrégé du texte de J. Bodin*, 1^{ère} édition en français moderne des six livres de la République, Librairie Générale Française, Livre de poche, 1993.

³²³ P. LAMOUREUX, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en droit privé et en droit public*, th. dactyl., Paris, 1951, p. 6.

pensons que certains principes sont supérieurs aux droits des Etats et sont cependant déjà juridiques. Le principe de Vie a force de règle de droit sur l'Etat car il tire sa puissance légale de la Nature, du droit de la Nature que le contrat entre les membres de la société humaine met en œuvre³²⁵.

C'est par cette réflexion propre que nous adhérons aux vues de certains auteurs qui ont inauguré le siècle, tel H. BAILBY introduisant sa thèse sur la responsabilité de l'Etat envers les particuliers : « Non, l'Etat n'est pas une puissance libre d'agir comme il lui plaît [...] Il est des intérêts individuels que l'Etat ne peut sacrifier, parce que justement il existe pour les protéger ; en les sacrifiant, l'Etat sortirait de son but, et par suite violerait la règle de droit qui s'impose à lui, car c'est ce but qui donne à l'Etat ses pouvoirs et ses droits de commander aux individus, c'est par ce but que ses actes ont une valeur juridique. »³²⁶.

Il semble acquis que pour éclairer les fonctions de la responsabilité publique, il faille d'abord rappeler les fonctions de l'Etat et la logique de sa nature. L'Etat est un être à double face. Sa définition comprend en effet deux éléments. Dans son élément abstrait, l'Etat apparaît comme une entité présente dans la conscience que les individus développent de son existence³²⁷. Le second élément est formé concrètement par l'ensemble des administrations, traductions vivantes des fonctions qui incombent à l'entité. L'Etat constitue donc une personne juridique, c'est-à-dire une abstraction personnifiée³²⁸. Pour les théories contractualistes, l'Etat est uniquement « moral », c'est-à-dire une personnalité civile conçue métaphoriquement³²⁹. Il est double : à la fois personne morale étatique en tant qu'administrateur, et ensemble des individus en tant que République. Or, la signification du contrat social est d'autoriser à agir au nom et pour le compte d'une Nation. Pour HOBBS, le critère d'imputation étatique sera la conformité de l'action du Souverain au but de la République, qui est au sens large la conservation de la sûreté des citoyens³³⁰.

En définitive, on peut trouver ici argument pour expliquer dans quelle mesure le droit suit le fait dès qu'il s'agit des questions de responsabilité. Le fait premier, c'est l'instinct de

³²⁴ B. STARCK, th. précitée, p. 50. Mais voir déjà J. LUCHET, *L'arrêt Blanco, La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*. Les presses modernes, Paris 1935.

³²⁵ Notre position conduit à reconnaître l'existence de règles supra-constitutionnelles, telles que celle qui permet que l'on juge pour crime contre l'humanité ceux qui auraient agi sous l'empire d'une Constitution tout à fait régulière.

³²⁶ H. BAILBY, *De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers*, th. Paris, 1901, p.4.

³²⁷ Voir J. ELLUL, *Remarques sur les origines de l'Etat*, Droits, n°15, 1992, p. 11.

³²⁸ M.-N. REDOR, *L'Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle*, Droits, 1992, p. 91.

³²⁹ O. BEAUD, *La notion d'Etat*, A.P.D. 1991, p. 119.

³³⁰ *Léviathan*, Ch. XXX.

vie, lui est naturel. Ensuite vient le dressage de l'Homme dont parle NIETZSCHE, appelé responsabilité, c'est une morale qui découle d'un impératif naturel. Pour les penseurs du droit comme IHERING, ce principe est l'essence même du mot justice : « ce qui convient à tous, ce qui assure l'existence de tous »³³¹. A ce stade, le principe se juridicise pour devenir le plus absolu des droits : le droit à la vie, c'est-à-dire le droit d'engager la responsabilité de ceux qui y portent atteinte.

La société organise des « services publics de protection » de la vie. Parmi eux on doit classer la défense, la police, la justice, la lutte contre l'incendie et la sécurité civile, l'action sanitaire et sociale particulièrement utile pour la sauvegarde des personnes en danger³³². Ce dernier service était donc à tort conçu autrefois comme une œuvre de charité et non un droit.

Précisons que ce droit à la vie, s'il est le plus absolu des droits, le moins relatif, n'est pourtant pas le droit le plus absolu. Aucun droit n'a cette qualité. Il ne s'agit pas d'un droit brut à la vie puisqu'il connaît des limites³³³. Dans notre société occidentale, ce droit est conçu comme un droit à une vie confortable, c'est-à-dire qu'il se concrétise par d'autres droits et que, loin d'être statique, il doit consacrer un principe de progrès de la vie.

2) *Un principe d'évolution*

L'histoire de la vie est celle du changement. Les espèces doivent toujours s'adapter à leur milieu. Le droit n'échappe pas à la règle puisqu'il régit des sociétés humaines qui se forment d'abord selon les buts de la nature³³⁴. ARISTOTE a justement compris que l'homme est un animal politique étant ordonné à la communauté³³⁵. Par ce simple constat que l'homme toujours doit s'allier à une femme d'une autre famille de par l'éternel tabou de l'inceste³³⁶, il faut confirmer que la société est naturelle pour l'homme³³⁷, puisque le groupe humain doit toujours dépasser le cadre familial pour se régénérer. Le principe de vie ne commande pas

³³¹ Cité par M. SOUSSE, op. cit., p. 25.

³³² Voir G. J. GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, L.G.D.J. 1994, collec. Systèmes, p. 36.

³³³ Si le droit à la vie était absolu, on ne concevrait pas juridiquement la peine de mort qui dans certaines extrémités peut permettre le bénéfice du droit à la sécurité. On n'imaginerait pas non plus de législation légalisant les avortements au profit du droit de la mère à la protection de sa santé. Voir les observations sous D.C. 15 janv. 1975 aux *grandes décisions du Conseil constitutionnel*, notamment la position des droits étrangers.

³³⁴ Avoir des buts, c'est avoir des valeurs. La Nature a donc des valeurs puisqu'elle a des buts. H. JONAS, *Le principe responsabilité*, 3ème éd. Cerf 1995, p. 158.

³³⁵ *Zoon Politikon*, Livre I, 1253a et livre III, 1280b.

³³⁶ Voir T. FLEINER-GERSTER, *Théorie générale de l'Etat*, P.U.F. 1^{ère} éd. 1986, n° 19 p.41

seulement la survie des espèces mais aussi leur amélioration. Il en va ainsi en vertu de cette loi naturelle de recherche du croisement des gènes. L'homme sait dans son instinct qu'il doit contribuer à perpétuer l'espèce avec une personne qui ne possède pas avec lui un grand nombre de gènes communs afin de multiplier les chances d'adaptation au milieu. La vie humaine est donc échange, alliance, utilisation de l'autre pour se perpétuer en lui³³⁸. Dans cette conception, nous partageons avec HOBBS l'idée que l'homme est naturellement agressif. Le mythe de l'enlèvement des Sabines nous enseigne que la femme, première richesse de l'homme du point de vue de son avenir simplement possible, est l'occasion de luttes, chaque mâle se devant d'instinct d'imposer ses gènes, mais aussi qu'avec la femme d'une autre famille, c'est l'alliance et le consensus qui commencent.

La loi naturelle de progrès et de mutation commande les règles juridiques de progrès de la société, dont la mutabilité des services publics. Ainsi, l'Etat est-il contraint de s'adapter aux besoins des individus formant son corps, il n'est pas souverain. La théorie jusnaturaliste explique que : « l'Etat doit placer les individus dans les conditions extérieures les plus favorables à leur bien être physique et à leur perfectionnement moral et intellectuel ; il doit leur laisser, dans la mesure du possible, le libre exercice des facultés nécessaires à leur développement. Avant qu'il n'y ait des intérêts juridiquement protégés par la loi positive, nous trouvons des intérêts protégés par le droit objectif qui résulte de la nature même de la société. »³³⁹. Finalement, le principe de progrès de la vie justifie le développement des services publics et particulièrement cette catégorie « des services publics de progression »³⁴⁰. Ainsi, les fonctions de l'Etat sont celles que le corps social lui assigne en permanence dans une perspective de développement et non pas seulement de conservation. Le corps social possède ainsi sur l'Etat les prérogatives légales de direction et de contrôle dont on peut jouir dans un contrat administratif, un contrat social reposant sur une base théorique et téléologique

³³⁷ Pour PUFENDORF la sociabilité de l'homme est naturelle.

³³⁸ Bien sûr la présence de l'autre génétique n'implique pas *ipso facto* l'acceptation de l'autre culturel. Le sentiment de communauté nécessaire à une vie paisible passe par les liens culturels et non les liens de sang. S'il en était autrement les concepts de clans, de tribus et de nation n'auraient jamais vu le jour.

³³⁹ H. BAILBY, op. cit., p. 5.

³⁴⁰ G. J. GUGLIELMI, *ibid.* p. 36.

solide, dont le contenu en matière de responsabilité tel que nous allons le préciser, se manifeste par une assurance contre le risque social.

Chapitre 2

LA FONCTION D'ASSURANCE SOUSCRITE CONTRE LE RISQUE SOCIAL

Après l'adoption de la loi du 8 juin 1895 pour les erreurs judiciaires et les précédents de responsabilité relatifs aux dommages les plus mal vécus par la population, le droit français est prêt à franchir une nouvelle étape avec l'indemnisation de préjudices tout à fait accidentels cette fois. Moins de deux semaines après que le législateur ait instauré la première incontestée responsabilité sans faute de l'Etat, la Haute juridiction administrative rend une décision pour le moins retentissante dans laquelle elle condamne la puissance publique à réparer le dommage subi accidentellement par un ouvrier de l'arsenal de Tarbes³⁴¹. Cette audace³⁴², ponctuée du laconisme habituel du Conseil d'Etat, a enthousiasmé la réflexion doctrinale qui s'est efforcée d'y déceler une logique juridique. Les systématisations les plus intéressantes ont été proposées par les plus éminents auteurs de l'époque qui ont le mérite de présenter une vue d'ensemble des solutions autour de l'idée d'assurance contre le risque social. Selon M. HAURIOU : « Les choses se passent comme si l'Etat gérait, en sa qualité de personne morale, une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs. »³⁴³.

Comme nous l'avons déjà évoqué, les solidaristes et L. DUGUIT en première ligne, adoptent une position proche : « L'Etat est, en quelque sorte, assureur de ce que l'on appelle souvent le risque social, c'est-à-dire le risque provenant de l'activité sociale, se traduisant dans l'intervention de l'Etat. »³⁴⁴. Il en est ainsi parce que l'Etat gère les services publics pour les citoyens, sur leur demande. L'Etat tire son pouvoir, sa légitimité, de ce qu'il exerce « une

³⁴¹ C.E., 21 juin 1895, *Cames*, Rec. p. 509, S. 1897,3, p. 33 concl. Romieu et note Hauriou ; D. 1896,3, p. 65, concl. Romieu.

³⁴² Audace cependant relative car inspirée par l'adoption par la chambre des députés le 10 juin 1893 d'un projet de loi qui deviendra la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

³⁴³ *Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique*, R.D.P. 1896, p. 51.

³⁴⁴ *Traité de droit constitutionnel*, t.3, Fontemoing 1930, p. 469.

fonction sociale, ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services publics. »³⁴⁵. De tels propos ont soulevé des oppositions parce qu'ils ouvraient la voie aux idées contractualistes difficilement contrôlables, voire néfastes pour les doctrines impérialistes hostiles à la responsabilité publique. De fait, si le service public est organisé à la demande des citoyens, si le pouvoir est assumé par quelques-uns³⁴⁶, c'est pour répondre à un besoin, celui de se prémunir contre le risque naturel. Ce risque que chacun peut subir en dehors même de toute vie en groupe, devient social lorsqu'il se réalise par les activités qui sont dans la société. Paradoxe, ce risque là est démultiplié avec sa technicité croissante par rapport au risque simplement né de la nature. « La régularité des accidents et des nuisances réciproques fait maintenant apparaître que le rapport des hommes en société est un rapport de conflits et de préjudices mutuels. On ne pourra plus sanctionner que ce qui dépasse la mesure, ce qui rompt l'égalité : l'excès, l'abus ». Présentant cette réflexion à propos de la responsabilité sans faute, François EWALD³⁴⁷ propose en définitive une synthèse d'ensemble du droit de la responsabilité, si l'on considère que la faute administrative est, elle aussi, ce qui dépasse la mesure et rompt l'égalité. De la sorte, « la responsabilité de l'Etat a sa cause dans le contrat social ; elle est la traduction évidente d'une règle de justice évidente et ne requiert en rien sa culpabilité. Ainsi, les idées de risque et de répartition se découvraient comme l'expression du contrat social lui-même, dont l'Etat n'est jamais que l'administrateur »³⁴⁸.

A présent, la responsabilité de la puissance publique est générale³⁴⁹ et les revendications autonomistes restrictives de responsabilité ne sont plus au goût du jour. La consécration de l'Etat-providence semble irréversible et il paraît d'autant plus nécessaire d'en expliquer le fondement. Effectivement, la responsabilité pour risque social démontre le caractère contractuel du droit public de la responsabilité. Selon nous, le fondement fonctionnel de l'Etat responsable ne peut pas être autre que celui d'un contrat social d'assurance contre le risque (Section 1) dont la responsabilité constitue un pan important permettant d'articuler les grands principes juridiques invoqués en doctrine comme fondant les indemnisations (Section 2).

³⁴⁵ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, p. 53.

³⁴⁶ Si l'on ne perd pas de vue qu'être responsable c'est répondre, on conçoit que cela consiste tant à recevoir des éloges et honneurs qu'à essuyer des blâmes ou condamnations. Comme l'écrit H. JONAS : « le prétendant brigue le pouvoir afin de se charger de responsabilité ». in *Le principe responsabilité*, éd. Cerf 1995, p. 189.

³⁴⁷ F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset 1986, p. 338.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ Comparer la jurisprudence *Blanco* et le principe posé dans l'arrêt *Darmont* selon lequel la responsabilité de la puissance publique est toujours au moins possible pour faute lourde : C.E., 29 déc. 1978, *Darmont*, Rec. p. 542 ; D. 1979, p. 279 note Vasseur ; A.J.D.A. 1979, n°11, p. 45 note Lombard ; R.D.P. 1979, p. 1742 note Auby.

SECTION 1

LE CONTRAT SOCIAL SOURCE DE LA RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE

L'expression « contrat social » est lourde de sens en France. Un auteur peut difficilement l'utiliser sans clarifier au préalable ses intentions. Les Français ont une conception sacralisante du pouvoir politique avec laquelle la liberté et la domination des droits individuels que sous-entendent les doctrines contractualistes est peu conciliable. On a ainsi nié jusqu'à l'influence de J.-J. ROUSSEAU dans les droits déclarés par les révolutionnaires. Le dénigrement a été à ce point excessif qu'aujourd'hui les citoyens revendiquent toujours plus le respect de leurs droits sans toujours trouver d'interlocuteurs pour leur expliquer qu'ils résident en face de leurs obligations. Or, nous remarquons qu'en toute explication de la société étatique, il y a volonté commune des citoyens de vivre dans l'Etat et engagement réciproque de celui-ci pour ceux-là. Ne peut-on en ces conditions parler d'un contrat social ? Doit-on préférer l'idée d'un quasi-contrat social pour parer à toutes critiques techniciennes sur le sujet ?

Qu'elle s'attache à l'idée politique du contrat social ou bien à la pénétration des idées contractualistes en droit de la responsabilité, la doctrine n'a jamais pu réduire irrémédiablement son influence. Ainsi est-il possible de réfléchir au sens même de la vie en société pour expliquer les obligations de responsabilité et de solidarité qui pèsent sur la communauté des citoyens confrontés au risque (§1). Bien sûr dans le cadre de notre étude, il est indispensable de chercher les traductions juridiques de la belle idée. Il faut vérifier selon les différentes situations dans lesquelles surgissent des dommages, en quoi il peut exister de véritables rapports contractuels entre les victimes et la puissance publique (§2).

§1 L'existence du contrat social d'assurance contre le risque

La thématique du contrat social est presque aussi vieille que le monde, que le monde civilisé en forme d'Etat au moins³⁵⁰. On en trouve une expression originale dans l'œuvre de ALTHUSIUS à la fin du XVIème siècle. Surtout, on sait que cette thèse est présente en Occident au Moyen-Age, époque à laquelle la seule façon d'instaurer une autorité politique commune est le contrat³⁵¹. Il n'est pas exclu que le procédé soit si ancien qu'il remonte à l'extraction de l'humanité du règne animal³⁵². En effet, le contrat est selon nous une caractéristique humaine, en tant que donnée naturelle, c'est d'abord une assurance contre le risque de l'état naturel (A). Ce fait, entrant dans la sphère juridique, implique des traductions pour les droits des victimes et pour ceux de la puissance publique responsable (B).

A) Une assurance contre le risque social de l'état naturel

La responsabilité, en tant que stipulation fondatrice de la société, est née d'un besoin d'assurance contre les risques que l'état naturel primitif fait peser sur tout être vivant. Par-là nous entendons la vulnérabilité liée au simple fait de vivre, indépendamment du danger technologique. L'état naturel subsiste donc encore aujourd'hui intrinsèquement dans la société étatisée. Il n'a guère à voir avec la vision rousseauiste concernant un supputé « état de nature ». L'angélisme de la théorie rousseauiste étant dépassé depuis longtemps, les critiques adressées à la théorie du contrat social en ont été facilitées, notamment par les confusions entretenues entre deux étapes distinctes du processus d'apparition de la puissance publique

³⁵⁰ On peut même croire que l'Alliance supposée entre un Dieu et son peuple cache en réalité l'alliance des hommes pour des lois communes.

³⁵¹ Ainsi J. DUNS SCOT au XIII^{ème} siècle ne fait que transcrire en terme politique les usages qui sont observés depuis les débuts de la féodalité, usages exacerbés dans les relations vassaliques où l'hommage est un contrat d'une force indéfectible.

³⁵² Aussi versatiles et imprévisibles que puissent paraître les comportements animaux, il n'en reste pas moins qu'ils sont prédéterminés par des instincts. Même si les instincts sont des conventions devenues lois, ils ne se modifient plus, sauf la modification de l'espèce elle-même. Par le contrat régissant les relations humaines, c'est le changement et l'adaptation qui est rendue possible, la propension au compromis étant la marque de l'intelligence.

étatique. En effet, pour percevoir l'idée de contrat social, il ne faut pas assimiler société humaine et Etat constitué, car la société étant naturelle et préexistante ne résulte pas du contrat (1), tandis que la société étatisée est bien fondée et formée par un contrat social (2).

1) *La préexistence de la société humaine*

Il est un point scientifiquement admis aujourd'hui qui a semblé ruiner la théorie du contrat social³⁵³. L'homme à l'état de nature décrit par ROUSSEAU n'a jamais existé³⁵⁴. On doit admettre aujourd'hui, en s'appuyant sur la science, que la cellule familiale a toujours existé, regroupant toujours autour d'elle plusieurs individus³⁵⁵. Pas plus que d'autres mammifères, l'humain n'aurait décidé par un acte volontaire l'alliance à ses semblables pour vivre en groupe. Mais, on ne voit pas en quoi cela ruine l'idée qu'il a fallu une alliance intentionnelle entre les familles, puis entre les tribus, pour finalement former des peuples entiers³⁵⁶. Si tous les penseurs perçoivent bien les raisons et l'intérêt du regroupement, en revanche, il y a désaccord sur la forme que revêt le passage à la société plus large. On distingue deux grands courants chez les juristes. La thèse du contrat et celle de l'institution.

Dans la première se retrouvent les penseurs classiques qui imaginent que tous les hommes consentent à un pacte qui forme l'Etat³⁵⁷, acte de volonté mu par la naturelle sociabilité de l'homme³⁵⁸.

³⁵³ Cf. P. TIRARD *ibid.* p. 94, citant KORKOUNOV, *Théorie générale du droit*. Trad. fr., Tchernoff, p. 280s.

³⁵⁴ PUFENDORF avait fait preuve de plus de clairvoyance : « tout le genre humain à la fois ne s'est jamais trouvé dans l'état de nature pure et simple ». PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, traduit du latin par Barbeyrac, 2 éd. 1712, livre II, chap. II, §4.

³⁵⁵ Le bébé humain est un prématuré. Depuis que passant à la station debout et à la marche, le bassin de la femme s'est rétréci et la position du fœtus s'en est trouvée rendue inconfortable. A neuf mois la formation du cerveau humain n'est pas tout à fait à terme. Elle nécessiterait en réalité onze mois de gestation. Le phénomène est d'autant plus plausible que l'on observe chez les premiers hominidés successifs une constante croissance du cerveau. Quoi qu'on en pense, il est incontestable que le petit de l'homme est un être d'une très grande vulnérabilité, et surtout ce qu'il importe de concevoir est la grande dépendance de la mère enceinte ou accouchée fraîchement. Bref, dans l'espèce humaine le mâle est indispensable à la défense et à l'alimentation de la progéniture. La marche a rendu l'homme plus fort et plus faible. Son apprentissage place l'enfant dans la dépendance de ses parents pendant longtemps. Il lui faudrait de trop nombreuses années avant d'être en mesure d'échapper seul à la prédation.

³⁵⁶ L'explication de groupes humains plus vastes que la famille est délicate mais on peut la supposer liée à l'acquisition de la manipulation d'objet. Avec elle c'est la prise de conscience qu'un individu peut être tantôt fort tantôt faible qui intellectualise le danger d'entretenir des relations non pacifiées, et que chacun peut disposer d'une place complémentaire et bénéfique pour tous, notamment contre les agressions extérieures prédatrices, climatiques ou environnementales.

³⁵⁷ ALTHUSIUS, HOBBS, LOCKE, PUFENDORF, ROUSSEAU et KANT.

³⁵⁸ Il s'agit donc d'une volonté réduite au choix du moment, de la forme et des modalités que prend la collaboration, puisqu'en définitive c'est un besoin impérieux naturel qui le commande.

Dans la seconde théorie, on veut rendre compte des réalités historiques qui ont présidé à l'apparition des Etats. Cette réalité est celle de la conquête, phénomène sans lequel il n'y aurait eu d'Etat que de microcosmes. L'Etat apparaît de manière très progressive, dans les esprits et sur le terrain parallèlement. De sorte que, pour les tenants de ce second courant, seuls quelques-uns parmi la multitude ont l'idée de l'Etat ; en effet, soit ils l'imposent par la force³⁵⁹, soit ils usent de la persuasion pour obtenir l'adhésion³⁶⁰.

Les constitutionnalistes et les positivistes hostiles à la théorie du contrat social lui préfèrent cette idée que ce qui fonde l'Etat c'est la légitimité d'où qu'elle prenne forme. Ainsi, H. KELSEN voit seulement dans le contrat social un outil de légitimation de l'action gouvernementale. Le pacte social ne peut fonder le caractère juridique de la constitution car il est une institution métajuridique. On ne peut contester que la première norme purement juridique posée par la volonté humaine est la constitution. Mais il n'y a pas d'obstacle à voir au dessus de cette norme positive suprême une règle qui impose avec force obligatoire la solidarité des groupes humains, leur sociabilité. Cette norme métajuridique ne se conçoit bien que par l'abstraction d'un contrat social, un quasi-sentiment que les hommes ont d'être obligés les uns envers les autres de manière intemporelle : « faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir et ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas que l'on vous fit »³⁶¹. C'est le tronc commun de toutes les grandes religions terrestres qui fut aussi rappelé comme un principe de la République en préambule à la constitution française du 22 août 1795, art. 2 des devoirs de l'homme et du citoyen.

Avant de devenir juridiquement Etat, une Nation se compose d'un peuple, c'est-à-dire qu'elle est selon ce qui est admis : « une collectivité d'individus qui forment un même peuple et sont soumis à l'autorité d'un même gouvernement »³⁶². Mais est-ce du peuple qu'émane le gouvernement ? Ou bien est-ce parce qu'il se crée un gouvernement que naît un peuple ? La question est de savoir si l'homme est un animal social ou si la formation du peuple résulte d'un acte de volonté. Si l'homme est ainsi par son espèce, alors la nation est toujours un fait premier par rapport à l'Etat. Si c'est la volonté qui crée la nation alors celle-ci naît d'une

³⁵⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit. ; *Les transformations du droit public*, op. cit.. Cf. supra p. 64 et s.

³⁶⁰ C'est la théorie développée par M. HAURIUO mais de façon parfois obscure. Voir A. BRIMO, *Le doyen Maurice Hauriou et l'Etat*, A.P.D. 1976, p. 99 ; J.-A. BRODERICK, *La notion d'"institution" de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français*, A.P.D. 1968 n°12, p. 143 ; J.-A. MAZERES, *La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué*, Mél. Mourgeon, Bruylant 1998, p. 239 à 293.

³⁶¹ Voir F. EWALD, *L'Etat-providence*, Grasset 1986, p. 572.

convention. Sauf exception les nations sont une réalité physique, historique et culturelle³⁶³. Le passage de nation à Etat résulte d'une « volonté collective de s'ériger en corps politique souverain »³⁶⁴. Mais aujourd'hui le concept de peuple fondement de la nation doit être compris avec ses évolutions. Cette notion floue, enjeu de manipulations, doit se définir comme l'ensemble des individus qui ont suffisamment d'affinités pour désirer vivre dans un même Etat. D'où il apparaît que la Nation se crée par un mouvement volontaire.

Si l'on s'en tient à la signification du terme, « légitime » signifie « établi par la loi », « conforme à la règle »³⁶⁵, et donc, « légitimité » renvoie au fondement du pouvoir et à la justification de l'obéissance qui lui est due³⁶⁶. Or, ce que nous voulons montrer, c'est que d'un point de vue constitutionnel, c'est bien la légitimité qui fonde l'Etat, mais que cette légitimité ne peut provenir que d'un processus conventionnel. Le contrat social ne résulte pas d'une volonté positive explicite mais d'une volonté permanente de demeurer dans l'Etat³⁶⁷. C'est ce qu'exprime la notion de légitimité. La société humaine ne naît pas d'un contrat, mais elle prend forme, s'organise, et demeure par contrat³⁶⁸.

2) La formalisation de la société étatique

Sans légitimité fondée sur un contrat permanent imposant la responsabilité contrepartie du pouvoir, les Etats sont condamnés. Au naturel les communautés humaines

³⁶² G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF 2000.

³⁶³ Si avant le XII^{ème} siècle on ne parle pas de nation en France, c'est parce que le « royaume » n'est pas encore assez grand. En effet, il n'y avait pas dans le domaine royal l'ensemble des personnes parlant la même langue et ayant la même culture. Cf. J. BARBEY, *Etre roi*, op. cit., p. 407.

³⁶⁴ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF 2000.

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ Voir P. BASTID, *Légitimité*, *Encyclopédie Universalis*.

³⁶⁷ En ce sens, J.-P. MARKUS, *La continuité de l'Etat en droit public interne*, R.D.P. 1999, p. 1085 et 1086.

³⁶⁸ On peut encore soutenir à ce stade que si pacte il y a, c'est d'une sorte de traité de paix entre les gouvernants et les gouvernés dont il s'agit et non d'un véritable contrat liant les citoyens entre eux. A la vérité, nous ne voyons guère l'intérêt de cette distinction car les effets et les buts du contrat sont les mêmes. Qui sont les gouvernants sinon des citoyens qui ont mandat pour gouverner ? L'Etat et les citoyens s'obligent mutuellement car les hommes ont besoin des hommes pour vivre en sécurité et améliorer leur existence. En définitive, ce sont les citoyens entre eux qui sont solidaires par le contrat. L'Etat est un outil de réalisation du confort individuel et non une fin en soi. Il en est ainsi depuis les premiers chefs de la France. Les souverains ont été sacrés avec l'assentiment, à notre avis indispensable, du peuple. Cet accord a été formel seulement dans les premiers temps de la pratique sacramentelle par la présence du peuple à Reims. Cf. J. BARBEY, op. cit., p. 35. Proclamant trois fois « Nous approuvons, nous le voulons, qu'il en soit ainsi. », le peuple français prolonge la tradition contractuelle féodale. Cette tradition conventionnelle féodale faisait d'ailleurs écrire à L. DUGUIT « qu'il n'y eut pas de société plus fortement intégrée ». *Les transformations du droit public*, op. cit., p. 130.

sont faites pour être petites³⁶⁹. L'Etat, en tant que très grande communauté n'a rien de naturel. C'est pourquoi les pires dictatures n'ont pas intérêt à bouleverser les règles de responsabilité civile lorsqu'elles parviennent au pouvoir³⁷⁰. Pour imposer toute son impersonnalité, l'Etat doit répondre. La responsabilité a toujours été le corollaire sans lequel les services publics et les prérogatives qui les accompagnent n'auraient pu être acceptés par la population³⁷¹.

Cependant, il ne faut pas s'étendre sur une critique facile de la théorie du contrat social qui se baserait sur l'absence de traces écrites du principe contractuel. On a reproché à la théorie de reposer « entièrement sur un contrat dont nul ne connaît la date, ni les termes, ni les signataires et qui prête à d'autant plus d'interprétations qu'il n'existe que dans l'imagination de ses interprètes. »³⁷². La mauvaise foi de ces critiques s'explique certainement en grande partie par leur ancienneté. Nul ne doute aujourd'hui que le droit puisse naître spontanément et que ses plus grands principes ne se classent pas chronologiquement comme dans un livre des inventions. Par ailleurs, chacun doit comprendre que le concept de contrat social est une fiction³⁷³, « une convention intellectuelle nécessaire pour imaginer la fondation logique et axiologique de l'Etat »³⁷⁴. On en trouvera difficilement trace dans les textes fondateurs des Etats. Pourtant, les déclarations des droits sont incontestablement des pactes créateurs de société lorsqu'il s'agit de fonder de nouvelles colonies humaines. Les textes qu'ont adoptés les colons américains pour fonder des Etats indépendants s'imposent non seulement aux individus mais aussi au législateur, au législateur constituant aussi bien qu'ordinaire. Ces textes qui ont tous pour modèle la première déclaration de droits, celle de Virginie du 12 juin 1776, sont de véritables pactes qui lient les générations futures. Et pour terminer de constater le bien fondé de ce point de vue, on rappellera que ces textes ont été soumis au référendum³⁷⁵.

A l'inverse, la préexistence de l'Etat aux déclarations des droits que celui-ci défend est-elle un obstacle à la thèse contractualiste ? Reportons-nous aux déclarations des droits de l'homme et des citoyens. Elles ne font que reconnaître et déclarer ces droits naturels de

³⁶⁹ H. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1932, coll. Quadrige, PUF 1995, p. 293.

³⁷⁰ Ainsi les nationaux socialistes allemands se sont bien gardés d'y changer quoi que ce soit. Cf. P.-M. GAUDEMET, *L'évolution de la responsabilité civile des agents publics. Etudes de droit allemand.*, Mél. Oflag 1943, p. 197.

³⁷¹ Cf. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1911, 7^{ème} éd. p. 476. Et M. DEGUERGUE, A.J.D.A. 1995, p. 212.

³⁷² ROGER, op. cit., p. 28.

³⁷³ L'esprit censé ne jugerait pas utile de prétendre que les personnes morales n'existent pas, pourtant elles sont une fiction juridique.

³⁷⁴ O. BEAUD, op. cit., p. 240.

³⁷⁵ Pour DUGUIT, « Ainsi, c'étaient tous les membres de la collectivité qui étaient appelés à signer en quelque sorte le contrat duquel naissait la société politique et qui s'engageaient par-là solennellement à en respecter les clauses ». *Traité de droit constitutionnel*, t.3., 1930, p. 600.

l'homme vivant en communauté. Certaines de nos constitutions se sont inspirées des principes sociaux qui imposent des relations de coopération entre l'Etat et le citoyen. Ainsi, la Constitution de 1848 affirme en son article VI : « Des devoirs réciproques obligent les citoyens envers la République et la République envers les citoyens ».

Même si les philosophes naturalistes se sont trompés sur certains faits, ils ne se sont pas mépris quant au sens de la vie en collectivité. John LOCKE est donc tout excusé d'avoir écrit que les hommes « quittent » l'état de nature pour la « conservation mutuelle de leurs vies, de leurs libertés et de leurs biens »³⁷⁶. Les philosophes ont vu juste quant aux fonctions de la vie en collectivité.

B) Les traductions immédiates des fonctions naturelles du contrat social quant aux droits des victimes et de l'Etat

Si la société est une donnée brute, les Etats sont en revanche des entités créées postérieurement aux groupes humains. Ces Etats pourraient disparaître, puisqu'ils sont une construction volontaire. Dans une certaine mesure, s'ils existent c'est parce qu'ils remplissent une fonction primordiale pour l'être humain, celle de conservation et surtout de progrès du confort. Leur activité juridique obéit aux exigences des individus. La cause juridique du contrat social réside donc dans les droits qui sont reconnus aux associés, ce dont nous avons confirmation dans les éléments essentiels de tout Etat. Il importe de montrer comment notre système juridique traduit les besoins naturels essentiels que la responsabilité protège, tant en droits pour les victimes (1) qu'en obligations pour la puissance publique (2).

³⁷⁶ *Gouvernement civil*, chap. VIII, §1.

*1) Les traductions pour les victimes de dommages du principe fonctionnel d'assurance
contre le risque social*

La victime d'un dommage est protégée par le droit dès lors que sa lésion porte atteinte à ses conditions de subsistance. De nombreux textes proclament l'existence d'un droit à la vie³⁷⁷. Certains s'attachent à protéger la vie des individus, d'autres reconnaissent les droits à l'existence des peuples et des minorités, des Etats aussi par le même temps. L'un ne va pas sans l'autre. En droit international, ce principe est proclamé maintes fois. Ce sont les Etats qui marquent cette volonté lorsqu'ils sont réunis en assemblée représentative du genre humain. Il est intéressant de relever que le premier juge français à se prononcer sur l'effectivité du droit à la vie a été le juge administratif, le juge du droit public. Le Conseil d'Etat reconnaît l'existence d'un droit à la vie, certes non absolu³⁷⁸. Quant aux juges du fond, ils n'hésitent pas à rappeler le « principe constitutionnel du respect de la vie de tout être humain, y compris avant la naissance »³⁷⁹. La reconnaissance de ce droit à la vie peut en outre s'entendre comme un facteur de légitimité pour la société étatique³⁸⁰.

L'extension immédiate de ce droit à la vie est le droit au respect de l'intégrité de la personne humaine. C'est un principe fondamental reconnu par les lois de la République au terme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel³⁸¹. Ce principe est d'une valeur si essentielle qu'il permet d'empiéter sur la liberté individuelle en l'absence même de textes répressifs pour la raison que l'on doit veiller à ce que le corps humain ne soit pas perçu comme une chose « consommable »³⁸². Nous pourrions évoquer encore la reconnaissance constitutionnelle du droit au travail, qui pourrait s'accompagner sans exagération de celle du droit au logement, mais nous cesserons là la digression.

³⁷⁷ Il s'agit en premier lieu des déclarations et conventions internationales, dont la déclaration universelle de 1948 et positivement pour l'Europe de la Convention européenne du 4 nov. 1950.

³⁷⁸ C.E., 21 déc. 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Rec. p. 369, concl. B. Stirn ; D. 1991, p. 283, note P. Sabourin. Ce droit est à concilier avec le droit à une vie décente pour la mère. Cf. infra p. 427 et s., sur le préjudice lié à une naissance non désirée.

³⁷⁹ T.A., Strasbourg, 17 juil. 1990, *Epoux S. c/ Hôpital Notre-Dame-de-Bon-Secours*, A.J.D.A. 1991, p. 217, note G. Darcy.

³⁸⁰ Selon F. EWALD, « l'idée de droit à la vie n'est rien d'autre qu'un principe de socialisation des existences, des âmes et des corps, une manière de les constituer comme indéfiniment débiteurs de la société [...] La société donne la vie, s'engage à la préserver. Que demande-t-elle en échange ? Qu'on lui donne sa vie : chaque citoyen, dans un organisme social, doit coopérer à la conservation et au progrès de cet organisme ». *L'Etat providence*, op. cit., p. 326 et 327.

³⁸¹ D.C. 94-343/344 du 27 juillet 1994, rec. p. 100 et D.C. 94-359 du 19 janv. 1995, Rec. p. 176.

³⁸² Voir la position du Conseil d'Etat dans l'affaire des interdictions de spectacle de lancer de nains : C.E., A, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et ville d'Aix-en-Provence*, Rec. p. 372. Voir pour une extension inquiétante de cette idée, la condamnation de pratiques sexuelles privées confirmée par la C.E.D.H., 19 fév. 1997, *X et autres c./Royaume-Uni*, D. 1998, p. 97.

Pour le droit de la responsabilité civile, les traductions techniques du principe de garantie et d'amélioration de la vie avaient été formulées par le procureur général de la Cour de cassation de Belgique LECLERC³⁸³. Retenons qu'en droit administratif comme en droit privé, le dommage corporel jouit d'un traitement si particulier, que certains auteurs souhaitent l'usage d'une expression globale désignant le sort fait aux accidents qui les engendrent un « droit du dommage corporel »³⁸⁴. Il est constant en tout cas que cette spécificité est vérifiée dans la jurisprudence publiciste. Pour le juge administratif, le dommage corporel est toujours anormal, c'est-à-dire qu'il est toujours potentiellement indemnisable quelle que soit sa gravité³⁸⁵, et par extension ce qui est nécessaire à la vie, le foyer est lui aussi protégé³⁸⁶. Ainsi, même la situation illégitime de la victime ne s'oppose pas à la réparation de ses dommages corporels imputables au service³⁸⁷.

Le principe de conservation et d'amélioration de la vie commande toutes les obligations de responsabilité civile, qu'elles soient délictuelles ou contractuelles. Ainsi, c'est toujours à tort que l'on s'est demandé si c'est la volonté des parties ou celle de la loi qui engendre l'obligation de responsabilité. Discussion vaine parce que c'est toujours des deux que provient l'obligation. En matière de responsabilité civile, la loi ne fait que consacrer les nécessités naturelles du principe³⁸⁸. De même que la volonté des parties ne s'impose avec force obligatoire qu'en raison de ce principe naturel de vie sociale qui exige impérieusement que l'on puisse faire confiance à la parole donnée. « La responsabilité ne serait donc elle-même en son fond qu'une responsabilité contractuelle d'ordre public, la sanction de notre adhésion à la société. »³⁸⁹. Les contrats n'ont pas pour finalité de produire de l'argent mais des richesses et donc de rendre la vie possible et meilleure.

³⁸³ B. STARCK, th. citée, p. 33.

³⁸⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, 3ème éd., Dalloz 1996.

³⁸⁵ Concl sur C.E., A., 20 mars 1974, *Navarra*, Rec. p. 200.

³⁸⁶ Pour M. ROUGEVIN-BAVILLE, les dommages résultants des dégradations matérielles contre les immeubles et les récoltes du fait de travaux publics sont toujours eux aussi anormaux, *ibid.* Cf. *infra* p. 479 et s.

³⁸⁷ Cf. concl. BRAIBANT sur C.E., 17 oct. 1962, *Sieur Beratto*, Rec. p. 543. Et C.E., 25 fév. 1955, *Dourlen*, Rec. p. 123. - C.E., 3 fév. 1956, *Dame veuve Durand*, Rec. p. 51. Souvent la réparation sera accordée devant le juge judiciaire car ces dommages peuvent provenir d'une voie de fait.

³⁸⁸ Sur l'idée générale que l'Etat ne crée pas mais découvre le droit et le met en forme, H. BAILBY, *op. cit.*, p. 4.

³⁸⁹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon 1912, p. 67.

2) Les traductions du principe fonctionnel d'assurance pour la puissance publique responsable

Les missions traditionnelles de la puissance publique sont la conséquence de ce que les individus recherchent. L'idéal premier est la pacification et la sécurisation en tant que normes « pré-juridiques »³⁹⁰. A cela répondent les services policiers de l'Etat. La police dans l'Etat poursuit des objectifs de maintien de l'ordre, c'est-à-dire vise en droit la protection des personnes et des biens. Il en va ainsi des deux missions de police assumées par la même force publique. Police administrative et police judiciaire sont les outils par lequel l'Etat remplit la première obligation du contrat social, l'obligation de sécurité. Comme la responsabilité, cette institution intervient en prévention et en sanction des dommages. La police administrative pose les règles, la police judiciaire sanctionne leur violation. Le but premier de la police administrative explique qu'elle ne peut se déléguer puisque, comme la souveraineté, la police n'appartient pas à l'Etat. La puissance publique instituée exerce la police comme elle ne fait que gérer les services publics. La police est confiée à l'Etat par le contrat social. Aucune sous-traitance n'est admissible sans le consentement exprès du peuple. Ainsi s'explique la règle jurisprudentielle fermement maintenue selon laquelle la police ne se délègue pas³⁹¹. C'est un principe constant du droit que l'on ne peut transférer plus de pouvoir que l'on en possède soi-même.

La police dans la cité est bien l'affaire de tous. Elle appartient d'abord aux citoyens et aux familles. D'ailleurs, les individus sont potentiellement associés au maintien de l'ordre. La police s'accomplit à l'échelon local sous la responsabilité des communes, mais on a vu quelle ambiguïté a longtemps régné pour déterminer qui de la collectivité ou des individus étaient responsables des troubles survenus dans une commune³⁹². De ce point de vue, on ne devrait pas dire que la police locale est une « concession » de la puissance publique. Léon MICHOUX a très bien compris que ce pouvoir a sa source « dans cette règle du droit naturel qui autorise tous les individus, et par conséquent, les corporations d'habitants qui,

³⁹⁰ E. PICARD, *La notion de police administrative*, th. L.G.D.J. 1984, t. 2, p. 542.

³⁹¹ Cf. J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat*, A.J.D.A. 1965, p. 3. Le raisonnement peut s'appliquer à tous les services publics consubstantiels à la définition même de l'Etat, en somme des services les plus régaliens en ce qu'ils assurent la survie du groupe institutionnel. Cf. J.-P. MARKUS, *La continuité de l'Etat en droit public interne*, R.D.P. 1999, p. 1067.

³⁹² Cf. supra p. 49 et s.

relativement à la grande famille, ne sont elles-mêmes que des individus, à veiller à leur conservation. »³⁹³.

Cette citation dans une étude sur la responsabilité des communes résume toute la théorie de la responsabilité administrative : l'Etat est lui-même un groupement d'individus, une grande famille. Plus légitime en puissance et en force que les autres groupements de familles, l'Etat est cependant du point de vue naturaliste moins légitime que les petites entités humaines³⁹⁴, il faut donc bien un élément volontariste pour créer et maintenir l'Etat³⁹⁵.

Des lois ont consacré l'obligation ou la possibilité qu'ont les individus d'agir pour la protection des personnes et des biens. Ce devoir d'assistance, connu particulièrement du droit privé s'impose même dans les conflits armés³⁹⁶. En dehors des services de police, ce sont toutes sortes d'activités que l'on peut regrouper dans les services publics de protection qui procèdent de cette idée.

Les tâches de l'Etat rappelées, nul ne sera surpris que le principe de continuité de l'Etat ait valeur constitutionnelle³⁹⁷. Cette règle est reconnue comme visant à préserver l'existence même de l'Etat. Ce principe de continuité est une règle coutumière, essentielle à la vie nationale elle a peut-être même valeur supra-constitutionnelle³⁹⁸. L'idée mérite précision car on peut difficilement admettre à la fois que l'Etat est une construction volontaire et technique, et que sa continuité est un principe supra-constitutionnel, c'est-à-dire une règle de droit naturel³⁹⁹. Cela n'est possible que si l'Etat, qui est une notion distincte de celle de société, la recoupe néanmoins tout à fait. Si la société que les hommes ont en commun s'incarne dans un Etat, alors la continuité de la société est celle de l'Etat. Mais l'Etat n'est pas la seule forme possible d'organisation sociale. Une nation souveraine peut décider par son pouvoir constituant de mettre fin à son organisation en Etat, elle peut se nomadiser, se disperser, tout en conservant des rapports sociaux d'interdépendance. Le principe de

³⁹³ *De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents*, R.D.P. 1897, p. 71.

³⁹⁴ Voir H. BERGSON, *Des deux sources de la morale et de la religion*, p. 293.

³⁹⁵ Pour ALTHUSIUS ces communautés naturelles sont d'ailleurs les seules qui sont membres de l'Etat, les seules à choisir l'adhésion, car pour les individus la vie en société est imposée par la nature des choses. Selon lui les membres de l'Etat ne sont « ni les individus, ni les familles et collèges [...] mais les cités, provinces et régions dont la coalescence forme un seul corps par conjonction et communication mutuelle ». Son approche est fédéraliste mais il faut dire que le personnage est allemand.

³⁹⁶ Voir les nombreuses applications de cette idée inspirée par la solidarité, dans le remarquable ouvrage de G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Ch. III, *Le devoir d'assistance*.

³⁹⁷ D.C. 25 janv. 1979. Voir *Addendum* par P. DELVOLLE, R.F.D.A. 1996, p. 908, à propos de l'affaire *Koné*.

³⁹⁸ En ce sens : L. FAVOREU, *Le Conseil d'Etat défenseur de l'exécutif*, Mélanges, Boulogne, D. 1991, p. 249 ; J.-P. MARKUS, *La continuité de l'Etat en droit public interne*, R.D.P. 1999, p. 1067.

³⁹⁹ L. ROLLAND évoque une « loi de nature », *Droit administratif (doctorat)*, *Les cours de droit*, 1934-1935, p. 40.

continuité qui aurait valeur supra-constitutionnelle serait alors plutôt celui du service public⁴⁰⁰. Pour un auteur comme DUGUIT percevant bien les nécessités vitales de l'action publique, la théorie voudrait que ce principe interdise la grève dans les services publics. Mais une telle prohibition absolue serait à concilier avec un autre principe fondamental de la société qui est celui de progression, qui est reconnue dans le principe de mutabilité des règles, des services publics eux-mêmes par conséquent. Le principe de mutabilité a valeur supra-constitutionnelle en ce qu'il permet que l'on change souverainement l'organisation de la société, les termes du contrat consentis par les individus.

§2 Conséquences du principe assurantiel contractuel sur les situations des victimes

Nous voulons ici préciser en quoi le consentement des habitants de la cité est nécessairement donné à l'Etat, afin de mettre ensuite en valeur la part de droit qui est subjective dans leurs rapports avec lui. La responsabilité est, comme on le verra plus loin, la sanction des droits subjectifs que la victime tient d'une promesse. En matière de contentieux, la question du contrat est traditionnellement importante car les règles de la responsabilité varient quelque peu selon que la responsabilité est contractuelle ou extra-contractuelle. Dès lors se pose avec acuité en droit public le problème du consentement (A), d'autant mieux qu'il semble être la clef de voûte des rapports entre la puissance publique responsable et ses victimes (B).

⁴⁰⁰ Appliqué au service public cette règle est un principe général du droit : C.E., 7 juil. 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426 ; S. 1950,3, p. 109, note J.-D. V. ; D. 1950, p. 538, note Gervais ; R.D.P. 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline ; J.C.P. 1950,II,5681, concl. Gazier ; R.A., 1950, p. 317, concl. Gazier. Mais elle a ici aussi valeur constitutionnelle puisqu'elle limite l'exercice d'un droit constitutionnel, le droit de grève.

A) Du consentement des administrés-citoyens

A la théorie du contrat social on oppose que les contemporains d'une administration n'ont pas consenti à la subir. On ne choisit pas le lieu de sa naissance, pense-t-on. Autrement dit, si leurs ancêtres ont investi telle forme de gouvernement, tel système de règles plutôt qu'un autre, les vivants sont-ils liés par ce choix ? Les tenants de la théorie de l'institution qui ne s'expliquent pas la permanence du consentement au contrat social estiment qu'au mieux, s'il y eut un jour un contrat qui s'est formé, donnant naissance à une personne morale, celui-ci est devenu un fait établi pour ceux qui ne font plus qu'y adhérer ensuite. Certes le positionnement de la doctrine publiciste française est constant sur ce point. Pour elle, « le mythe du contrat social originaire a dès longtemps cédé la place à l'adhésion à un intérêt général en voie de réalisation »⁴⁰¹. Voilà un point qui n'est pas douteux, mais qui tend par son ambiguïté à gommer le poids de l'individu dans l'institution. Or, nous ne croyons pas qu'intérêt général et consentements contractuels soient exclusifs l'un de l'autre. En effet, nous ne constatons pas que l'inégalité qui caractérise les rapports de droit public disparaisse quand ceux-ci sont contractuels. Ce que nous devons maintenant préciser, c'est que le contrat social n'est pas seulement formé des contrats que les membres de la société auraient conclus entre eux, car il est surtout un lien de chacun envers le tout⁴⁰². Seuls les fondateurs de la société étatique lorsqu'ils existent contractent directement les uns envers les autres⁴⁰³. Par la suite, les nouveaux associés pactisent avec la personne morale qui a résulté de l'acte contractuel fondateur. Ce n'est qu'indirectement qu'ils sont liés aux autres membres de la société en une sorte de chaîne contractuelle. Mais c'est un nouveau contrat social qui se noue entre l'individu et l'Etat agissant pour l'intérêt général. Or, comment se traduisent les rapports contractuels entre des parties inégales si ce n'est par le phénomène du contrat d'adhésion ?

L'autonomie de la volonté n'est pas une règle très ancrée dans le droit administratif. Il ne faut pas s'en étonner car partout l'intérêt général peut imposer des limites à la liberté contractuelle⁴⁰⁴. Ainsi, il est propre au droit administratif que certaines clauses des contrats

⁴⁰¹ F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, L.G.D.J. 1997, p. 64.

⁴⁰² F. EWALD, *L'Etat providence*, op. cit., p. 326.

⁴⁰³ Cas de la création d'un nouvel Etat. Hypothèse rare si l'on songe qu'une révolution n'abolit jamais l'intégralité du droit antérieur. Cf. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 1989, p. 112 et s.

⁴⁰⁴ Voir D.C. 20 janv.1993 à propos de la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Ce texte permet de limiter la liberté de choix du cocontractant de l'administration pour les délégations contractuelles de service public malgré le principe de libre administration des collectivités locales. Voir note Pouyaud, R.F.D.A. 1993, p. 902.

puissent avoir des effets à l'égard des tiers⁴⁰⁵. Le principe est ancien mais il se développe encore⁴⁰⁶, peut-être avec cette idée que les administrés sont concernés de manière générale par les services publics et ne sont jamais de véritables tiers pour eux. Néanmoins, dès lors qu'il y a adhésion, il y a consentement. On peut seulement regretter que celui-ci ne soit pas toujours détaillé et éclairé.

En droit privé, l'autonomie de la volonté a aussi perdu de sa valeur explicative en raison de la multiplication de pratiques contestables de rédaction des clauses parallèlement à une généralisation des contrats-types seuls aptes à répondre aux besoins de rapidité des transactions modernes. C'est donc sans appréhension qu'il faut reconnaître que le contrat social est au plan individuel un contrat d'adhésion⁴⁰⁷. L'Etat vit d'ailleurs comme une association, c'est-à-dire un contrat qui existe avant toute déclaration ou reconnaissance officielle⁴⁰⁸. Aux confins du droit et de la sociologie, nous nous permettons de citer un extrait d'un ouvrage de Maurice GAND : « Les hommes que les circonstances ont groupés se trouvent tout de suite, indépendamment de toute délibération et de tout assentiment, au point où, quand il s'agit d'une société volontaire, les contractants se trouvent après la convention. Le but est fixé, les apports sont déterminés ou déterminables, les engagements sont inéluctables [...] C'est une société nécessaire »⁴⁰⁹. Comme pour toute personne morale⁴¹⁰, il faut accepter que les principes généraux des contrats, les principes spéciaux du contrat d'association et peut-être ceux du mandat⁴¹¹ suffisent à démystifier l'unilatéralité de la puissance publique⁴¹². Du reste, si au pacte social les individus ne consentent pas expressément sur chacun des points, ils consentent au moins à l'impôt. Par ailleurs, on sait l'existence d'associations auxquelles l'adhésion est obligatoire dès lors que l'on veut mener

⁴⁰⁵ Pour un exemple célèbre voir C.E., 21 déc. 1906, *Synd. des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Rec. p. 962.

⁴⁰⁶ Voir C.E., A, 10 juil. 1996, *Cayzeele*, A.J.D.A. 1996, p. 807.

⁴⁰⁷ Cf. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon 1912, p. 67 et 69.

⁴⁰⁸ Au stade embryonnaire, c'est la nation, qui n'a pas encore la personnalité, sauf lorsqu'il y va de son intérêt rapproché dans le temps. Chaque peuple dispose en effet d'un droit à l'autodétermination et à l'indépendance que peuvent lui reconnaître des Etats étrangers.

⁴⁰⁹ *Du délit de commission par omission*, th., Paris, 1900, p. 82.

⁴¹⁰ Opinions civilistes de VAREILLES-SOMMIERES, *Du contrat d'association*, Paris, Cotillon Pichon, 1893, p. V et s. et de VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2^{ème} éd., Bruxelles, 1884.

⁴¹¹ Les civilistes eurent autrefois recours au mandat pour expliquer la formation des sociétés et des groupements juridiques mais ils durent y renoncer. En effet par le mandat une personne confie à une autre le soin d'exercer ses pouvoirs. Or, comment concevoir que l'on confie à une personne qui justement n'est pas encore créée au moment de l'acte fondateur ? De plus, les pouvoirs que la personne morale créée exerce ne seront pas toujours utilisés conformément à la volonté de chaque mandant. C'est un pouvoir collectif qui est exercé dans le sens commandé par une majorité.

⁴¹² Les nombreux gardiens du mythe défendent d'abord à travers lui le principe d'égalité entre les administrés. Voir J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, L.G.D.J. 1974, p.35 et s.

une activité précise. Nous pouvons donc nous inspirer de la théorie de « l'impôt échange » selon laquelle l'impôt est le prix des avantages que l'on tire de l'organisation des services publics⁴¹³, soit une cotisation annuelle, soit un droit d'entrer dans le contrat social⁴¹⁴. Ainsi peut-on défendre l'idée que l'impôt est droit autant que devoir en ce qu'il confère les droits « de celui qui paye sur celui qui fait payer »⁴¹⁵.

C'est ainsi qu'il est possible de déduire d'un comportement la volonté de vivre dans l'Etat. L'autonomie de la volonté individuelle est donc toute relative au regard du contrat social. L'adhésion est obligatoire à qui est autorisé à demeurer sur le territoire et fait usage de cette autorisation. Cela n'exclut pas l'exigence d'un consentement, certes implicite, puisque les résidents d'un Etat de droit peuvent toujours émigrer librement et marquer ainsi leur volonté de rompre avec l'Etat. C'est la seule façon pour l'individu d'y échapper, le contrat social ne permet pas à un seul de remettre en cause l'existence même du groupe. Il reste à préciser dans quelle mesure le peuple dans son ensemble, incarné par l'Etat, voit sa liberté limitée par le contrat social.

Des théoriciens du contrat social reconnaissent la possibilité pour une génération de lier ses suivantes⁴¹⁶. Cela s'expliquerait par la nécessaire continuité de l'Etat. Le respect du corps social semble marquer la limite que les partisans de la souveraineté du peuple assignent à la liberté contractuelle constituante. Ainsi pour LOCKE, la forme du gouvernement ne lie pas pour l'avenir. Des éléments non négligeables du contrat social peuvent changer. Il s'agit de tout ce qui touche l'organisation politique de la Nation. Mais pour ce qui concerne les bases de la vie en société, même les partisans de la liberté complète admettent l'impossibilité de les remettre en question⁴¹⁷. Ceux qui croient que même le contrat social peut être révoqué sont induits en erreur en ce qu'ils sont partis du présupposé que ce contrat avait un jour créé la société humaine⁴¹⁸. Quant à nous, nous avons distingué déjà l'Etat et la Nation, la Nation et le

⁴¹³ Cf. H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11^{ème} éd. 1926, p. 1035.

⁴¹⁴ On n'insistera jamais assez pour expliquer combien le sentiment de citoyenneté passe par l'impôt.

⁴¹⁵ R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 103, cité par J. LUCHET, *L'arrêt Blanco, La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*. Les presses modernes, Paris 1935, p. 239.

⁴¹⁶ H. GROTIUS, *De jure belli ad pacis*, Lausanne 1751, Liv. II, Ch. II, sect. 1. Et J. LOCKE, *Second traité*, II,6, sect. 73.

⁴¹⁷ La grande majorité des libertaires ne prônent aucunement la fin de toute société mais la fin d'une société. Ils souhaitent le vrai gouvernement par les individus, au sein de petites structures.

⁴¹⁸ Ainsi J.-J. ROUSSEAU : « Il n'y a dans l'Etat aucune loi fondamentale qui ne se puisse révoquer, non pas même le pacte social ; car si tous les citoyens s'assembloient pour rompre ce pacte social, on ne peut douter qu'il ne fût très légitimement rompu ». *Le contrat social*, III,18.

peuple des citoyens⁴¹⁹. Nous savons que si l'Etat mourrait, la société humaine demeurerait toujours. En effet, le pacte social qui peut être révoqué est celui qui fonde spécifiquement la personnalité morale de tel Etat. La société humaine, elle, demeure immuable dans ses conventions perpétuelles.

En somme, ce qu'il faut comprendre dans la théorie du contrat social, c'est que la souveraineté du peuple correspond à la primauté de la volonté immédiate. « La volonté générale, qui doit diriger l'Etat, n'est pas celle d'un temps passé mais celle du moment présent [...] c'est toujours en vertu d'un consentement présent et tacite que l'acte antérieur peut continuer d'avoir son effet. »⁴²⁰. « Une génération n'a pas le droit d'assujettir à ses lois les générations futures », disait CONDORCET⁴²¹. C'est pourquoi, avec Thomas PAINE, on ne peut qu'adhérer à cette idée que la démocratie est légitime seulement par le « consentement des vivants »⁴²². Bien sûr nous pensons que chaque génération est libre d'initier des changements, mais toujours à l'exception de ceux qui sont irréversibles. Pour la responsabilité on peut en déduire que, si le législateur est libre de choisir plus ou moins les règles de solidarité et de réparation applicables à l'Etat selon la légitimité que celui-ci recherche, en revanche et en tout état de cause, dans sa fonction préventive, la responsabilité ne doit pas permettre qu'un dommage irréversible soit causé⁴²³.

B) De la situation des victimes de l'administration par rapport au service public

Les mouvements sans cesse croissants de contractualisation des rapports entre les personnes, privées ou publiques, vont dans le sens d'un progrès des conditions de vie. Ils sont la vérification de notre idée selon laquelle plus une institution est contestée et mal perçue, plus elle doit abandonner de son pouvoir et négocier sa légitimité. Nous observons cela en

⁴¹⁹ Cf. supra p. 70 et s.

⁴²⁰ ROUSSEAU, *Manuscrit de Genève du Contrat social*, cité par O. BEAUD, op. cit., p. 406.

⁴²¹ *Essai sur la constitution et les assemblées provinciales*, éd. Cabanis, Paris, An XIII, vol. XIII, p. 156.

⁴²² *Réflexions sur la Révolution française*, cité par P. MANENT, *Les libéraux*, t. 2, Hachette, «Pluriel», 1986, p.12.

⁴²³ Ainsi, une génération n'a pas le droit de dégrader l'environnement si de manière irréversible cela oblige d'autres générations à mal vivre dans l'avenir. La notion de réversibilité des pollutions est déterminante en écologie mais nous dépassons là le seul sujet de la responsabilité juridique. Cf. H. JONAS, *Le principe responsabilité*, éd. Cerf, 1995.

deux domaines. C'est évidemment dans ses relations externes que l'administration a d'abord ressenti le besoin de contrat. Les agents économiques, tour à tour usagers puis acteurs du service public, sont de plus en plus en situation contractuelle avec l'administration. Dans ce domaine le Plan est l'exemple d'une technique de concertation et donc de légitimation de l'interventionnisme croissant de la puissance publique. Si l'Etat est contraint de pratiquer une politique de concertation dans les domaines économiques, c'est que son intervention en la matière n'est pas très naturelle. A la question de savoir si les promesses de l'Etat contenues dans les contrats de plan pouvaient faire naître un contentieux contractuel, la Haute Assemblée a répondu positivement⁴²⁴, malgré les doutes de la doctrine⁴²⁵. Rien n'interdit en effet de voir en ces actes de véritables contrats. Il s'agit de protocoles d'accord sans engagement bien déterminé. On y fixe seulement des objectifs⁴²⁶ dont les termes restent à préciser, mais cela peut suffire à faire d'un acte un contrat. Il n'en va pas différemment dans le contrat social, accord dont les termes se négocient au jour le jour⁴²⁷.

L'autre secteur de conquête pour la reconnaissance de rapports contractuels entre puissance publique et citoyens, plus récente, concerne les relations internes de l'administration⁴²⁸. Notre propos est d'intégrer ces phénomènes dans une explication générale, pour cela il nous faut trouver les éléments du contrat dans la situation de ceux qui côtoient la puissance publique, qu'ils soient usagers (1), agents (2) ou bien tiers (3).

1) Les usagers

Certains administrés sont liés au service public par contrat spécial, mais les rapports qui en découlent ne sont pas de droit public. Le juge judiciaire connaît ainsi de tout le

⁴²⁴ En vertu de l'article 12 de la loi du 29 juil. 1982 les contrats de plan « sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles ». C.E., A., 8 janv. 1988, *Ministre chargé du plan c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec. p. 3 ; R.F.D.A. 1988, p. 25. Dans cette affaire du *Synchrotron*, le tribunal administratif avait déjà vu un véritable contrat : T.A., Strasbourg, 5 déc. 1985, *Communauté urbaine de Strasbourg et autres c/ Etat*.

⁴²⁵ Voir E. Arrighi de Casanova, *Les quasi-contrats de plan*, Droit social juin 1965, n°6, p.341.

⁴²⁶ Voir récemment C.E., 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, R.F.D.A. 1997, p. 342.

⁴²⁷ Selon A.-S. MESCHERIAKOFFF, « la démocratie ne consiste pas seulement à remettre le pouvoir à des représentants, mais à l'exercer quotidiennement et dans cette conception des choses, les relations sociales sont fondées moins sur la verticalité de l'application de règles de droit décidées au sommet, que par des accords constants entre les citoyens et notamment les citoyens situés en tant que producteurs de biens et services », in *Ordre administratif et contrat*, R.F.D.A. 1997, p. 1129.

⁴²⁸ Ibid.

contentieux des relations entre les services industriels et commerciaux et leurs usagers⁴²⁹. A l'inverse, le contentieux des rapports entre le service public administratif et les usagers intéresse le droit public en principe, car l'on sait de par la doctrine unanime, que ses usagers-là sont dans une situation légale et réglementaire. Il n'y a pas lieu ici de contester à la légère cet état du droit, tant il est vrai qu'il présente plus d'avantages que d'inconvénients⁴³⁰.

Soyons clair, la recherche de rapports contractuels entre les usagers et les services publics ne doit pas nécessairement déboucher sur une répartition différente des compétences juridictionnelles. C'est en effet une autre question que celle de la nature privée ou publique d'un accord. Nous savons que les rapports de droit public n'excluent en rien une certaine correspondance d'engagements. La question est pour nous de savoir si, à partir d'un certain degré de réciprocité des obligations entre usagers et service, il n'y a pas toujours contrat. Cette seule considération permettra le cas échéant de modifier certaines règles de responsabilité de manière sensible. Pour distiller le doute préalable à toute étude de fond, il nous suffira d'observer que dans les rapports étudiés existent aussi des obligations corrélatives. Regardons du côté des prétoires. L'arrêt *Rothschild* fait bien état des « rapports qui s'établissent à l'occasion des services publics entre l'Etat, les nombreux agents qui opèrent en son nom et les particuliers qui profitent de ces services » et des « obligations réciproques qui en doivent naître ». De même, le commissaire du gouvernement DAVID concluant sur *Blanco* écrit : « le rôle de l'Etat dans l'accomplissement des services publics est obligatoire ». ROMIEU n'hésite même pas sur le vocabulaire lorsqu'il conclut dans l'affaire *Tomaso-Grecco* que : « Lorsque l'Etat appelle un homme sous les drapeaux, une des obligations qu'il contracte envers lui c'est de le soigner en cas de maladie »⁴³¹.

Et la doctrine de confirmer en maintes occasions que « les individus sont obligés juridiquement envers l'Etat à certaines prestations ; l'Etat est obligé juridiquement envers eux à assurer certains services : obligation pour obligation »⁴³² ; « qu'à l'égard des services publics, le particulier a un droit »⁴³³ ; « qu'il possède des pouvoirs et aussi des devoirs à l'égard du fonctionnement du service »⁴³⁴.

⁴²⁹ C.E., 13 janv.1961, *Département du Bas-Rhin*, A.J.D.A. 1961, p. 235.

⁴³⁰ Le service public ne se marchandé pas, il serait hasardeux de le laisser croire.

⁴³¹ D.P. 1906,3, p. 81.

⁴³² M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 1^{ère} éd. 1892, p. 16 et s.

⁴³³ L. DUGUIT, *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, R.D.P. 1907, p. 411.

⁴³⁴ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 1^{ère} éd. L.G.D.J., 1926, p. 358.

Il suit de là que les administrés ne sont pas des tiers étrangers à l'administration. Evoluant dans un même champ obligationnel, ils sont des associés. Les usagers des services publics ont été qualifiés par M. HAURIU de collaborateurs⁴³⁵, d'employés de celui-ci⁴³⁶.

Pour L. DUGUIT⁴³⁷, les usagers sont des participants du service public, soumis comme les agents à un statut disciplinaire⁴³⁸. Osées, ces qualifications sont pourtant préférables à celle de « client » que l'on ne manquerait pas d'invoquer au nom de la doctrine contractualiste. Le client est celui qui est lié par une relation particulière au service, une relation d'interdépendance volontaire semblable à celle qui se noue entre particuliers et entreprise privée. En revanche, si l'usager a besoin du service, ce dernier n'a pas besoin de lui. Le contrat n'est nécessaire qu'à l'une des parties. Cependant on peut encore discuter cette vision si l'on admet que derrière le service se trouve l'ensemble des administrés qui ont eux la nécessité du service, celui-ci agissant non seulement « pour » mais aussi « au nom » des administrés, aurait besoin lui aussi de cette relation pour perdurer⁴³⁹. A ce stade de la réflexion, on voit poindre la spécificité des rapports entre usagers et services ; c'est que le « client » est en même temps l'entrepreneur de service public. C'est en tout cas certain lorsque le service est géré par l'Etat, car pour le reste nous allons devoir approfondir.

Il demeure un autre argument s'opposant à l'assimilation de l'usager au client malgré l'éventualité de rapports contractuels. C'est que bien qu'obligés l'un envers l'autre, usager et service public administratif ne sont pas liés par un contrat négociable, nous voulons parler d'un statut particulier. Nous ne prétendons pas en effet que tout usager, bien que dans une situation contractuelle avec le service, soit lié par un contrat qu'il a discuté. Nous avons dit qu'il faut imaginer un contrat social pour comprendre l'obligation faite à la puissance publique de réparer les conséquences des dommages anormaux causés par l'administration. Ce que nous imaginons c'est un contrat d'association⁴⁴⁰, fondamentalement mutualiste, dont

⁴³⁵ *Précis de droit administratif*, 1^{ère} éd. 1892 et note sous C.E., 30 juin 1922, *Lamiable*, S. 1922,3, p. 26. Sur ce point l'auteur a marqué des hésitations au fil des éditions de son manuel, cf. contra 10^{ème} et 11^{ème} éd.

⁴³⁶ *Précis de droit administratif*, 5^{ème} éd. 1903, p. 243.

⁴³⁷ *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, MéL. Hauriou, Sirey 1929, p. 253.

⁴³⁸ Nous allons de plus montrer que ces rapports de fonction publique pourraient bien être contractuels. Cf. *infra* p. 109.

⁴³⁹ C'est la problématique concrète du maintien des services publics dans certaines zones du territoire national.

⁴⁴⁰ Nous avons écrit *supra* que le contrat social est autre chose que la convention qui lie chaque individu à son voisin et qui serait généralisée sur tout un territoire. C'est que, comme l'association, le procédé consiste à créer une personne juridique nouvelle, personne morale qui est l'Etat pour ce qui nous intéresse. Certes, les parties au contrat en sont les seuls membres particuliers, et c'est pourquoi on ne peut pas dire que le contrat social lie l'Etat et le citoyen, c'est la Nation qui est liée à chaque individu et réciproquement. L'Etat n'est que le résultat à la fois concret et abstrait de ce lien.

l'objet est de gérer les affaires qui peuvent mieux l'être en commun⁴⁴¹. Les constructions humaines étant imparfaites c'est par conséquent d'un contrat d'adhésion dont nous devons parler. Or, la nature de ce genre d'actes créateurs d'obligations est discutée et nous allons préciser notre point de vue sur cette question.

Ce qui est certain, c'est que nous évoluons dans un champ d'obligations réciproques et que « toute administration gère l'affaire du public »⁴⁴². Avec ou sans contrat⁴⁴³, il ne fait guère de doute que la gestion soit utile. Nous envisageons ici les services gérés directement par l'Etat. Que ceux-ci soient administratifs ou industriels et commerciaux ne retranscrit guère à la nature fondamentalement consensuelle des rapports noués⁴⁴⁴ ! Mais il survient une hésitation dès lors que les activités d'intérêt commun sont confiées à des tiers, personnes juridiques, morales ou physiques. Imaginons pourtant l'Etat, dans les mains de qui les affaires communes se trouvent, quelle que soit la personne que celui-ci choisit pour gérer mes affaires, j'ai un droit de regard sur cette gestion, parfois un droit sévère lorsque je peux élire ceux qui administrent, en tout cas je suis créancier et débiteur à l'égard des services publics. Afin de ne pas heurter inutilement l'opinion établie, afin de ne pas étendre à l'excès la notion de contrat⁴⁴⁵ et par la même ouvrir la porte aux interprétations civilistes radicales qui modifieraient sensiblement les règles applicables⁴⁴⁶, il nous faut distinguer à présent ces différentes hypothèses afin d'en donner les explications particulières.

Il est admis généralement en droit français que le client usager d'un service industriel et commercial est partie à un contrat avec lui. Cela ne souffre plus de difficulté depuis bien longtemps parce qu'il est reconnu que ces services développent avec leurs usagers des rapports de droit privé analogues à ceux des industries ordinaires. Ainsi, les obligations

⁴⁴¹ S'il pouvait s'agir d'un mandat, ce serait un mandat essentiellement tacite, plutôt général, et évidemment d'intérêt commun. Cette dernière remarque a pour conséquence que la libre révocation du mandataire, à savoir l'administration, ne serait pas possible. Seul le renoncement complet serait concevable. Cela serait conforme à la règle de l'égalité.

⁴⁴² F. GENY, *Des droits sur les lettres et missives*, 1911, p. 52.

⁴⁴³ Pouvons-nous y voir une simple gestion d'affaires quasi-contractuelle alors que chaque citoyen sait parfaitement que son affaire est gérée, qu'il peut savoir par qui et comment, qu'il peut surveiller, contrôler, guider cette gestion par des représentants élus ?

⁴⁴⁴ C'est la nature privée ou publique du contrat en cause qui modifie les règles applicables.

⁴⁴⁵ Mais peut-être n'y a-t-il pas moins de différence entre contrat privé et contrat public qu'entre contrat privé et acte unilatéral de puissance publique ? Ce que nous souhaitons mettre en valeur en recourant avec insistance à cette mythique du contrat, si cela en est une, c'est la place nécessaire de l'individu dans le jeu social et la grande beauté de cette idée.

⁴⁴⁶ Remarquons qu'il ne faudrait pas espérer dans notre approche une révolution complète car l'époque a montré la trop rigoureuse distinction établie entre responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle. Cf. P. JOURDAIN, *La responsabilité du fait des produits défectueux*, in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, F. LEDUC et alii, Economica 1997, p. 75.

récioproques étant de droit privé sont réputées contenues dans un contrat⁴⁴⁷, qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion n'y change rien. Voilà qui n'entra pas si facilement dans les esprits publicistes. Souvenons-nous de la grande indignation de M. HAURIOU commentant le premier arrêt qui confiait au juge judiciaire le soin de connaître d'une sanction infligée par l'administration à l'une de ses abonnées au téléphone, sur la base des dispositions du contrat commandées par les prescriptions réglementaires⁴⁴⁸. C'est que l'éminent auteur ne pouvait concilier adhésion et consentement contractuel : « Ainsi, le principal effet du contrat est de soumettre l'abonné à des règlements et à un pouvoir réglementaire, à un pouvoir disciplinaire et à des mesures disciplinaires ; mais règlements et mesures disciplinaires ne deviennent point des actes contractuels, ils conservent leur nature unilatérale et pour ainsi dire sauvage d'actes de la puissance publique. » .

Une telle opinion est bien ancrée en droit public, elle est d'une logique respectable. Mais non moins logiques et non moins honorables ont été les progrès du droit civil qui ont permis que l'on sorte de la « brutalité » unilatéraliste originelle. Il est bien reconnu dans cette discipline que la conventionnalité des rapports n'exclut en rien une certaine unilatéralité des sanctions, du choix de leur mise en œuvre tout au moins. Le mécanisme de la clause pénale n'en serait qu'un exemple. C'est bien un progrès de civilisation que de pouvoir sanctionner un usager qui accepte la responsabilité de ses actes, de ses manquements contractuels. Nous n'en sommes plus au droit romain archaïque qui permettait la saisie de la personne physique du débiteur⁴⁴⁹. Cela ne nous semble pas une régression que de conserver aux engagements, aux clauses non négociées, un caractère contractuel pour le cocontractant. Cela permet que l'on applique cette loi naturelle qui impose la bonne foi et l'équité au moment du complément ou de l'interprétation. Ce qui demeure dans l'adhésion, c'est en effet la volonté d'accepter la globalité d'un contrat. Le consentement important est celui qui porte sur les éléments essentiels de l'opération juridique envisagée. Une thèse de M. DEREUX contemporaine du débat évoqué incitait déjà à distinguer les clauses du contrat « qui sont essentielles et sur lesquelles s'est certainement portée l'attention des deux parties lors de la convention [...] et celles qui sont accessoires ou du moins que l'une des parties a dû considérer comme telles ;

⁴⁴⁷ Voir T.C., 10 mars 1923, *Veuve Rousseau*, S. 1924,3, p. 57, note Hauriou. Solution confirmée plusieurs fois en 1923 et partagée par la Cour de cassation dans une série d'arrêts du 24 janv. et 4 juil. 1922 et 22 janv. 1924. L'arrêt *Rousseau* concerne le chemin de fer et, sans le dire, il est une conséquence logique de la reconnaissance des services industriels et commerciaux par la jurisprudence *Bac d'Eloka*.

⁴⁴⁸ C.E., 23 mars 1906, *Delle Chauvin*, Rec. p. 251 ; S. 1908,3, p. 17, note Hauriou. Les précédentes hypothèses de compétences judiciaires dans ce domaine étaient rattachées au caractère parafiscal de la redevance : C.E., 21 nov. 1890, *l'Etat*, S. 1892,3, p. 137. - C.E., 16 nov. 1900, *Ministre du commerce*, S. 1903,3, p. 32.

⁴⁴⁹ Encore que celui-ci était présumé accepter son sort puisqu'il connaissait cette disposition du droit.

celles-là ne peuvent que préciser les premières ; la bonne foi interdit que l'on s'en serve pour dénaturer les clauses essentielles du contrat »⁴⁵⁰. Certes voilà qui ne manque pas d'inquiéter HAURIOU, conscient du risque qu'il y a là de remettre en cause le sain rapport d'inégalité entre la puissance publique et le particulier. C'est pourquoi il est d'autant plus essentiel de penser que le contrat d'adhésion peut être, comme les autres à l'occasion, un contrat de droit public lorsque le service qui le propose est administratif et géré par une personne publique. Il sera alors protégé par l'interprétation du juge administratif⁴⁵¹. Ce qui compte en définitive est l'existence d'un choix pour l'administré qui s'exprime par un consentement ou un renoncement global, qui emporte la qualification contractuelle pour le régime qui en découle.

Nous pouvons conclure, par notre raisonnement, que même vis-à-vis de certains services administratifs assumés par des délégataires ou concessionnaires, les usagers sont parfois dans une situation contractuelle. Examinons le cas très particulier des ponts et autoroutes à péages. Evidemment seuls ces derniers sont « gérés », le reste des voies publiques est entretenu par les services de l'Equipement de l'Etat ou par les services des collectivités locales. L'usage de ces voies là n'est pas facultatif, c'est une obligation pour qui veut vivre et aller quérir sa pitance. En revanche c'est un choix pour l'utilisateur d'emprunter un péage. En cas d'accident survenant sur ces voies, l'utilisateur s'adressera au concessionnaire devant le juge judiciaire au motif de l'existence d'un péage et donc d'un contrat à titre onéreux. En vain, il se verra répondre que c'est la théorie des dommages de travaux publics qu'il faut mettre en œuvre⁴⁵². Que le service soit payant n'est pas l'indice suffisant d'une situation contractuelle ! Ce qui importe c'est la nature juridique de la somme demandée. Assimilable à une redevance ayant le caractère de prix, elle impliquerait l'existence d'un lien contractuel puisque celle-ci est une contrepartie directe du service⁴⁵³. Pour éviter cet écueil qui aurait conduit à diviser le contentieux des dommages subis sur voies payantes ou gratuites, le Conseil d'Etat a qualifié le péage de taxe. Or, les commentateurs de cette

⁴⁵⁰ M. DEREUX, *L'interprétation des actes juridiques*, Paris, 1905, p. 216 et s. Cité par HAURIOU dans sa note précitée.

⁴⁵¹ C'est tout le bien fondé de la décision du T.C., 24 juin 1968, *Ursot*, Rec. p. 799. La réclamation en responsabilité de l'abonné contre l'Etat à raison de l'omission dont il a été l'objet sur l'annuaire téléphonique appartient à la connaissance du juge naturel du contrat conclu avec le service public administratif de l'Etat. C'est en conséquence de cette jurisprudence que la loi du 2 juil. 1990 a dû transformer ces contrats en contrats de droit privé.

⁴⁵² T.C., 28 juin 1965, *Delle Ruban*, Rec. p. 816 ; J.C.P. 1965,II,14351 ; J.C.P. 1966,I,2002 ; D. 1966, p. 380 note J.-P. Collin.

⁴⁵³ C.E., 20 janv. 1988, *S.C.I. La Colline*, Rec. p. 21.

jurisprudence n'ont pas manqué de relever l'inconséquence de cette affirmation⁴⁵⁴. La taxe se distingue en effet de la redevance en ce qu'elle est recouvrable dès lors que le service est à disposition du public, que celui-ci l'utilise ou non, tandis que la redevance n'est payable que par les usagers de celui-ci. La réalité semble donc être que les usagers d'une autoroute payante acquittent une redevance et sont dans un rapport contractuel avec le service⁴⁵⁵. Mais le lien contractuel qui découle de la nature de la somme payée par l'utilisateur n'impliquerait pas nécessairement compétence du juge judiciaire, car il faut encore que le contrat en question soit bien un contrat de droit privé. Rappelons tout d'abord que le service ne sera industriel et commercial qu'au regard de la part que le prix payé représente dans le financement du service et à la condition que l'administration se comporte en gestionnaire privé. Or, si l'on examine la finalité du péage dans ce service on remarquera qu'il n'est justifié que pour une période déterminée, et qu'il doit en principe cesser avec l'amortissement de l'ouvrage. Ce n'est pas une logique de rentabilité que le législateur a mis en œuvre en restaurant l'ancienne pratique du péage. Dans ces conditions, il eut peut-être été judicieux de reconnaître le caractère contractuel de la situation de l'utilisateur en s'appuyant par ailleurs sur la jurisprudence *Peyrot* afin d'éviter l'éclatement du contentieux⁴⁵⁶. En effet, l'obstacle tiré du critère organique du contrat administratif peut être contourné si l'on imagine que le concessionnaire privé de l'autoroute n'est pas autre chose qu'un mandataire de l'Etat⁴⁵⁷. D'où il suit que c'est bien aussi avec l'Etat que l'utilisateur du péage devrait être réputé en relation contractuelle⁴⁵⁸.

Si l'on admet notre vision, on pourra encore objecter que la plupart des services publics dont les usagers bénéficient sont gratuits, qu'alors n'est pas tenable la thèse de la situation contractuelle. Avouons-le, il ne sera pas facile en effet de plaider pour l'existence

⁴⁵⁴ Elle aboutit à donner compétence au pouvoir réglementaire pour instaurer des taxes de nature fiscale qui relèvent du pouvoir législatif.

⁴⁵⁵ L'on sait que la loi du 18 avril 1955, portant statut des autoroutes, autorise le péage en vue d'assurer le remboursement des dépenses de construction, d'exploitation et d'entretien de l'ouvrage.

⁴⁵⁶ T.C., 8 juil. 1963, *Société entreprise Peyrot*, Rec. p. 787.

⁴⁵⁷ Raisonnant comme en présence d'un mandat, le Tribunal des Conflits en élargit cependant la portée en ce qu'il s'appuie sur la nature même des travaux et non sur la nature des liens créés par le contrat. C'est bien à l'Etat qu'appartient seul le pouvoir de construire et d'entretenir de tels ouvrages. La société d'économie mixte qu'il se substitue par commodité est composée en vertu de la loi de 1955 de capitaux majoritairement publics ; elle est transparente pourrait-on dire, mais peu importe, la solution vaut aussi pour le concessionnaire de travaux routiers qui serait entièrement privé : C.E., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, Rec. p. 69, concl. Guillaume ; A.J.D.A. 1989, p. 391, note J. Dufau ; J.C.P. 1989, II, 21323, note Level ; R.F.D.A. 1989, p. 619, note Pacteau.

⁴⁵⁸ Nous sommes parfaitement conscient que notre opinion n'est pas confortée sur d'autres points par le droit positif puisque le concessionnaire est réputé assumer le service à ses « risques et périls ». Mais on se reportera à nos développements ultérieurs relatifs à la possible mise en cause sur le plan de la responsabilité du concédant et non du concessionnaire pour nuancer cet obstacle. Cf. infra p. 230.

d'un contrat en ce cas, mais nous ne sommes pas contraint d'accepter pour autant cette présentation autoritaire qui enserme les usagers dans une situation qui serait le résultat d'une volonté unilatérale de régir l'activité. Pour cela nous pouvons faire appel à la notion de quasi-contrat. C'est à la gestion d'affaires que l'on songe en premier lieu. C'est à elle qu'eut recours F. GENY pour expliquer la situation des usagers des Postes⁴⁵⁹.

Avec le service des lettres et missives la question est rendue délicate par le fait que celui qui reçoit une lettre n'a rien payé ni rien demandé pour cela. En revanche, on peut tirer argument de ce que l'obligation pour le service de faire parvenir le courrier est réelle à son égard, et que le particulier destinataire est en droit d'attendre de la puissance publique qui gère ses affaires de recevoir correctement ce qui lui est destiné. Mais il nous semble artificiel et néfaste de faire une distinction entre émetteur de courrier qui contracterait avec le service en payant un timbre et destinataire. D'une part, il n'est pas douteux que l'on soit tour à tour l'un et l'autre. D'autre part, tout bénéficiaire du service en est un usager dont les affaires sont gérées. Il serait judicieux de considérer que l'un n'est ni plus ni moins dans une situation contractuelle que l'autre. Selon nous, s'il y a contrat au moment de l'envoi de la lettre, au moment de l'exécution de la prestation, ce n'est en effet pas entre l'utilisateur et le service mais entre tout particulier et l'Etat qui contrôle les services. D'où il suit que la gestion dont nous parlons n'est pas quasi-contractuelle mais bien contractuelle⁴⁶⁰.

En définitive, l'acte unilatéral, la loi qui est imposée au service, à son délégataire éventuel, peut être lue comme une stipulation particulière du contrat social concernant le fonctionnement particulier du service public. A ce stade, on ne voit pas encore en quoi cela peut influencer le fondement de la responsabilité puisque c'est au délégataire de service public et non à l'Etat que l'on réclamera le cas échéant. Mais il en irait différemment si l'on voyait dans cette loi du service le résultat d'une stipulation pour autrui. On devrait alors considérer que l'Etat est stipulant⁴⁶¹, que le prestataire du service public est promettant, que l'utilisateur est bénéficiaire acceptant la stipulation par le fait qu'il demande l'exécution d'une prestation ou la réparation d'un préjudice.

Si donc il n'existe pas de contrat particulier conclu par l'utilisateur avec un service, il en est toujours un que d'autres ont souscrit et qui le lie à ce même service, c'est le contrat social.

⁴⁵⁹ *Des droits sur les lettres et missives*, 1911, p. 52 et s.

⁴⁶⁰ Le fait que La Poste soit désormais un service industriel et commercial ne fait que replacer les choses à leur juste place.

⁴⁶¹ Etant en droit de retirer la stipulation pour autrui tant que le bénéficiaire n'en a pas fait usage, l'Etat peut modifier la loi du service à condition de respecter l'interdit de la rétroactivité. Ainsi se trouve préservée la règle selon laquelle l'utilisateur du service public n'a aucun droit au maintien du règlement, sauf droits acquis.

Ce contrat doit s'analyser finalement en un statut général⁴⁶². On ne le négocie pas expressément mais il s'effacera devant des statuts particuliers, c'est-à-dire des rapports contractuels mieux liés dans les cas de contrat expressément reconnu par le droit positif. Avec J. LUCHET⁴⁶³, rappelons que « le principe civil est que toute obligation [...] contractuelle impliquant un statut de la réparation des conséquences juridiques de son défaut d'exécution, cette réparation d'un tel préjudice est soumise au régime spécial de ce statut »⁴⁶⁴. Si l'on peut établir dans une espèce l'existence entre l'usager et le service d'un véritable contrat isolable, celui-ci vaudra comme règle pour la responsabilité. Cependant, il ne saurait être d'une particularité telle qu'il se heurte aux lois du service public, et en premier lieu au principe d'égalité. L'égalité des citoyens devant cette loi implique l'inégalité des rapports contractuels entre l'usager et le service, il commande la nature administrative de la stipulation, du contentieux par conséquent⁴⁶⁵.

2) Les agents

Il importe pour la clarté du propos de distinguer deux types d'agents pouvant mettre en cause la responsabilité de l'administration pour les dommages subis en raison de leurs fonctions. L'appellation « agent » regroupe en effet plusieurs types de victimes potentielles que le droit de la responsabilité lui-même distingue. Or, sur le plan de la situation juridique, le lien avec la puissance publique est aussi susceptible de se nouer selon un processus différent en fonction des deux cas, de collaboration permanente ou occasionnelle avec le service public.

⁴⁶² Si le mot statut désigne un ensemble de règles posées debout, c'est-à-dire qui ne bougent pas.

⁴⁶³ J. LUCHET, *L'arrêt Blanco, La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*. Les presses modernes, Paris 1935, p. 255.

⁴⁶⁴ Ceci expliquera la primauté de la responsabilité contractuelle sur la responsabilité délictuelle, Cf. infra p. 293.

⁴⁶⁵ Nous n'ignorons pas la difficulté que ne manque pas de soulever notre proposition concernant l'obstacle tiré du non-cumul des recours contentieux. Les liens contractuels s'opposent en droit positif à l'exercice du recours pour excès de pouvoir. C'est même l'existence de ce recours qui permettait à la doctrine ancienne de rejeter en bloc les idées contractualistes. Mais nous aurons l'occasion de montrer plus loin que cette règle est remise en question aujourd'hui. Cf. infra p. 313 et s.

a) Les collaborateurs permanents

Les collaborateurs permanents des services publics sont, à notre avis, dans une situation contractuelle. Nous ne développerons pas ici la situation des agents qui sont authentiquement des agents contractuels. Ces derniers sont de plus en plus nombreux⁴⁶⁶ et leur existence est une aubaine pour qui veut démontrer l'existence des contrats de fonction publique.

A propos des fonctionnaires, l'opinion promue par l'Etat et que nous voulons discuter, est que les agents titulaires sont dans une situation « statutaire et réglementaire ». Considérons tout d'abord que cet état du droit est relativement récent⁴⁶⁷. Il résulte de la jurisprudence *Delle Minaire* qui, en 1937, ne se réfère plus à un contrat de fonction publique pour affirmer que leur grève fait perdre aux agents le bénéfice des droits que les lois et règlements leur garantissent en temps normal⁴⁶⁸. Peu de temps encore auparavant, la doctrine remarquait que le juge considérait les fonctionnaires comme des agents liés à l'Etat par un contrat⁴⁶⁹. L'arrêt de 1937 mettait fin à une jurisprudence constante du Conseil d'Etat explicitée dans la célèbre affaire *Winkel*⁴⁷⁰ mais dont on peut trouver les germes bien avant.

Pendant longtemps, la question ne s'est pas posée parce que la décision dommageable touchant le fonctionnaire ne pouvait engager la responsabilité de l'administration⁴⁷¹. Lorsque les fonctionnaires furent admis à réclamer par la voie contentieuse contre leur administration la réparation des actes d'autorité dommageables⁴⁷², il fut tiré argument de ce que le recours était extra-contractuel et non contractuel pour affirmer la situation statutaire des fonctionnaires⁴⁷³. La pertinence de l'argument n'est pas insurmontable. Nous pouvons en effet expliquer que seule l'existence d'une convention spécifique et particulière entre une personne et le service justifie l'impossibilité de recourir en excès de pouvoir, qu'en revanche une situation contractuelle dans son essence n'exclut pas le recours pour excès de pouvoir si son

⁴⁶⁶ Actuellement la proportion serait d'un non-titulaire pour trois titulaires.

⁴⁶⁷ Le premier statut des fonctionnaires fut l'éphémère loi du 14 sept. 1941.

⁴⁶⁸ C.E., Sect., 22 oct. 1937, Rec. p. 843 concl. Lagrange.

⁴⁶⁹ L. DELBEZ, *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, R.D.P. 1932, p. 471.

⁴⁷⁰ C.E., 7 août 1909, Rec. p. 826 et 1296, concl. Tardieu. La Haute Juridiction recourt explicitement à la notion de contrat s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la rupture du contrat de travail par la grève, pour dénier en l'espèce aux agents le droit d'obtenir communication de leur dossier. L'Etat avait révoqué près de six cents agents des PTT suite aux mouvements sociaux de 1909.

⁴⁷¹ Il en était ainsi même s'agissant d'une révocation irrégulière : C.E., 15 déc. 1899, *Adda*, S. 1900,3, p. 73.

⁴⁷² C.E., 29 mai 1903, *Le Berre*, S. 1904,3, p. 121, note Hauriou.

⁴⁷³ Cf. les notes Hauriou sous C.E., 29 avr. 1892, *Wotling*, S. 1894,3, p. 33 et C.E., 15 fév. 1907, *Lacourte*, S. 1907,3, p. 49.

contenu est entièrement déterminé par un statut général et impersonnel⁴⁷⁴. Nous savons d'ailleurs combien le Conseil d'Etat a pu assouplir la règle de l'irrecevabilité résultant d'un recours parallèle dans le contentieux de la fonction publique. Dès lors que l'on admet le fonctionnaire à recourir en excès de pouvoir quand d'autres victimes doivent agir en plein contentieux⁴⁷⁵, on peut imaginer que l'agent lié par un contrat pourrait aussi agir par le contentieux objectif⁴⁷⁶. Ceci étant avéré, on ne peut donc plus voir dans l'argument du contentieux un obstacle rédhibitoire⁴⁷⁷.

Dans le doute certain qui domine la question de la nature des rapports entre agents publics et administration, plusieurs conceptions se sont forgées. A l'époque de la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, une doctrine dite de « dualité des fonctions publiques » songea que l'on pouvait considérer les dépositaires de certains pouvoirs de puissance publique comme liés en dehors de tout contrat à l'Etat. Ces agents seraient véritablement fonctionnaires, les autres ne seraient que des employés, simples auxiliaires liés par un louage d'ouvrage, c'est-à-dire un contrat de droit privé⁴⁷⁸. Nous ne reviendrons pas sur l'obsolescence de ces idées, chacun en est convaincu, mentionnons seulement que l'on aurait pu faire remarquer à l'époque que si les fonctionnaires d'autorité ne consentent apparemment pas au contenu de leur statut et sont soumis à des obligations très strictes, ils sont cependant bénéficiaires de contreparties financières et morales autrement proportionnelles.

L'existence d'obligations réciproques, rapprochée de celle du procédé de la nomination qui doit être acceptée pour produire effet, a conduit d'éminents auteurs à défendre la thèse contractuelle. Les plus anciens ayant inspiré les commissaires du gouvernement⁴⁷⁹ qui proposèrent le contrat de fonction publique sont PERRIQUET et DARESTE. S'appuyant sur la notion de mandat⁴⁸⁰, ils ne contestent cependant pas en ce domaine la domination des rapports de droit public qui donnent au contrat son caractère de contrat administratif *sui*

⁴⁷⁴ Cf. infra p. 111.

⁴⁷⁵ C.E., 8 mars 1912, *Lafage*, Rec. p. 348 ; voir au G.A.J.A. 1999, p. 145.

⁴⁷⁶ Les agents contractuels sont recevables à agir en excès de pouvoir contre les décisions relatives à l'exécution ou à la résiliation de leur contrat. C.E., Sect., 25 mai 1979, *Dame Rabut*, Rec. p. 231, concl. Genevois ; D. 1979, IR, p. 388 obs. G. Delvolvé. Sur ces points voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2., 12^{ème} éd., Montchrestien 1999, n° 55.

⁴⁷⁷ Cf. infra p. 313 et s.

⁴⁷⁸ Cette idée dont H. BERTHELEMY était un partisan avait fleuri à propos de la fonction publique territoriale à l'époque d'E. LAFERRIERE ; Cf. F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif français*, coll. Thémis, P.U.F. 1995, p. 349.

⁴⁷⁹ Notamment TEISSIER.

⁴⁸⁰ Surtout E. PERRIQUET dont la conception est par trop civiliste, *Traité des contrats de l'Etat*, Paris 1884.

*generis*⁴⁸¹. L'idée ancienne n'est pas enterrée par tous les auteurs modernes ; ainsi a-t-on vu M. WALINE regretter que la Haute juridiction administrative rejette l'idée d'un contrat entre un médecin et son employeur hospitalier⁴⁸².

Enfin, c'est la présentation de LAFERRIERE qui fit autorité en droit administratif⁴⁸³. Il lui a suffi de dire que les éléments que l'on trouve habituellement dans les contrats, un consentement réel et des obligations réciproques, sont ici issus des lois et règlements. Dans cette optique on peut expliquer la façon dont se passe la nomination comme résultant d'un « acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire ». La nomination serait prononcée sous réserve qu'elle ne soit pas refusée par son bénéficiaire⁴⁸⁴. Cette approche est plus correcte que la formule d'une « réquisition consentie » proposée par HAURIU⁴⁸⁵. Cette dernière thèse consistait à croire en un pouvoir pour l'administration de contraindre les citoyens à entrer au service de la puissance publique selon les besoins, comme cela était le cas dans certaines sociétés antiques, que cependant la suffisance des candidatures permettait que l'on exerçât ce droit qu'à l'égard de ceux qui y consentissent. Mais une réquisition ne s'accommode pas d'un consentement⁴⁸⁶. Or, il n'est nulle mention d'un droit de réquisition pour pourvoir aux services publics civils en temps normal dans notre société⁴⁸⁷.

Cette doctrine du « statut légal » rend bien compte de la réalité des choses mais elle n'est qu'un constat commode qui ne dément en rien l'existence d'un cadre contractuel de réception des dispositions légales. Si l'on a rejeté la notion de « contrat de fonction publique » au motif que son contenu n'est pas déterminé par l'agent alors il faudra revenir aussi sur la qualification des contrats types en droit privé. Car dans les rapports publics comme privés, on découvre l'existence de conventions où l'une des parties n'a pas participé à l'élaboration du contenu. Nous ne pouvons pas citer ici le contrat d'abonnement téléphonique dont on sait que le juge judiciaire connaît mais il reste toutes les conventions dont le contenu est largement déterminé par les cahiers des charges établis par l'administration. Voici la vérité pour les marchés de services ou de fournitures, pour les marchés de travaux publics, la voici encore

⁴⁸¹ DARESTÉ, *La justice administrative en France*, 1862.

⁴⁸² Note sous C.E., 15 juil. 1964, *Hôpital-hospice d'Aunay-sur-Odon c/ Le Bouffant*, R.D.P. 1964, p. 1010.

⁴⁸³ Elle fut partagée et diffusée par DUGUIT et HAURIU en réaction à la jurisprudence *Winkell*.

⁴⁸⁴ C'est la présentation proposée par les auteurs modernes depuis son évocation par R. BONNARD in, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd. L.G.D.J., 1943, p. 450 et s.

⁴⁸⁵ Cf. note sous C.E., 10 mars 1923, *Veuve Rousseau*, S. 1924,3, p. 57.

⁴⁸⁶ Cf. L. DUGUIT, *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, précité.

⁴⁸⁷ Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, 12^{ème} éd. Montchrestien 1999, n°53.

pour les concessions dans les cimetières publics. R. CHAPUS⁴⁸⁸ n'a aucun mal à qualifier ces accords de contrats d'adhésion ; dès lors que « le contenu de l'acte est destiné à régir les rapports de ceux dont les volontés se sont rencontrées », peu importe son origine.

De plus, il est excessif de dire sans nuance que les fonctionnaires ne négocient pas leur situation. Toutes les négociations qui ne peuvent exister au plan individuel sont organisées au plan collectif par la représentativité des organisations syndicales⁴⁸⁹.

Il y a contrat administratif de fonction publique si l'on veut bien l'entendre au sens large. C'est un contrat d'adhésion à un statut dans lequel l'individu seul a peu de valeur. Il n'a pas le droit d'obtenir modification des clauses générales, il adhère ou non en bloc⁴⁹⁰. En effet, le droit public est fondé sur les principes de supériorité de l'intérêt général et d'égalité des administrés entre eux, principes contre lesquels irait le contrat individuel négocié. Le Tribunal des conflits nous conforte dans notre lecture depuis qu'il a récemment rangé dans la catégorie des agents publics contractuels tous les non-titulaires, sans distinguer ceux qui étaient recrutés par voie unilatérale⁴⁹¹. Dans son commentaire de cette affaire, J.-F. LACHAUME remarque d'ailleurs, que toute nomination d'un agent est précédée d'un accord entre les parties⁴⁹².

Nous pouvons regretter que la situation actuelle présente quelques incohérences en droit. Seuls les fonctionnaires sont réputés placés dans une situation légale et réglementaire pour la raison sous-entendue dans la jurisprudence *Minaire*, que dans leur situation ils sont soumis aux impératifs de mutabilité comme le service public dont ils sont un élément. Certes, le fonctionnaire n'a aucun droit au maintien de son statut, mais les agents contractuels n'ont eux non plus aucun droit acquis en la matière. Même s'ils peuvent négocier des arrangements personnalisés complétant les dispositions statutaires contrairement aux fonctionnaires⁴⁹³, l'administration peut toujours y déroger dans l'intérêt du service en vertu des pouvoirs généraux qui s'exercent dans le cadre des contrats administratifs⁴⁹⁴. Enfin, il faut considérer la situation des collaborateurs occasionnels de l'administration. Elle n'est pas moins contractuelle mais la preuve en est plus délicate.

⁴⁸⁸ *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n° 656.

⁴⁸⁹ Art. 9 loi du 13 juillet 1983 : le fonctionnaire participe par l'intermédiaire des délégués à l'élaboration des règles statutaires. Ceci s'explique par souci du respect du principe d'égalité. Tous les fonctionnaires obtiennent les mêmes avantages.

⁴⁹⁰ Sur l'existence banalisée de contrats d'adhésion en droit administratif, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°656.

⁴⁹¹ T.C., 25 mars 1997, *Préfet de la région Rhône-Alpes*, A.J.D.A. 1996, p. 399.

⁴⁹² *Les grandes décisions de la jurisprudence, droit administratif*, P.U.F., 11^{ème} éd. 1997, p. 394 et s.

⁴⁹³ C.E., 2 oct. 1974, *Perrot*, Rec. p. 462 ; R.D.P. 1974, p. 1797.

⁴⁹⁴ Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, 12^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°55.

b) Les collaborateurs occasionnels

Par une habitude généreuse, le juge administratif a accordé des droits à réparation très étendus aux personnes victimes de leur participation non statutaire au service. En effet, c'est l'intégralité des préjudices qu'ils subissent qui est réparée sans faute. La collaboration n'est reconnue que dans la mesure où elle est utile. Elle doit en outre être acceptée par l'administration, en tout cas elle ne doit pas avoir été refusée par celle-ci. A ce stade, il faut distinguer deux configurations.

Dans la première hypothèse, le service et son collaborateur sont expressément d'accord sur le principe de la collaboration⁴⁹⁵ et l'on n'a aucune difficulté à concevoir que la victime ait été dans la même situation qu'un agent public au moment du dommage. D'ailleurs, la responsabilité du service employant le collaborateur est engagée par les dommages qu'il cause, comme elle le serait pour le fait d'un agent public⁴⁹⁶. Il est tout à fait édifiant de remarquer que cette jurisprudence est appliquée à des collaborateurs qui sont liés de manière très organisée au service. Ainsi l'expert judiciaire est-il en droit de réclamer à l'Etat l'équivalent des honoraires qu'il n'a pu récupérer sur la partie justiciable qui en était redevable, « pour avoir participé au fonctionnement du service public de la justice administrative »⁴⁹⁷.

Dans la seconde hypothèse, l'accord exprès ne fut pas formulé pour des raisons de fait. La collaboration peut être spontanée ou de droit, voire même légalement requise. Il n'est pas douteux qu'une personne contrainte par les autorités publiques de prêter son concours au service public puisse bénéficier du régime protecteur de la collaboration⁴⁹⁸. C'est aussi la force de l'évidence qui commanda la modification du code du service militaire par une loi du 8 juillet 1983 de sorte que les appelés du contingent et leurs ayants droits puissent obtenir une réparation complémentaire des dommages subis en service sur les bases du droit commun de

⁴⁹⁵ C'est le cas lorsque l'autorité communale fait appel à des tiers pour lancer le feu d'artifice célébrant la fête nationale : C.E., A., 22 nov. 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec. p. 279.

⁴⁹⁶ C.E., Sect., 22 mars 1957, *Compagnie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, Rec. p. 200.

⁴⁹⁷ C.E., Sect., 26 fév. 1971, *Ministre de l'Intérieur c/ Aragon*, Rec. p. 172. - T.A., Marseille, 21 mars 1991, *Rancillac*, C.C.P. 1992, IV, p. 221. Voir aussi le cas du mandataire judiciaire : Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor*, D. 1997, p. 83, note Legrand.

⁴⁹⁸ C.E., Sect., 5 mars 1943, *Chavat*, Rec. p. 62. - C.E., 2 fév. 1944, *Commune de Saint-Nom-la-Bretèche*, Rec. p. 40. - C.E., 12 mars 1975, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mazuel*, Rec. p. 189.

la responsabilité⁴⁹⁹. Le juge administratif use alors à bon escient de la responsabilité sans faute favorable au collaborateur⁵⁰⁰. Dans le cas de réquisition, il semble *a priori* impossible de voir un accord de volonté qui serait l'élément déclencheur d'un régime juridique de réparation. Pourtant il est bien certain qu'aucune réquisition ne peut être faite sans une base légale solide et expresse, c'est-à-dire sans une stipulation par laquelle les représentants des citoyens ont consenti pour eux à l'avenir. Notons d'ailleurs que la réquisition n'est jamais gratuite, il est prévu par les textes qu'elle donne lieu à une compensation qui, même lorsqu'elle est faible conserve une importante valeur symbolique. C'est bien le sens de la solde versée aux appelés du contingent, montrer l'échange et la réciprocité des liens établis entre le citoyen et la nation. Si l'on suit notre raisonnement, on devra admettre que dans une démocratie la réquisition n'existe pas, car ce que le citoyen croit être contraint de faire, il le fait pour lui.

La collaboration sans acceptation de l'administration s'est trouvée consacrée dans les cas où une urgence particulière avait empêché qu'on la sollicite⁵⁰¹. Néanmoins, voilà que les exigences des tribunaux administratifs pour l'admission à la qualité de collaborateur du service public ressemblent étrangement à celles de mise en œuvre du quasi-contrat de gestion d'affaires. Le collaborateur spontané est-il un gérant des affaires du service public ?

Il apparaît à l'analyse que l'exigence du caractère utile de la collaboration permette bien ici comme dans la gestion d'affaires de présumer l'acceptation du géré. Ainsi en l'absence d'acceptation, l'action de la victime n'est légitimée que dans la mesure où la collaboration est effective⁵⁰² et utile⁵⁰³.

De plus, cette gestion est normalement une gestion altruiste⁵⁰⁴ et désintéressée, comme le montre la jurisprudence constante qui exclut l'assimilation des compétiteurs sportifs à des

⁴⁹⁹ Bien que nulle interdiction n'exista de permettre un complément de réparation fondé sur le droit commun, ce qui eut été conforme à la justice la plus élémentaire, le Conseil d'Etat ne voulut même pas considérer que la loi nouvelle était interprétative et par conséquent d'application rétroactive : C.E., 7 fév. 1986, *Carbonneaux*, Rec. p. 384.

⁵⁰⁰ C.E., Sect., 27 juil. 1990, *Consorts Bridet et autres*, Rec. p. 230, concl. Fornacciari. – C.E., Sect., 28 juil. 1993, *Stefani*, Rec. p. 231.

⁵⁰¹ C.E., Sect., 17 avr. 1953, *Pinguet*, Rec. p. 177.

⁵⁰² C.E., 3 oct. 1980, *Gambini*, Rec. p. 355 : n'est pas collaborateur le passant qui a eu seulement l'intention de collaborer sans passer à l'acte.

⁵⁰³ Le Conseil d'Etat n'encourage pas les interventions intempestives : C.E., 14 déc. 1981, *Guinard*, R.D.P. 1982, p. 1447. – C.E., 16 juin 1989, *Pantaloni*, Rec. p. 143.

⁵⁰⁴ Nous appelons altruiste le comportement qui est déterminé par l'intérêt d'autrui, mais nous rejetons l'idée que puisse exister un altruisme pur. Ce que l'homme fait pour les autres il le fait pour lui car c'est pour être en accord avec ce qu'il veut être sa conscience. C'est sa satisfaction qui est assouvie en premier lieu quand l'homme offre ses services.

collaborateurs⁵⁰⁵. C'est au regard de l'intention altruiste tournée vers le service public que le juge accorde un régime de réparation facilitée. Bonne politique jurisprudentielle, conforme à l'équité, ceci ne peut suffire à fonder juridiquement la solution. L'appréciation du but altruiste est en outre délicate et le Conseil d'Etat ne semble plus l'exiger lorsque le collaborateur du service public a agi pour sauver un parent⁵⁰⁶. Dans ce cas on ne peut nier que l'existence du lien affectif ait conduit à la participation à l'activité de secours mais dans quelle proportion ? En réalité, le critère de l'intention altruiste n'est pas pertinent. Une étude bien menée a d'ailleurs mis en lumière que le quasi-contrat de gestion d'affaires ne suppose pas forcément le bénévolat du gérant⁵⁰⁷. Cependant, il existe un obstacle à reconnaître ici une gestion d'affaires dans la mesure où celle-ci est exclue lorsque les actes accomplis l'ont été en vertu d'un devoir légal ou d'une obligation contractuelle. Or, c'est bien un devoir parfois de collaborer avec le service public de secours puisque la loi oblige à porter assistance aux personnes en danger et à combattre les sinistres mettant en péril la sécurité des personnes⁵⁰⁸.

Si la gestion d'affaires n'est pas une explication toujours satisfaisante, comment justifier alors le rôle indéniable du caractère bénévole de la participation ? Le critère du désintérêt serait-il alors celui déterminant la mesure dans laquelle le géré est obligé d'indemniser le gérant ? En somme, ce qui importerait dans cette théorie, c'est qu'une personne se soit enrichie aux dépens d'autrui. Dans quelle proportion y a-t-il corrélation entre les mouvements constatés dans les deux patrimoines en balance ? N'est ce pas là qu'il importerait de savoir ce que le collaborateur a gagné et perdu dans l'affaire ? Certes il est délicat d'invoquer ici la théorie de l'enrichissement sans cause. Pourtant les civilistes ont perçu à quel point les deux constructions étaient proches. Avant que l'action *de in rem verso* soit exploitée par les tribunaux civils, ceux-ci utilisaient la gestion d'affaires pour obliger le géré à indemniser celui qui n'avait pourtant pas même eu connaissance qu'il enrichissait un autre que lui⁵⁰⁹.

Même si le droit de la responsabilité mal compris peut incliner à le croire, il n'est pas de prix pour la vie d'un être humain, même non lié avec le collaborateur, que l'on puisse

⁵⁰⁵ C.E., Sect., 2 fév. 1979, *Ministre de l'Agriculture c/Gauthier*, Rec. p. 38.

⁵⁰⁶ C.E., Sect., 1^{er} juil. 1977, *Commune de Coggia*, Rec. p. 301. – C.E., 22 juin 1984, *Mme Nicolai*, Rec. p. 729.

⁵⁰⁷ BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Th. Aix-en-Provence, 1970.

⁵⁰⁸ Respectivement art. 223-6 al. 2 et 223-7 nouveau code pénal. L'obligation existe seulement en l'absence de danger pour soi-même, ce qui conduit à penser que l'obligation n'existe pas dans bon nombre des hypothèses soumises au juge administratif puisque s'est alors souvent produit un dommage corporel grave.

⁵⁰⁹ Cass. Req., 16 juil. 1890, D. 1891, I, p. 49 ; S. 1894, I, p. 489. Sur cette question voir F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 9^{ème} éd. N°144, Dalloz 1991.

mettre en balance avec l'économie réalisée par les services publics de secours. L'action *de in rem verso* n'est donc pas d'un grand secours.

C'est à la lecture de la jurisprudence que l'on peut avancer une interprétation de la situation des collaborateurs des services publics. Les arrêts prennent soin d'introduire leur raisonnement par l'énoncé de la tâche qui dans l'espèce incombait à l'administration. Et il est accordé une grande importance en jurisprudence à ce que l'activité en cause fut bien celle d'un service public⁵¹⁰ légalement à la charge du responsable⁵¹¹. Ainsi nous avons le sentiment que la cause de l'obligation de réparer pour l'administration en dehors de sa faute réside dans une défaillance constatée objectivement dans la charge qui existe pour le service public d'être efficace en ce qui concerne la sécurité des personnes. Sommes-nous véritablement en présence d'un désir de collaboration de la victime, d'une conscience altruiste ? Peu importe, ce qui est sanctionné c'est le manquement à une obligation de sécurité de résultat. Du reste n'est-ce pas ainsi qu'il faut comprendre le rattachement que le Conseil d'Etat a fait de sa construction à l'idée de risque⁵¹² ? Le risque spécial qui s'est réalisé au détriment du collaborateur doit être mis à la charge de celui qui l'a créé⁵¹³. Tout administré est en droit d'attendre de la puissance publique des secours pour lui mais aussi pour les autres de sorte à ne pas avoir à se mettre en danger à la place de ceux qui ont cette fonction. Si une personne est victime d'un dommage c'est bien dans ces espèces parce qu'elle a été contrainte de se substituer au moins partiellement au service public que l'on promet dans les textes. De sorte que pour nous, c'est le schéma d'un manquement contractuel qui se dessine encore ici.

Si l'automaticité de la réponse est ici égale à celle que l'on fait aux agents victimes, sa sévérité diffère en revanche. Les agents réguliers de l'administration sont en effet indemnisés en vertu des forfaits de pensions dont les plafonnements leur sont opposables⁵¹⁴. C'est en somme un régime législatif et réglementaire qui couvre alors les dommages. Il n'y a aucune

⁵¹⁰ Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd. 1999, n°1496.

⁵¹¹ Même s'il n'est pas organisé en l'espèce par telle ou telle commune par exemple : ainsi dans C.E., Sect., 25 sept. 1970, *Commune de Batz-sur-Mer*, Rec. p. 540.

⁵¹² C.E., 18 janv. 1984, *Ferlin*, D.A. 1984 n° 75 ; D. 1985, IR, p. 95.

⁵¹³ Nous ne pensons pas qu'il puisse s'agir du risque-profit car on serait à nouveau conduit à pencher pour l'idée que la réparation est due parce qu'il est interdit de s'enrichir au détriment d'autrui. Or, on a dit combien il serait délicat de mettre en balance des dommages corporels et un supposé gain pour le service public. L'enrichissement n'existe en fait pour personne lorsqu'une personne sauve seule des proches. De manière générale nous préférons l'idée de risque créé parce qu'elle implique une obligation plus positive d'assumer les conséquences de ses choix.

⁵¹⁴ Nous reviendrons plus loin sur la protection plus ou moins efficace que le droit administratif confère aux agents et autres victimes des services publics. Notre thèse est que les faveurs s'expliquent en partie par les rapports subjectifs et pas exclusivement objectifs qui lient les agents à leur employeur.

raison que les salariés des services publics soient moins protégés que les employés soumis au droit du travail⁵¹⁵. Dispensés de faire une demande en réparation, ils sont sur ce point mieux lotis que les usagers ou les tiers.

3) *Les tiers*

En droit positif, la notion de tiers n'est opératoire qu'en cas de dommages de travaux publics et dans les situations à risque particulier. Le tiers au service public bénéficie d'une responsabilité sans faute. Hors cela, il n'est pas privilégié par la jurisprudence. Traité comme l'usager astreint à prouver en principe la faute du service, nous soupçonnons une réelle convergence de situation entre les deux. Les publicistes ont toujours expliqué que l'usager comme le tiers étaient dans une situation semblable d'objectivité à l'égard du service public. Tous deux dans une situation d'administrés, l'un l'est effectivement, l'autre l'est potentiellement, virtuellement. On sera tantôt dans l'une ou l'autre des positions en fonction d'un byzantinisme jurisprudentiel très abouti et qui sera contestable si l'on n'explique pas suffisamment les raisons de la différence de traitement qui en découle. Or, la tâche n'est pas aisée, car dès la définition de la notion, on est contraint de se contenter du constat que le tiers est celui qui n'est ni participant ni usager⁵¹⁶.

Comment expliquer le regain de générosité occasionnel du droit administratif vis-à-vis des tiers ? Défendant l'idée que l'Etat est tenu de réparer les dommages causés par la puissance publique en raison de promesses contractuelles faites aux citoyens, on est conduit à relativiser la notion de tiers. Le tiers au service public, celui qui ne sollicite pas ses prestations, n'est pas dans une situation juridique différente de celle de l'usager au regard du contrat social réservant pour les administrés une stipulation source de responsabilité. Mais imaginons qu'une victime est dans une situation telle que l'on doive penser qu'elle n'est pas adhérente au contrat social. Nous ne pouvons retenir l'exception de l'individu qui contesterait sa participation à la société organisée, parce que l'on sait le caractère obligatoire de cette adhésion pour qui vit sur le sol de l'Etat. Aucun ermite ne saurait échapper totalement à la société s'il n'obtient d'un Etat l'indépendance d'un petit bout de terre sur laquelle il pourrait

⁵¹⁵ Le participant à un travail public dont le juge administratif connaît la demande contre le maître d'ouvrage ou l'entrepreneur, ne se trouve pas dans une situation originale. S'il doit prouver une faute à la charge de l'administration pour engager sa responsabilité c'est pour obtenir ce que la législation sur les accidents du travail ne lui aurait pas permis de recevoir.

⁵¹⁶ Cf. M. PAILLET, op. cit., p. 139. Et voir infra p. 291.

se proclamer souverain. Plus répandue et beaucoup plus douloureuse est la situation de l'étranger dont l'Etat ne veut pas sur son sol. Le clandestin ne peut faire partie du contrat social avec l'Etat de son choix. Prétendra-t-on qu'il n'existe alors aucun droit pour lui d'être indemnisé des dommages injustifiés que pourrait lui causer par exemple la force publique d'expulsion ? Peut-être saurions nous faire remarquer que certaines dispositions du contrat social ont des effets pour les tiers. En effet, les droits que les Français ont reconnu en 1789 sont des droits universels qui bénéficient tant aux citoyens qu'à tout homme. L'immense majorité de nos textes en matière de responsabilité ne distinguent pas selon que les victimes de l'administration sont des nationaux ou des étrangers⁵¹⁷. Selon nous, toutes ces dispositions sont autant d'offres contractuelles faites au public qui seront levées par la demande en réparation des victimes quelles qu'elles soient.

Dès lors qu'une activité de service public est proposée, la puissance publique est tenue de l'assumer avec efficacité. Au *corpus* d'obligations qui en découlent, la puissance publique consent par le législateur, « c'est bien volontairement que l'Etat fait fonctionner le service »⁵¹⁸. Dès lors que la puissance publique est liée par des promesses faites envers ses victimes, il en résulte des obligations particulières en matière de responsabilité qui permettent de donner à celle-ci des fondements solides.

SECTION 2

LES OBLIGATIONS RESULTANT DU CONTRAT SOCIAL EN MATIERE DE RESPONSABILITE

Nous allons ici présenter ce que l'on a coutume de nommer « fondements » de la responsabilité de la puissance publique. Etant entendu aujourd'hui par la majorité des

⁵¹⁷ Il peut en aller autrement dans des Etats où le droit à réparation de l'étranger dépend d'une condition de réciprocité de son pays d'origine. Ainsi le droit allemand, voir G. WILMS, *Le droit allemand, in La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruylant, 1997, p. 74.

⁵¹⁸ M. WALINE, *De la situation juridique de l'usager d'un service public*, R.D.P. 1933, p. 240.

spécialistes que, ni la faute ni le risque ne sont des fondements de la responsabilité mais constituent seulement des conditions de son imputation, qu'il nous soit permis de rechercher les « fondements » de la responsabilité dans l'étude de ses fonctions. Car dans notre optique utilitariste⁵¹⁹, les fondements sont les moyens des fonctions.

Il faut employer le pluriel, en effet il nous est apparu combien vaine est la recherche d'un fondement unique en matière de responsabilité. Et cette source de controverses finira peut-être de couler pour qui admettra que c'est au cœur d'une pyramide que se tient la responsabilité. Afin de dresser l'organigramme des grands principes juridiques qui commandent la responsabilité nous avons pris du recul, dans la pierre du droit nous avons pu lire une formule : sécurité, solidarité, équité, égalité. De sorte que l'ordre ainsi proposé apparaisse logique, il faut imaginer un lien d'induction entre chacun des termes. L'homme veut la sécurité, donc il stipule la solidarité. Pour parvenir à cette fin, il complète sa construction en invoquant l'équité qui à son tour commande l'égalité juridique. L'ordre choisi ici est un ordre téléologique qui met l'accent sur le caractère volontaire de la construction. En revanche, on pourrait adopter un ordre établi : les hommes sont naturellement solidaires donc en sécurité, ils sont naturellement égaux donc justes. On confirmerait alors le dogme théologique dominant qui consiste à croire que tout vient d'en haut et l'on serait, même involontairement, inspiré par certains préceptes religieux. Dans notre théorie, le mouvement créatif vient du bas, de l'individuel vers le collectif, de l'unique vers l'un. Cela se fait par convention nécessairement et c'est cette origine consensuelle des principes juridiques étudiés qui permet de comprendre quelle est leur place. Certains correspondent à des obligations positives de faire qui pèsent sur les parties consentantes (§1), les autres résultent de clauses servant à l'interprétation générale du pacte (§2).

§1 Les obligations positives du contrat social en matière de responsabilité

Nous ne prétendons pas traiter ici de toutes les obligations pesant sur les administrés et sur la puissance publique mais seulement de ce qui regarde les fondements fonctionnels de la responsabilité civile qui est générée entre eux. L'accord peut être résumé en un mouvement

⁵¹⁹ Rappelons que le solidarisme juridique développe la thèse du service public comme une « doctrine des fins ». Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1. Introduction.

simple. Sur la puissance publique pèse une obligation générale de sécurité (A). L'Etat en particulier s'engage à pacifier la société. Les administrés doivent quant à eux s'acquitter d'une obligation de solidarité qui apparaît comme un moyen fourni à l'Etat pour remplir sa mission (B).

A) Une obligation de sécurité pesant sur la puissance publique

Ce que les hommes cherchent en vivant en groupe, c'est la survie de leur personne et de leur espèce, ainsi que l'amélioration des conditions de la vie. Il en découle non seulement une absolue garantie de l'intégrité des personnes et des biens (1), mais encore la protection de la sphère juridique individuelle (2).

1) La responsabilité garantie de la sécurité des personnes et des biens.

La première obligation qui pèse sur l'Etat, et par suite sur l'administration, est une obligation de sécurité⁵²⁰. Les missions de police, de défense et de justice sont naturelles en la société. Elles sont si essentielles, que l'Etat est tenu en droit positif de les exercer personnellement. Il ne peut les déléguer à des collectivités non publiques car c'est la cause essentielle du contrat social. En ce qui concerne l'intégrité du corps humain, c'est tout notre droit occidental qui se voue à sa protection. En France, il semble refléter l'opinion publique en ce qu'il va jusqu'à l'adoption d'une politique juridique de prévention de toute atteinte à l'intégrité corporelle⁵²¹. On le voit, le besoin de sécurité ne débouche pas uniquement sur la responsabilité civile, il explique la recherche de pénalités pour les auteurs de dommages. Le droit pénal use de plus en plus souvent de l'obligation de sécurité pour réprimer les

⁵²⁰ R. RODIERE, *La responsabilité civile*, Rousseau 1952, n°1533 ; *La présomption de responsabilité du fait des choses*, Mél. Ripert, L.G.D.J. 1950, n°19 p. 206.

⁵²¹ Ainsi, en droit positif, sont incriminées les atteintes à la dignité humaine. D'ailleurs, le principe de respect de la dignité humaine a été expressément consacré comme ayant valeur constitutionnelle: décisions n° 94-343/344 D.C. 27 juil. 1994, Rec. p. 100. et 94-359 D.C. 19 janv.1995, Rec. p. 176. Il nous apparaît qu'ici on tend à empêcher des comportements qui pourraient dériver vers la persécution physique à long terme. L'affaire du

comportements des administrateurs⁵²². Ce qui nous préoccupe est la dimension réparatrice de cette obligation.

La thèse rapprochant les obligations civiles de responsabilité publique et privée autour de l'idée d'obligation de sécurité connut un franc succès au lendemain de la seconde guerre mondiale⁵²³.

En ce qui concerne notre matière, on peut en tirer grand enseignement, car avec C. BLAEVOET nous pensons que « le fondement de la responsabilité administrative est la nécessité de la sécurité »⁵²⁴. Comme cet auteur l'a montré, la théorie du risque, peu pertinente en elle-même, trouve son sens dans l'obligation de sécurité. En effet, il est difficile de rattacher cette très pragmatique construction doctrinale et jurisprudentielle du risque à autre chose que la simple équité⁵²⁵.

Il n'est pas lieu ici de relater la fortune de l'obligation de sécurité en droit privé. Nous savons qu'elle fut telle qu'à une certaine époque elle confortait les victimes dans la recherche d'un juge judiciaire⁵²⁶. Il a été beaucoup écrit pour expliquer cette obligation⁵²⁷. Elle serait dans le contentieux contractuel une protection équivalente à celle garantie par l'objectivation de la responsabilité délictuelle. Cette remarque nous conduit à relativiser l'enjeu du débat sur l'artificialité du raisonnement du juge judiciaire se servant de l'article 1135 du code civil pour ajouter au contrat une clause que les parties n'ont pas stipulée. Ce n'est pas en effet sur le bien-fondé de la solution que les auteurs s'interrogent mais sur le procédé. Certains auteurs font valoir que si l'article 1135 conduit à cela, c'est alors que la source de l'obligation n'est pas contractuelle mais légale. L'obligation de sécurité des contrats civils serait la transposition

lancer de nain n'a pas manqué de rappeler les dérives de la théorie des *Untermenschen*: voir concl. FRYDMAN sur C.E.,A, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et ville d'Aix-en-Provence*, Rec. p. 372

⁵²² Art. 221-6 ; 222-19 et 223-1 du nouveau code pénal. Voir J. VIRET, *La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit pénal contemporain*, A.J.D.A. 1995. p.763.

⁵²³ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Rodstein 1947, p. 278 et s. ; G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Paris, Matot-Braine 1951 ; J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, n°10 et 19, Mél. Ripert, L.G.D.J. 1950, I, p. 59.

⁵²⁴ *De l'inadaptation des théories de la faute et du risque comme fondements de la responsabilité des collectivités en droit public*, J.C.P. 1958, I, 1406.

⁵²⁵ Comme nous allons le voir, l'équité joue un rôle important dans la responsabilité mais comme un principe interprétatif et non comme un fondement en soi. Cf. infra p. 132 et s.

⁵²⁶ Dans le cas du militaire victime d'accident en cours de voyage ferroviaire il était judiciaire au début du siècle d'attribuer compétence au juge reconnaissant l'existence d'une stipulation pour autrui au profit des tiers dans le contrat de transport. Voir Cass. Civ. 6 déc. 1932, *Chemin de fer de Paris à Orléans c/Dame veuve Noblet*, D.P., 1933, I, p.37 note Josserand; S.1934, I, p.81, note Esmein ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 9^{ème} éd. Dalloz 1991, p. 772.

⁵²⁷ Voir par exemple : Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, D. 1994, chron. p. 81. Le fondement est l'obligation naturelle du respect de l'intégrité physique d'autrui.

des règles codifiées selon lesquelles on ne doit pas nuire à autrui. Certes, la théorie du risque n'a pas été explicitement adoptée dans la responsabilité contractuelle, mais faut-il en déduire que la responsabilité contractuelle n'a pas de spécificité de ce point de vue, qu'en réalité elle n'existe pas parce qu'elle naît d'une obligation extra-contractuelle ? Ainsi, l'obligation de sécurité de moyens serait une extension de la responsabilité quasi-délictuelle pour faute, tandis que l'obligation de sécurité de résultat serait une extension de la responsabilité objective de droit commun.

Il est vrai que la distinction des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle est souvent excessive voire contestable⁵²⁸, mais il semble qu'une différence subsiste entre elles. Pour la percevoir, il ne faut plus s'intéresser à la distinction entre engagement à des moyens ou à des résultats, mais à celle entre engagement positif et négatif. L'obligation extra-contractuelle est essentiellement négative, elle consiste à limiter l'insécurité dans ce que l'on entreprend. En revanche, contractée auparavant, l'obligation de sécurité devient positive, elle contraint à l'action, à la recherche du risque minimum. Or, nous savons que la sécurité n'est pas en droit administratif une obligation accessoire aux autres obligations des services publics. Au contraire, ces dernières sont le moyen de parvenir à cette sécurité promise dans le contrat social. Même lorsque la sécurité n'est pas la première mission d'un service public, l'administration qui l'assume est tenue au respect du « principe de précaution »⁵²⁹. Cette expression nouvelle fait son chemin dans les esprits depuis l'affaire du sang contaminé⁵³⁰. Elle rend mieux compte du caractère positif de l'obligation administrative. La puissance publique ne peut jamais se dispenser d'agir en raison de menaces de complications contentieuses, car l'inaction est pour elle tout aussi condamnable⁵³¹. C'est dire que l'obligation est pour elle fort pesante.

2) *La responsabilité garantie de la sécurité juridique*

La sécurité des situations juridiques est une préoccupation majeure du droit privé parce que les acteurs de la société doivent pouvoir se projeter dans l'avenir et compter sur la

⁵²⁸ Dans la doctrine contractualiste, tout le droit est contractuel et même les obligations qui naissent sans convention spéciale, c'est-à-dire les obligations légales, résultent de l'adhésion au contrat social. Cf. F. EWALD, *L'Etat providence*, op. cit., p. 99.

⁵²⁹ Cf. infra p. 186 et s.

⁵³⁰ C'est F. EWALD qui le premier utilisa cette formule dans son rapport au ministre de la Santé, *Le problème français des accidents thérapeutiques*, Doc. Fr. 1992.

⁵³¹ Cf. infra p. 215 et s.

stabilité des règles de droit qui sont établies par les conventions pour la réalisation d'opérations ponctuelles ou déterminées à plus long terme. En revanche, les règles de droit issues de dispositions générales et impersonnelles, parce qu'elles sont liées à des situations présentes et à venir, doivent évoluer avec elles.

Le droit public fait lui aussi sa part au principe de sécurité juridique mais par conséquent dans une moindre mesure que le droit privé. La non-rétroactivité des actes est pour cela un principe général du droit⁵³². Le retrait d'un acte illégal n'est pas possible s'il est définitif⁵³³, et certains actes ayant conféré illégalement des droits acquis sont stabilisés bien que l'acte ne puisse devenir définitif⁵³⁴. En droit administratif français, nul n'a droit au maintien de la réglementation en vigueur, s'il est placé dans une situation légale et réglementaire. L'administration est toujours en droit d'adapter les règlements aux circonstances, c'est même une obligation⁵³⁵. Si l'adaptation est régulière, il n'y a pas faute de service, et l'indemnisation des dommages éventuels causés n'est alors envisagée qu'en cas de rupture d'égalité devant les charges publiques⁵³⁶. On admet difficilement qu'il y ait place pour une responsabilité du fait des actes administratifs pour la seule raison qu'ils modifient l'état du droit, dès lors que ceux-ci sont l'application des normes impersonnelles. Pourtant, il existe un droit certain à un minimum de sécurité juridique qui peut engendrer la responsabilité administrative même lorsque l'administration est déclarée péremptoirement dans son droit par le juge. Nous en décèlerons la trace dans la jurisprudence relative à l'abus de droit⁵³⁷.

Dans une certaine mesure, l'administration n'a pas le droit de changer les situations juridiques sans motifs valables. Nous démontrerons en effet que l'abus de droit est une absence de droit⁵³⁸. Remarquons d'ores et déjà que le droit français applique sans le dire le principe de « protection de la confiance légitime » permettant aux administrés de compter sur

⁵³² C.E., A., 25 juin 1948, *Société du journal « l'Aurore »*, Rec. p. 289.

⁵³³ C.E., 3 nov. 1922, *Dame Cachet*, Rec. p. 790. Et voir les évolutions récentes du droit administratif français en matière de respect des droits acquis et de retrait des actes : C.E., 24 oct. 1997, *de Laubier*, Rec. p. 371 ; L.P.A. fév. 1998, n°22, p. 16. De même renforçant la sécurité juridique des administrés dans leurs rapports avec l'administration: loi n°2000-321 du 12 avril 2000, J.O. 13 avr. 2000, p. 5646.

⁵³⁴ Combinaison de C.E., A., 6 mai 1966, *ville de Bagnaux*, Rec. p.303 et de C.E., Sect., 14 nov. 1969, *Sieur Eve*, Rec. p. 498.

⁵³⁵ L'obligation existe dès lors qu'un acte est devenu illégal par suite des changements de circonstances d'après un principe général du droit invoqué dans C.E., A., 3 fév. 1989, *Cie Alitalia*, Rec. p. 44. Mais on peut encore dire que l'obligation existe aussi pour certains actes légaux puisque la responsabilité de l'administration peut être engagée pour carence fautive des autorités de police. En ce domaine il pèse une réelle obligation d'efficacité sur le service public. Voir infra p. 215 et s.

⁵³⁶ C.E., Sect., 27 janv.1961, *Vannier*, Rec. p. 60.

⁵³⁷ Cf. infra p. 395.

⁵³⁸ Cf. infra p. 398.

une certaine stabilité de leur situation juridique⁵³⁹. D'ailleurs de récents travaux confirment le bien-fondé de cette affirmation⁵⁴⁰, et concluent sur ce point que « l'accroissement de la place du principe de confiance légitime en droit français semble donc inéluctable »⁵⁴¹.

Actuellement, la jurisprudence du Conseil d'Etat français n'admet pas que l'on invoque directement ce principe en dehors des problèmes d'application du droit de la Communauté⁵⁴², en raison de son origine précisément communautaire⁵⁴³. Mais déjà, une exception importante à cette restriction est admise en matière de contentieux fiscal⁵⁴⁴. Dans ce domaine, les requêtes ayant abouti à connaître de ce moyen sont peu nombreuses encore, mais leur rejet n'est pas effectué dans les mêmes termes que ceux utilisés généralement pour écarter le moyen « en tout état de cause » non invocable en droit interne. Par exemple, la Haute juridiction a récemment écarté ce moyen, invoqué par une entreprise à qui le fisc réclamait des documents comptables ayant péri dans un incendie, sans utiliser la formule cinglante d'hostilité à l'encontre du principe⁵⁴⁵. La puissance publique ne peut y porter atteinte que dans la mesure où cela est nécessaire. Elle doit ainsi respecter un principe de proportionnalité⁵⁴⁶. Confiance légitime et proportionnalité peuvent d'ailleurs être considérées comme des principes généraux du droit constituant le droit commun s'imposant à tout

⁵³⁹ Voir S. CALMES, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, th. dactyl., Paris 2000.

⁵⁴⁰ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999, p. 202 à 213. L'auteur cite un arrêt donnant raison aux conclusions du commissaire du gouvernement GENEVOIS qui invoquait dès 1983 la méconnaissance du principe de respect de la confiance légitime par la distorsion entre le contenu d'un acte finalement édicté et celui de l'enquête d'utilité publique y afférente : C.E., A., 19 mai 1983, *Club sportif et familial de la Fève et autres*, A.J.D.A. 1983, p. 426. De même, le commissaire du gouvernement ARRIGHI DE CASANOVA s'est appuyé sur le principe dans une affaire ne mettant pourtant pas en cause le droit communautaire, et a été suivi par la Haute juridiction : C.E., Sect., 26 mars 1993, *Melle Bourgeois*, Rec. p. 86. Cité par H. MUSCAT, op. cit., p. 211.

⁵⁴¹ L'auteur remarque par exemple l'usage de plus en plus fréquent des dispositions transitoires par le législateur français. Ibid. p. 211

⁵⁴² C.E., 16 mars 1998, *Assoc. Élèves, parents d'élèves et professeurs des classes préparatoires vétérinaires et Melle Poujol*, Rec. p. 84 ; D.A., mai 98 p. 11, note R.S. - C.E., Sect., 30 déc. 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, A.J.D.A. 1999, p. 96. - C.E., 5 mars 2000, *M. Rouquette et autres*, à paraître. - C.A.A., Nancy, 17 juin 1999, *min. de l'Environnement, Entreprise Transports Freymuth*, A.J.D.A. 1999, p. 950 ; R.F.D.A. 2000, p. 254, concl. P. Vincent.

⁵⁴³ Le Conseil d'Etat applique le principe lorsqu'il doit s'imposer au litige mettant en œuvre le droit communautaire : C.E., 19 juin 1992, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles des côtes-du-nord*, Rec. p. 734. - C.E., 30 nov. 1994, *S.C.I. Résidence Dauphine*, Rec. p. 516.

⁵⁴⁴ Cf. S. CALMES, op. cit., p. 476 et 477, au regard de quelques arrêts des juridictions du fond : T.A., Grenoble, 30 juin 1993, *Caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Savoie*, R.J.F. 11/93 n°1447 ; Droit fisc. 1994, n°1525, note Bernaukt, concl. Philibert. - C.A.A., Bordeaux, 8 mars 1994, *Min. du Budget c/Banque populaire Centre-Atlantique*, Droit fisc. 1994 n°51, comm. n°2213.

⁵⁴⁵ C.E., 19 fév. 1999, *M. Dupont*, N°198643.

⁵⁴⁶ Voir G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, Mél. Waline, L.G.D.J. 1974, p. 297 ; M. FROMONT *Le principe de proportionnalité*, A.J.D.A. 1995, p.156 ; J. ZILLER, *Le principe de proportionnalité*, A.J.D.A. 1996, p.185.

détenteur de la puissance publique⁵⁴⁷. D'ailleurs, si le Conseil Constitutionnel français ne reconnaît pas encore une valeur constitutionnelle au principe de la sécurité juridique et de la confiance légitime⁵⁴⁸, il n'est pas exclu qu'il doive se résoudre à y procéder formellement très prochainement au terme d'une évolution rapide de sa jurisprudence⁵⁴⁹. Toutefois, la distinction entre le principe de sécurité juridique et celui de la confiance légitime doit être opérée relativement à cette question, puisque s'agissant du second, la Cour de Justice des Communautés Européennes elle-même ne lui reconnaît qu'une valeur infra-législative en raison du fait qu'il s'agit d'un principe de droit non écrit⁵⁵⁰.

La pénétration du principe de sécurité juridique doit-elle être attendue ? La méconnaissance du principe de protection de la confiance légitime doit-elle déboucher sur une responsabilité de la puissance publique alors qu'il peut être satisfaisant d'obtenir une annulation pour erreur de droit ou violation de la loi ? A ces questions, il faut répondre par l'affirmative, car la violation de ces principes constitue une faute⁵⁵¹. Déjà au début du XXème siècle, un auteur français, Emmanuel LEVY, avait vu dans ce principe la source d'une faute sous-tendant l'ensemble du droit de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle, en écrivant que le rapport d'où naît la responsabilité est « un rapport de confiance nécessaire ; l'obligation qui l'a créée étant l'obligation que crée la confiance ; et lorsque cette obligation est inexécutée, il y a confiance légitime trompée, il y a faute »⁵⁵². Plus particulièrement dans le

⁵⁴⁷ Cette conception est issue du droit allemand père du principe : Voir, S. CALMES ; op. cit., p. 423 ; F. SCHOKWEILER, G. WIVENES et J.M. GODART, *Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne*, R.T.D.E., 1990, *La R.F.A.*, p. 30. ; O. PFERSMANN, *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand*, R.F.D.A. 2000, p. 236.

⁵⁴⁸ Refus explicite de le consacrer de manière générale dans D.C. 96-385, du 30 déc. 1996, A.J.D.A. 1997, p. 161.

⁵⁴⁹ Opinion de B. MATHIEU, *Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier (A propos de la décision 96-385 DC du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1996)*, L.P.A. 7 mars 1997, p. 5. ; B. MATHIEU, *La sécurité juridique: un produit d'importation dorénavant "made in France" (à propos des décisions 99-421 et 99-422 DC du Conseil constitutionnel)*, D. 2000, n°4, Point de vue, p. VII ; O. PFERSMANN pense aussi que le Conseil constitutionnel admet implicitement la valeur du principe dans sa décision 99-423 DC., art. précité, p. 236. D'ailleurs, l'exigence de sécurité juridique et de confiance légitime des contribuables a été reconnue principe à valeur constitutionnelle : DC. 99-422 du 21 déc. 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale*.

⁵⁵⁰ C.J.C.E., 20 sept. 1990, Plén., *Commission c/R.F.A.*, Aff.5/89, Rec. p.I-3437. Position suivie par le juge administratif français : C.A.A., Bordeaux, 22 fév. 1994, *Banque populaire Centre-Atlantique*, R.J.F. avr., 1994 n°398 p.235. – C.A.A., Nantes, 4 mai 1994, *Caisse régionale de Crédit agricole mutuel du Cher*, N°92NT00380. Cette affirmation qu'un principe de droit international non écrit ne peut s'imposer « en tout état de cause » à la loi française est désormais bien assise depuis les positions adoptées par le Conseil d'Etat : C.E., A., 6 juin 1997, *Aquarone*, Rec. p. 206 ; J.C.P. 1997, n°22945 note G. Teboul. Voir particulièrement pour le principe de confiance légitime : C.E., 30 nov. 1994, *S.C.I. Résidence Dauphine*, Rec. p. 516.

⁵⁵¹ Voir S. CALMES, op. cit., p.582 et 583.

⁵⁵² E. LEVY, *La vision socialiste du droit*, Paris, Marcel Giard éditeur, 1926, p. 43 et s, p. 77 et s.

cas de la violation de la confiance légitime proprement dite, nous verrons qu'il s'agit de ce que le droit français connaît déjà sous l'appellation d'abus de droit⁵⁵³, pouvant engendrer de graves préjudices. C'est que le brusque changement des règles peut causer des dommages importants.

Dans une société où toutes les transactions prennent pour support une valeur monétaire, il n'est point de salut en dehors de l'argent. L'argent permet la vie. Le préjudice qui peut sembler purement économique provoque souvent des troubles graves dans les conditions de vie. Or, le principe de confiance légitime a surtout vocation à s'appliquer dans le domaine économique. La jurisprudence l'atteste. Une mesure économique mal pesée, hâtive, peut avoir des conséquences graves sur la vie d'entreprises en sursis. Pour certains administrés, hors du travail, il n'y a plus de vie sociale, voire plus de raison de vivre. Il y a virtuellement risque pour la santé. Le besoin de sécurité appelle alors le devoir de sécurité pour la collectivité et justifie l'institution d'organismes de sécurité sociale.

Mais, la vie en collectivité véhicule sans cesse de nouveaux dangers dont certains ne sont même pas identifiables. Et bientôt, l'idée d'une sécurité due aux citoyens en prévention des dommages ne suffit plus. Certains accidents se présentent comme le résultat de risques sociaux, c'est une sorte de fatalité interne à la société qui les engendre⁵⁵⁴. Parfois, c'est même une fatalité naturelle extérieure à la puissance publique qui cause les dommages. Sur quel fondement la collectivité peut-elle être tenue de les réparer ? C'est alors le principe de solidarité qui occupe le devant de la scène en complément de celui de sécurité⁵⁵⁵.

B) Une obligation de solidarité pesant sur les individus

L'école solidariste de Léon BOURGEOIS⁵⁵⁶ a donné l'occasion aux publicistes français⁵⁵⁷ de combattre les doctrines de la souveraineté qui contestaient l'existence de droit

⁵⁵³ Voir L. DUBOIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, th. Poitiers 1962. Cf. infra p. 395 et s.

⁵⁵⁴ Voir F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset 1986.

⁵⁵⁵ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, th. L.G.D.J. 1993, p. 386.

⁵⁵⁶ L'homme politique a formulé très nettement ce qui se dessinait depuis 1848 chez certains économistes et philosophes dans un ouvrage intitulé *Solidarité*, publié en 1896 chez A. Colin.

⁵⁵⁷ L. DUGUIT a été notamment influencé par L. BOURGEOIS. Cf. M. BORGETTO, *ibid.*, p. 382.

véritable à réparation au profit de l'idée ancienne de charité chrétienne. De fait, la référence au principe de fraternité a disparu des textes d'indemnisation avec l'avènement de l'idée plus juridique de solidarité⁵⁵⁸. Le législateur s'y réfère désormais dans des lois se réclamant de « solidarité sociale » ou de « solidarité nationale »⁵⁵⁹. Son intervention est parfois nécessaire en raison du refus du Conseil d'Etat de consacrer la possibilité pour les administrés de fonder leur demande directement sur le principe de solidarité tel qu'il est formulé dans le Préambule de la Constitution de 1946⁵⁶⁰. De fait, le principe de solidarité n'est pas invoqué dans les arrêts des juridictions administratives mais son existence n'est pas douteuse (1). S'il ne peut donc fonder directement les solutions en l'absence de texte (2), cela ne signifie pas pour autant qu'il n'en commande pas certaines directement (3).

1) L'existence de l'obligation de solidarité

Il faut tout d'abord rappeler que l'obligation de solidarité existe bel et bien dans toute société en dehors de toute reconnaissance formelle. Sur ce point la thèse de BOURGEOIS a essuyé des critiques si nombreuses qu'elle n'appartient plus qu'à l'histoire, malgré son énorme influence sur les transformations du droit public. En effet, l'auteur avait pris le risque de se référer à un quasi-contrat social résultant d'un fait naturel d'interdépendance et de solidarité sociale⁵⁶¹, sans pouvoir démontrer ce postulat. Constatant que tout ce que l'individu est ou fait, il le doit à la société, à l'héritage de ses ancêtres, celui de la parole, de l'écriture, de l'outillage, il affirme que tout homme est nécessairement titulaire d'une dette envers ses semblables. Mais pour justifier l'obligation de solidarité qui en découle à titre de retour, il ne trouve guère que l'idée de Justice. De cette solidarité naturelle il faut faire un contrat social afin de déterminer ce que chacun doit à chacun. « Puisque la société existe et qu'elle se maintient en somme par l'acceptation tacite de ceux qui la composent, il y a entre eux ce que le droit civil a depuis longtemps défini sous le nom de quasi-contrat ; or, le quasi-contrat n'est autre chose qu'un contrat rétroactivement consenti, c'est-à-dire fondé sur l'interprétation des volontés qu'eussent exprimé les parties si elles avaient pu librement intervenir au préalable et

⁵⁵⁸ A titre d'exemple, la loi du 11 août 1792 invoquait la « fraternité qui unit les citoyens d'un peuple libre » pour indemniser les dommages de guerre.

⁵⁵⁹ M. BORGETTO, op. cit., p. 380 et s.

⁵⁶⁰ C.E., 29 nov. 1968, *Tallagrand*, Rec. p. 607.

⁵⁶¹ L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 7^{ème} éd. A. Colin 1912, p. 28.

donner leur consentement à la formation du lien de droit. »⁵⁶². L'argument est habile, mais on ne sait pas pourquoi le sentiment de justice exige que chacun acquitte sa dette. Ce sentiment ne serait-il pas déjà une convention ? Nous pensons contribuer à l'explication.

Par l'obligation de solidarité, les individus s'engagent à fournir à la puissance publique les moyens de remplir sa mission sécuritaire. C'est donc une obligation positive que l'on décèle dans ce mécanisme de l'impôt et du partage des bénéfices personnels qui est consubstantiel à toute société. Même dans les sociétés primitives l'impôt existe, c'est le travail gratuit effectué au profit de la collectivité. En ce sens on peut dire que l'obligation de solidarité est omniprésente dans la société. Mais ce n'est pas d'une solidarité passive qui est le constat d'une dépendance mutuelle entre les acteurs de la société dont nous parlons ici. Nous pouvons dorénavant insister sur la solidarité comme principe actif et positif. L'obligation de solidarité des résidents sur le territoire français, contribuables directs ou indirects, est un véritable principe juridique proclamé solennellement par le Préambule de la Constitution de 1946. Son rappel par diverses lois d'indemnisation est explicite depuis la fin du XIX^{ème} siècle, si bien qu'il s'agit d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Selon nous, il se place après le principe de sécurité mais avant tout autre.

2) Le principe de solidarité comme fondement indirect de l'indemnisation

C'est en premier lieu par l'effet de la jurisprudence que l'idée de solidarité est cantonnée à un rôle d'arrière plan, puisque le juge doit motiver ses décisions sur des principes juridiquement reconnus. La solidarité s'impose en amont du principe d'égalité devant les charges publiques qui, bien qu'assis textuellement sur la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, n'en demeure pas moins second du point de vue conceptuel. L'égalité est en réalité autant un résultat qu'un postulat. C'est un résultat si l'on se souvient que c'est parce que les hommes se solidarisent qu'ils proclament l'égalité de tous. Cette égalité n'existe pas dans la nature. C'est la conception que révèle l'examen des débats parlementaires

⁵⁶² L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 7^{ème} éd. 1912, p. 86

préludes à l'adoption des lois de 1914 sur la responsabilité pour dommages nés d'attroupements et celle de 1919 sur la réparation des dommages de guerre⁵⁶³.

Le principe de solidarité est premier par rapport à la notion de risque social, concept qui ne peut pas être un fondement juridique mais un critère technique d'imputation de la responsabilité⁵⁶⁴. Ainsi, la responsabilité de l'administration à l'égard des collaborateurs occasionnels des services publics, en application du risque social, est en réalité largement dépendante de l'idée de solidarité. C'est d'ailleurs plus généralement la solidarité qui explique le large champ d'application de la loi de 1898 sur les accidents du travail.

Les écrits de commissaires du gouvernement ayant fait allusion à l'obligation de solidarité sont rares. Mais l'un d'eux est enrichissant. Inspiré par les mouvements d'opinion qui font vivre notre pays, le commissaire du gouvernement RIVET concluant sur la célèbre affaire *Couitéas* constatait que « par les mots de risque social [...], le législateur traduit [...] cette idée que tous les membres de la collectivité sont solidaires »⁵⁶⁵.

Quelques lois n'ont *a priori* pas eu besoin de se référer au principe de solidarité, elles sont à rattacher plus directement au risque social ou à la rupture d'égalité. Ce sont les textes adoptés à l'époque où le solidarisme et l'Etat-providence sont encore en gestation, elles ne peuvent alors pas être fondées sur le seul principe de solidarité. Ces lois consacrent d'ailleurs des cas de responsabilité qui eurent pu être l'œuvre du juge.

La loi du 8 juin 1895 sur la responsabilité de la justice pour erreur judiciaire est l'application type du principe d'égalité devant les charges publiques utilisé par la jurisprudence. Cependant, on constate que pour engager la responsabilité de l'Etat en matière de fonctionnement de la justice, le Conseil d'Etat exige que l'erreur commise soit très grave. Il condamne l'Etat seulement en cas de faute lourde des services⁵⁶⁶. Mais il ne pouvait fonder la réparation sur d'autres règles, étant donné que la loi elle-même a consacré cette solution pour la justice judiciaire⁵⁶⁷.

La loi du 31 mars 1919 réformant le régime des pensions militaires d'invalidité est un des rares textes que l'on puisse considérer comme basé très indirectement sur l'idée de

⁵⁶³ Voir aussi un rapport détaillé du député DESPLAS en 1916, cité par M. BORGETTO, op. cit., p. 475.

⁵⁶⁴ M. BORGETTO, op. cit., p. 467s.

⁵⁶⁵ Concl. RIVET, D. 1923,3, p. 62. Constat toujours d'actualité dix ans plus tard, fait par le procureur MATTER sur Cass. civ., 10 janv. 1933, *Bailly Maître c/ cne de Villefranche-sur-Saône et Etat*, Gaz. Pal. 1933, p. 564.

⁵⁶⁶ C.E.,A, 9 déc.1978, *Darmont*, Rec. p. 542.

⁵⁶⁷ Loi du 3 janvier 1972.

solidarité. Son objet est certes la réparation de dommages de guerre, mais il s'agit de ceux causés aux militaires français. Maintenant le cadre général du régime antérieur datant de 1831, la loi se fonde sur l'idée de contrat ou à tout le moins de service rendu⁵⁶⁸.

La loi du 3 mai 1921 portant réparation des dommages occasionnés par des établissements travaillant pour la défense nationale renvoie plus exactement à la théorie du risque telle qu'elle fut mise en œuvre dans la jurisprudence *Regnault-Desroziers*. Elle serait ni plus ni moins la consécration de la dernière solution jurisprudentielle⁵⁶⁹. Certes elle prévoit la responsabilité de l'Etat aussi pour les dommages engendrés par des établissements privés, mais l'Etat peut s'en exonérer par la faute de l'établissement, celui-ci participant de toute façon toujours à une partie de l'indemnisation⁵⁷⁰.

En somme, toutes les hypothèses de responsabilité fondées sur le risque sont indirectement des applications du principe de solidarité. En effet, parler de risque social comme fondement technique ne sert de rien pour justifier la responsabilité, puisque la prise en compte du risque ne se comprend que par l'existence du principe de solidarité⁵⁷¹, d'où l'on peut soutenir que dans un certain nombre de cas, le principe de solidarité est un fondement direct de l'indemnisation.

3) Le principe de solidarité comme fondement direct de l'indemnisation

M. BORGETTO a montré que de nombreuses lois d'indemnisation sont fondées directement sur le principe de solidarité. La première fut celle du 16 avril 1914 sur les dommages résultant d'attroupements, suivie par la loi du 17 avril 1919 sur les dommages matériels de guerre⁵⁷². Il n'est pas dans notre propos de citer tous les textes concernés, qui sont d'ailleurs de plus en plus nombreux, mais de livrer notre analyse sur l'ensemble du phénomène.

Beaucoup de ces lois relèvent, pour ceux qui font la distinction, d'un régime de garantie plutôt que d'un régime de responsabilité. En effet, la collectivité n'apparaît pas alors

⁵⁶⁸ Voir E. BORDENAVE, *Les pensions militaires d'invalidité*, Th. Bordeaux, 1920, p. 8 à 10.

⁵⁶⁹ C.E., 21 mars 1920, *Epoux Colas*, Rec. p. 532.

⁵⁷⁰ M. BORGETTO, *ibid.* p. 483.

⁵⁷¹ M. BORGETTO, p. 467.

⁵⁷² M. BORGETTO, *op. cit.*, p. 465.

comme ayant causé le dommage mais comme le garantissant. Sommes-nous alors en présence de charité et non plus de responsabilité ?

Outre que pour certaines lois comme celles relatives aux dommages de guerre cela est discutable, on peut se demander si parce qu'elles ont comme fondement commun la solidarité, responsabilité et garantie ne peuvent être rapprochées. La garantie ne peut-elle pas être regardée comme une responsabilité incombant à l'Etat sous un certain angle ? Si l'on ne répare pas un dommage que l'on pourrait supporter parce que personne d'autre n'en est responsable, et si l'on admet qu'existe une obligation juridique de solidarité des membres de la société, ne peut-on dire qu'il y a obligation de ne pas laisser un dommage sans réparation ? N'y a-t-il pas comportement fautif, non-assistance à personne en péril ? Et si l'Etat-providence n'est pas la cause originelle du dommage, n'est-il pas cause de sa prolongation ? Il faudrait admettre de ce point de vue au moins que pour la société il y a obligation d'agir en sorte de désigner d'autres mécanismes d'indemnisation. Il s'agira alors, non pas de garantie, mais d'une certaine forme de responsabilité impliquée par le contrat social.

Nous croyons pouvoir interpréter et justifier par notre idée l'extension faramineuse de la responsabilité des établissements publics hospitaliers dans les cas d'aléas thérapeutiques. Ce phénomène est récent et l'on n'en sentit les premiers développements qu'en 1990⁵⁷³. Depuis la jurisprudence *Bianchi*⁵⁷⁴, les dommages extrêmement graves survenus par suite directe d'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement qui présentait un risque connu mais dont la réalisation est exceptionnelle sont supportés par les hôpitaux. En réalité, c'est souvent sur les assureurs des hôpitaux que pèsent ponctuellement la charge de tels accidents, et c'est peut-être l'existence de ces assurances qui rend possible le développement de cette responsabilité. Certes, s'agissant du service public, on ne doit pas ignorer que le principe de l'absence d'assurance extérieure s'impose parfois comme une règle d'économie générale⁵⁷⁵. Mais, concernant la responsabilité d'une collectivité dont les finances peuvent relever de collectivités locales, la règle de « l'Etat est son propre assureur » perd son effectivité⁵⁷⁶. Cette règle, rappelons-le, est un constat de bon sens selon lequel, une très

⁵⁷³ C.A.A., Lyon, 21 déc. 1990, *Consorts Gomez*, Rec. p. 498 ; J.C.P. 1991,II,21698, note Moreau ; A.J.D.A., 1991, p. 126, chron. Jouguelet et Loloum ; R.F.D.A., 1991, p. 46, obs. C.B. ; D. 1991,S.C. p. 292, obs. Bon et Terneyre ; R.T.D.S.S. 1991, p. 258, note Médouze.

⁵⁷⁴ C.E., A., 9 avr. 1993, *Bianchi*, Rec. p. 126, concl. Daël ; A.J.D.A. 1993, p.383, chron. Maugüé et Touvet ; R.D.P. 1993 p.1099, note Paillet ; D. 1994,S.C., p.65, obs. Bon et Terneyre ; J.C.P. 1993,II,22061, note Moreau.

⁵⁷⁵ Voir F.-P. FRANC-VALLUET, *De la règle "L'Etat est son propre assureur"*, R.G.A.T. 1978, p. 596.

⁵⁷⁶ Voir F. VINCENT, *Droit public et assurance*, R.G.A.T. 1991, p. 241. ; F.-P. FRANC-VALLUET, *De la règle "L'Etat est son propre assureur"*, R.G.A.T. 1978, p. 596.

grande collectivité comme un Etat se trouve placée, en raison de l'importance et de la dissémination de son domaine, dans la même situation du point de vue de la répartition des risques qu'une compagnie d'assurance, et par cette règle coutumière, on se dispense de rétribuer les frais de gestion d'un assureur. Lorsque l'on met à la charge d'une petite collectivité, les coûts d'un risque exceptionnel, le recours à l'assurance s'impose, sans quoi les victimes devraient patienter trop longtemps et de manière incertaine pour obtenir satisfaction.

En matière médicale, l'intérêt d'une mécanique d'assurance est indéniable puisque le risque est par définition totalement aléatoire quant à sa fréquence et à sa localisation. Le phénomène est d'importance puisque l'anesthésie est un des actes concernés par cette jurisprudence⁵⁷⁷. Or, il s'en pratique des centaines de milliers chaque année pour un risque de complication grave estimé à un accident pour 8000 interventions. De ce point de vue, c'est une réflexion législative qui est entamée à présent et l'on perçoit bien que l'Etat puisse avoir à cœur de trouver une réparation pour ce type de victime, mais une réparation qui serait expressément consentie par le peuple. Car si l'assureur est ponctuellement le payeur de l'indemnité, il ne faut pas oublier que ce sont les finances publiques qui supportent le poids croissant des primes.

L'obligation de solidarité comme le principe de sécurité, on le voit, fonde l'ensemble des obligations de réparer un dommage. Ces deux principes sont des sources directes des indemnisations dues par la puissance publique dans des cas où une responsabilité plus naturelle et plus directe des services publics n'apparaît pas. C'est que dans les cas de responsabilité *stricto sensu*, authentique, il faut des éléments supplémentaires d'imputation du dommage à la collectivité⁵⁷⁸. Dès lors, pour parvenir à reconnaître une responsabilité en l'absence de ces éléments, il faut que le juge fasse une interprétation téléologique des obligations positives du contrat social au moyen de principes constants.

⁵⁷⁷ C.E., Sect. 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, A.J.D.A., 1997, p. 1016.

⁵⁷⁸ Au premier rang de ces éléments figure la causalité. Cf. infra p. 481 et s.

§ 2 Les principes interprétatifs du contrat social assurant le respect des obligations

L'équité et l'égalité ne sont pas en elles-mêmes des buts de la société. Ce ne sont pas des obligations mais des principes d'interprétation figurant dans les clauses générales du contrat social. Définir exactement leur rôle et leur influence est par conséquent délicat⁵⁷⁹, la doctrine les a d'ailleurs souvent ignorées. N'ayant aucun domaine *a priori* réservé, chacune est loisible d'influencer telle ou telle solution de responsabilité. Complémentaires, assurément elles le sont puisque leur but est commun, mais inconciliables elles pourraient l'être aussi si l'on ne précise pas leur articulation ; l'équité (A) n'est pas l'égalité (B).

A) L'équité

Le droit français se montre traditionnellement méfiant à l'égard de cette notion. Cela est dû au mauvais souvenir laissé par les arrêts des parlements qui refusaient d'enregistrer les textes royaux au moyen de l'équité⁵⁸⁰. Pourtant l'hostilité n'est pas marquée dans la doctrine publiciste. Le juge administratif en use souvent sans le dire, si bien qu'il apparaît important de préciser la place que ce fondement occupe dans la formation des solutions (1), cela nous permettra de la définir et d'en cerner les applications (2).

1) La place de l'équité parmi les fondements de la responsabilité administrative

Invoquée de tout temps par les penseurs du droit, elle en constitue une notion essentielle⁵⁸¹. Au nom de l'équité, les civilistes du XIXème prétendaient soumettre l'Etat à la

⁵⁷⁹ Voir *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité?*, colloque, T. Lambert et alii, Economica 1999.

⁵⁸⁰ Voir *La dualité de juridiction en France*, articles sur le bicentenaire de la loi des 16 et 24 août 1790, R.F.D.A. 1990.

⁵⁸¹ Voir M. DEGUERGUE, th. citée, p.465 à 472, et 688 et 689.

règle du code civil⁵⁸², tandis que des membres du Conseil d'Etat se sont appuyés sur elle pour rejeter les règles du même code civil. Ainsi, Edouard LAFERRIERE fondait la responsabilité de l'Etat sur un principe supérieur de justice, duquel procèdent les textes du droit commun⁵⁸³. L'assentiment sur ce point est indubitable au début du XXème siècle ; c'est le principe juridique général qui seul peut justifier la responsabilité de l'Etat. L'article 1382 ne fait que s'en inspirer⁵⁸⁴. Il est vrai que, par définition, l'équité ne se laisse pas enfermer dans un texte puisqu'elle est la « justice du cas particulier »⁵⁸⁵. Sa pratique consiste à atténuer et modifier la norme en considération de circonstances particulières⁵⁸⁶. C'est que l'équité implique le traitement inégal de choses inégales, en vue de la justice donc du respect d'une certaine égalité. Dans cette acception, l'équité ne serait pas autre chose que l'application au cas par cas du principe d'égalité réelle avec son cortège de discriminations positives. Mais le cas par cas peut dévier bien vite vers l'empirique et l'arbitraire. En somme, le principe peut justifier beaucoup et son contraire, chacun pouvant imposer sa vision subjective de l'équité qui devient alors *cerebrina*⁵⁸⁷.

L'importance de l'équité dans la responsabilité administrative se justifie par la nature contractuelle de cette dernière⁵⁸⁸. Car si la puissance publique s'est assujettie spontanément à des règles d'équité qu'elle a elle-même créées⁵⁸⁹, c'est en contrepartie d'une sujétion réciproque et au bénéfice de sa légitimité. Ainsi s'impose la règle bien connue du droit contractuel selon laquelle les droits et obligations des conventions doivent être interprétées de bonne foi, au bon sens du juge⁵⁹⁰. Selon l'expression de M. HAURIOU, on peut donc commettre des « fautes contre l'équité »⁵⁹¹, au sens où on méconnaît des obligations que l'équité impose dans les relations réciproques équilibrées. Car nous ne doutons pas que l'on puisse trouver un équilibre dans des rapports contractuels inégalitaires comme ceux de droit

⁵⁸² Voir notamment P.-E. CADET, *De la responsabilité de l'Etat à raison du fait de ses agents et préposés*, th. Caen, 1862, p.43-44.

⁵⁸³ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{ère} éd. 1887, Berger-Levrault, t.1, p. 264.

⁵⁸⁴ L. ROGER, th. citée, p. 43.

⁵⁸⁵ *Vocabulaire Juridique Cornu*.

⁵⁸⁶ Cf. M.-S. ZAKI, *Définir l'équité*, A.P.D. 1991, p. 87.

⁵⁸⁷ M.-S. ZAKI, *ibid*.

⁵⁸⁸ « métacontractuel » serait peut-être l'adjectif adéquat pour rendre compte de la nature contractuelle de la responsabilité découlant du contrat social, sans risque de perturber la spécificité des rapports liés par des contrats plus spécifiques entre l'administration et ses victimes.

⁵⁸⁹ M. DEGUERGUE, th. citée, p. 467 et HAURIOU, *Précis*, 7ème éd., 1911, p. XI ; 12ème éd., 1933, p. 31.

⁵⁹⁰ HAURIOU pense que le droit administratif s'inspire de l'idée contenue dans l'article 1135 du code civil, S.1904,3, p. 124. Voir aussi M. LOMBARD, *Recherches sur le rôle de la bonne et de la mauvaise foi en droit administratif français*, th. Strasbourg 1978.

⁵⁹¹ Note au S.1904,3, p. 121.

public, dès lors que chacun y trouve son intérêt. C'est ce que consacre le principe formulé par l'article 1135 du code civil commandant l'usage de l'équité dans le contrat. Voici une règle qui comme celle de l'article 1382 est inspirée d'une constante supérieure du droit. C'est dire si l'équité apparaît autant comme un outil que comme un véritable fondement de la responsabilité.

Selon nous, c'est bien le principe d'équité qui fonde le principe d'égalité devant les charges publiques. Seul expressément stipulé au niveau normatif le plus élevé, le principe d'égalité n'est pas compréhensible par lui-même. Les deux notions sont étroitement liées en ce qu'il apparaît équitable de maintenir entre les membres de la société l'égalité dans la contribution aux charges de la collectivité⁵⁹². Mais pour prétendre que l'équité fonde le principe d'égalité, il faut qu'elle ait un sens en elle-même. Or, nous doutons qu'elle signifie beaucoup toute seule. En droit, l'équité doit être autre chose qu'un sentiment placé dans le cœur humain par un miracle de la nature, comme l'amour ou la haine. Si le droit la reconnaît, elle a certainement une utilité. L'équité appartiendrait au règne des sentiments et à ce titre n'aurait pas le droit au chapitre, voici l'acception la plus négative qui pourrait être donnée de l'équité si l'on en restait là. Historiquement, il apparaît que c'est bien ainsi que l'équité a fait progresser la responsabilité. C'est la compassion de l'opinion pour une victime innocente qui incite à condamner l'auteur d'un dommage même non fautif⁵⁹³. Mais d'où vient la compassion de l'homme pour son prochain ? Est-ce cette charité invoquée par le christianisme et commandée d'en haut par un être divin ? Individuellement ce peut-être le cas mais remarquons que cette compassion est universelle. La vérité est que dans les souffrances de l'autre nous voyons notre propre sort, notre petite et parfois misérable condition. Si nous ne voulons pas pour nous la souffrance que nous voyons, il nous faut trouver un moyen de l'atténuer, ainsi que l'implique la psychologie des hommes capables de se projeter dans l'avenir. En raison de la projection de sa souffrance dans l'avenir, l'homme souhaite se donner des lois, il veut contracter l'assurance que de tels malheurs ne lui arriveront pas de la même façon. C'est alors derrière l'idée de fraternité que se cache l'équité, c'est elle qui conduit à stipuler la solidarité⁵⁹⁴. L'équité n'est donc pas l'œuvre de cette charité non

⁵⁹² Cf. H. BAILBY, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁹³ Cf. G. BOYER, *La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des parlements*, Mém. G. Boyer, 1962, t. 1, p. 229.

⁵⁹⁴ Les juristes n'ont pas assez en vue la fraternité qui est pourtant dans notre devise républicaine et qui est le maillon sans lequel on ne peut rendre intelligible une société. Egalité et liberté qui vont toujours ensemble ne

obligatoire qui serait le fruit d'une paternité commune ancestrale à laquelle se réfère la doctrine libérale⁵⁹⁵. Si les citoyens sont frères, ils le sont en tant que parties à un même contrat qui les place sous l'autorité d'une même patrie⁵⁹⁶.

Si l'équité joue un rôle incontestable en droit positif, il faut montrer son articulation par rapport au principe d'égalité. Est ce l'égalité qui est inspirée par l'équité ? Ou est ce l'équité qui est un instrument utile au droit pour l'application du principe d'égalité ? Le mouvement existe probablement dans les deux sens⁵⁹⁷. Il n'est pas faux de dire que l'égalité trouve son fondement dans un principe non juridique qui éclaire sur son utilité puisque l'égalité juridique n'est pas l'égalité naturelle. Nous croyons que c'est le principe de conservation et surtout d'amélioration de la vie qui impose les relations consensuelles basées sur l'égalité de droit. Mais ce principe est si large, qu'à son tour il guide l'application du principe d'égalité au moyen de l'équité, notamment dans des cas où la jurisprudence ayant le plus grand mal à reconnaître les conditions traditionnelles de violation du principe juridique d'égalité, s'inspire alors directement de l'équité. Nous pouvons penser que l'équité est première dans la hiérarchie des sources de l'obligation de réparer les dommages, de contribuer aux charges de la collectivité. Ainsi s'explique l'idée que l'impôt puisse être inégalitaire afin d'être équitable⁵⁹⁸. Nous avons autant besoin de l'équité que de l'égalité pour instaurer une société efficace.

Nous avons donc un schéma dans lequel l'égalité est bien un instrument de l'équité, une traduction juridique conceptuelle. Et parfois cette équité devient, par un mécanisme de jurisprudence, directement instrument du juge pour l'application du principe d'égalité devant les charges publiques.

sont pas en effet des données aussi naturelles que le XVIIIème siècle voulut le dire, ce qui est naturelle c'est la tendance des hommes à vouloir s'unir, à chercher le compromis qui corrigera les inégalités.

⁵⁹⁵ F. EWALD, *L'Etat providence*, op. cit., p. 55 et s.

⁵⁹⁶ A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, 1^{ère} éd. 1880, 4^{ème} éd. Hachette, p. 334 et 410.

⁵⁹⁷ J.-P. GILLI, *La « responsabilité d'équité » de la puissance publique*, D. 1971, p.129.

⁵⁹⁸ Il en est ainsi de l'impôt progressif sur le revenu qui devrait être proportionnel selon les règles d'égalité. Cf. P.-M. GAUDEMET, *Réflexions sur le principe d'égalité devant les charges publiques*, Mél. Stassinopoulos, 1974, p. 22.

2) Les applications de l'équité dans la responsabilité administrative

Avant même de servir au fond du droit, l'équité est un facteur de répartition des compétences entre les juridictions. Tout du moins l'a-t-elle longtemps été, en raison des moins grandes satisfactions que le juge administratif accordait aux victimes. Les théories de l'emprise irrégulière et de la voie de fait lui doivent certainement beaucoup. Cependant elle n'a pas toujours joué en faveur du juge judiciaire dès lors que, comme nous l'avons dit, le droit administratif rend souvent possible les réparations que le droit civil n'eût pas accordées⁵⁹⁹.

Ainsi faut-il noter la souplesse de la jurisprudence concernant les règles de prescription et de déchéance. Nombreux sont par exemple les événements qui suspendent le cours de la déchéance quadriennale. Avec l'usage que le Conseil d'Etat fait de la prescription pénale, montrons une fois de plus la spécificité du droit administratif. Contrairement au juge pénal qui lie le sort de l'action civile à l'existence de l'action publique lorsque le dommage provient d'un délit, la Haute juridiction administrative considère que l'action indemnitaire trouve sa cause dans un principe propre du droit public et non dans le délit commis par un agent, ou par une personne morale depuis la réforme du code pénal. Le recours en indemnité jouit donc d'une autonomie suffisante pour que soit écartée la prescription pénale⁶⁰⁰. Lorsqu'il s'agit à l'inverse d'épargner aux administrés des poursuites administratives pour des faits qui leur sont imputables, la prescription retrouve son rôle⁶⁰¹.

D'une manière générale, les hypothèses de responsabilité sans faute sont celles que l'on justifie le plus par l'appel à la notion d'équité⁶⁰². De fait, certains cas d'application très exceptionnelle sont perçus comme des jurisprudences d'équité⁶⁰³. Le plus souvent c'est en

⁵⁹⁹ Lorsque le Conseil d'Etat qualifie d'acte administratif l'arrestation en flagrant délit d'un malfaiteur ou la poursuite d'un malfrat par un collaborateur bénévole, il a le souci de permettre une indemnisation. Voir Ph. ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, L.G.D.J. 1956, p. 50 et p. 63, cité par M. DEGUERGUE, op. cit. p. 471.

⁶⁰⁰ C.E., 22 mai 1912, *Dame Augé-Chiquet*, D.P. 1915,3, p. 3 : refus de faire jouer les articles du code d'instruction criminelle à l'égard d'un dommage de travaux publics. Voir les arrêts cités par A. HEURTE, *La prescription en droit administratif*, A.J.D.A., 1957, I,5.

⁶⁰¹ C.E., 29 avril 1953, *Le Tareau*, D. 1953, p. 498, note A.P. : Les personnes poursuivies à raison d'infraction à la législation économique peuvent faire valoir devant le tribunal administratif la prescription triennale de droit commun.

⁶⁰² J.-P. GILLI, *La responsabilité d'équité de la puissance publique*, D.1971, chron. p. 2.

⁶⁰³ Ainsi *La responsabilité du fait des lois*, voir L. DUBOUIS, R.F.D.A. 1996, p.588.

dernière analyse, comme pour constater leur impuissance à justifier juridiquement la solution, que les juristes se raccrochent à elle. Pour le juge administratif, cette perception a l'avantage d'entretenir le mystère, le mythe qu'il ne s'agirait pas dans ces domaines de droit à réparation mais de faveur⁶⁰⁴. Nous ne partageons pas ce sentiment qui voit dans l'équité une anomalie née des faiblesses de la justice humaine. Au contraire nous souhaitons lui rendre sa place si nécessaire à l'ensemble du droit de la responsabilité. C'est pourquoi nous ne développerons pas dans ce passage la théorie de l'abus de droit présentée comme une application de la notion d'équité par une partie de la doctrine⁶⁰⁵, laissant croire qu'il s'agit d'une anomalie sans grande assise juridique. Pour la même raison nous ne faisons que mentionner ici les hypothèses de responsabilité de l'administration pour promesse non tenue, bien que le commissaire du gouvernement KAHN les ait rattachées à la « norme d'équité » applicable quand « on ressent authentiquement qu'une responsabilité est due lorsque le dommage dépasse la mesure »⁶⁰⁶.

En revanche, l'enrichissement sans cause fournit une illustration de l'équité qui mérite que l'on s'y attarde. Cette théorie apparaît comme la traduction en une règle supplétive d'un principe immanent de justice. L'action *de in rem verso* fut utilisée en droit administratif avant qu'aucune jurisprudence civile ne la nomme. Si l'on en croit le répertoire responsabilité de la puissance publique Dalloz, le Conseil d'Etat s'est fondé sur ce principe pour indemniser l'entrepreneur de travaux publics qui avait exécuté sans autorisation des travaux supplémentaires d'utilité générale dont la collectivité publique avait profité⁶⁰⁷. Hésitant sur le fondement à donner à cette action, il finit par déclarer qu'il est un « principe de droit commun que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui »⁶⁰⁸. La Cour de cassation, pour sa part n'a jamais caché que cette action serait fondée sur l'équité⁶⁰⁹. Pour autant, doit-on penser qu'elle est autonome par rapport aux mécanismes de la responsabilité civile ? Une doctrine minoritaire chez les civilistes a tenté de démontrer qu'il s'agissait bien de responsabilité

⁶⁰⁴ Selon LADREIT DE LACHARRIERE, l'équité a laissé croire aux personnes publiques qu'elles concédaient des faveurs. Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle, th. Paris, Sirey 1937, p. 98.

⁶⁰⁵ M. DEGUERGUE op. cit. p.605.

⁶⁰⁶ Concl. sur C.E., 23 déc. 1970, *EDF c/ Farsat*, A.J.D.A. 1971, p. 96.

⁶⁰⁷ C.E., 22 déc. 1859, *commune de Vezac*, Rec. p. 767. – C.E., 19 avr. 1960, *commune de Gonnord*, Rec. p. 338. – C.E., 16 mai 1879, *Lefèvre*, Rec. p. 399. – C.E., 15 janv.1881, *Dasque*, Rec. p.79. – C.E., 7 juil. 1882, *commune de Colombier-Saugnieu*, D. 1883,3, p. 93. – C.E., 13 avr. 1883, *Philippon*, Rec. p. 346. Cités par M-P. DESWARTE, Répertoire Dalloz responsabilité de la puissance publique, *Enrichissement sans cause*.

⁶⁰⁸ C.E., 15 fév. 1889, *Lemaire*, Rec. p. 226.

⁶⁰⁹ ex. Cass. Civ., 3 mai 1953, D.1953, p. 609.

civile⁶¹⁰. En conséquence inversée de la théorie du risque, on a pu avancer que celui qui supporte les risques d'une activité doit aussi en retirer le profit⁶¹¹.

Ingénieuse, cette théorie n'a pas convaincu les privatistes parce qu'elle ne pouvait trouver d'autres terrains d'expression. En ce qui concerne l'enrichissement sans cause proprement dit, la pratique défend d'y voir un mécanisme de responsabilité puisque l'on ne se préoccupe pas du tout du fait de l'enrichi, souvent inexistant d'ailleurs. De plus, l'indemnité consentie ne peut excéder le montant de l'enrichissement, autrement dit, elle ne correspond pas au préjudice de l'appauvri⁶¹².

Ces considérations techniques ne semblent pourtant pas devoir empêcher de ramener la théorie de l'enrichissement sans cause dans le giron de la responsabilité. Causer un dommage sans droit ne revient-il pas à causer un appauvrissement sans cause juridique ? Ne pourrait-on faire du principe d'enrichissement sans cause le fondement de toute la responsabilité administrative ? Si le service public cause un dommage, celui-ci puise sa source dans le fonctionnement du service, il appauvrit une victime au détriment de « l'intérêt social »⁶¹³. Or, pour quelques auteurs, on peut toujours considérer que le fonctionnement des services publics, ses dysfonctionnements fautifs, s'effectuant au profit de la collectivité, tout accident dans son cours est une charge publique, un risque qui pèse sur la collectivité⁶¹⁴. Pour HAURIU, c'est au moins toute la responsabilité sans faute qui s'explique par l'idée d'enrichissement sans cause. Et cet auteur visionnaire y incluait déjà la responsabilité du fait des lois et des règlements réguliers⁶¹⁵.

Si l'on peut considérer que l'administration s'enrichit d'une certaine manière en laissant sans indemnisation les effets du risque social qu'elle crée pour réaliser ses missions, la jurisprudence ne fait pourtant usage explicite de la théorie qu'en matière de travaux publics non commandés et de gestion de fait des deniers publics par un particulier⁶¹⁶. Ceci s'explique par les conditions restrictives posées pour son application, rarement remplies en droit administratif. En effet, pour le Conseil d'Etat, comme pour la Cour de cassation, l'action n'est

⁶¹⁰ Voir les auteurs cités par MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t.1, n°390, 2^{ème} éd. Sirey 1988.

⁶¹¹ RIPERT et TEISSEIRE, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, R.T.D.C. 1904, p. 727. Comp. LOUBERS, *L'action de in rem verso et les théories de la responsabilité civile*, Revue de législation et jurisprudence 1912 p. 396 et 462.

⁶¹² C.E., 26 juil. 1916, *commune de Gaud*, Rec. p. 323 : le remboursement des dépenses utiles doit se faire jusqu'à concurrence de leur utilité générale.

⁶¹³ JEZE invoque expressément l'équité dans sa note sous l'arrêt *Couitéas*, R.D.P. 1924, p.208.

⁶¹⁴ ex. J.-P. GILLI, *La « responsabilité d'équité » de la puissance publique*, D. 1971, p.129.,

⁶¹⁵ Note sous C.E., 19 nov. 1909, *Zéilabadine*, S. 1910,3, p. 1.

⁶¹⁶ Cf. F. BOUDET, *La théorie de l'enrichissement sans cause en droit administratif*, A.J.D.A. 1959, 1, p. 77.

ouverte que s'il n'existe aucune autre voie de droit⁶¹⁷. Outre un enrichissement et un appauvrissement corrélatifs, il faut que les faits dommageables n'aient aucune cause juridique, c'est-à-dire aucune justification de droit⁶¹⁸. Selon notre conception, l'existence d'un contrat social pourrait s'opposer à ce que cette condition soit jamais remplie. En réalité, le contrat social ne pourrait que justifier l'existence de cette action en droit administratif, car il délimiterait les espèces dans lesquelles un enrichissement n'a plus pour cause ce contrat. Enfermant des droits et obligations relativement précis, le contrat permet de savoir à partir de quel seuil l'appauvrissement causé devient illicite.

En définitive, si l'on peut juger abusif de parler d'enrichissement dans tous les cas de responsabilité, on ne peut que proposer de tenir compte du fait que s'il n'y a pas toujours un enrichissement il y a toujours en revanche appauvrissement de la victime. Ce qui conditionne l'existence d'une responsabilité, c'est la survenance d'un appauvrissement causé sans droit par le service public. S'il existe un principe général de l'enrichissement sans cause applicable, même sans texte, dans la matière des travaux publics⁶¹⁹, il n'est que l'application d'un principe plus général du droit, celui de l'appauvrissement causé sans droit. C'est ce principe qui préexiste à son habillage juridique subsidiaire et cantonné à quelques domaines⁶²⁰. On peut estimer que, bien que l'administration n'ait rien fait positivement pour s'enrichir, elle méconnaît l'obligation de ne pas laisser appauvri, c'est-à-dire sans réparation, le dommage subi sans contrepartie au bénéfice de la collectivité de sorte qu'il y a rupture d'égalité devant les charges publiques. On concède que l'enrichissement sans cause tel qu'il est appliqué en droit civil est un cas très marginal de responsabilité, voire une action autonome, mais en droit administratif il doit en aller autrement.

Certains auteurs ont montré que le juge administratif devait se désolidariser de la construction civiliste⁶²¹. Pour nous, le droit administratif devrait en principe indemniser l'entier préjudice de l'appauvri, sous réserve de ce qu'il supporterait comme étant la part non anormale de son dommage, ou la possibilité d'estimer qu'elle correspond à un bénévolat pour

⁶¹⁷ Notamment dans C.E., Sect., 18 juin 1976, *Commune de Vaux-en-Velin*, Rec. p. 319. - C.E., 2 juil. 1982, *Soc. Basset et Pujol*, Rec. p. 738.

⁶¹⁸ L'appauvrissement ne doit pas résulter d'une faute de l'appauvri.

⁶¹⁹ C.E., Sect., 14 avr. 1961, *Soc. Sud-Aviation*, Rec. p.236 ; R.D.P. 1961, p. 655, concl. Heumann ; J.C.P. 1961, n°12255.

⁶²⁰ Rappelons que pour ce que nous connaissons, l'action *de in rem verso* vient du droit romain, mais que l'on peut y voir avec M. HAURIOU des préceptes du droit naturel. *Police juridique et fond du droit*, R.T.D.C. 1926, p. 265.

⁶²¹ BOUDET art. précité ; A. MESTRE, note au S.1931,3, p. 57.

l'intérêt général, ce qui est assimilable à une charge, une contribution que tout administré peut être amené à fournir.

La Haute Juridiction administrative a toujours entendu largement la notion d'enrichissement sans cause⁶²². En droit public, on doit la reconnaître dans tout profit sans contrepartie, procuré directement ou indirectement par la collectivité, ou même à la collectivité. En effet, le principe d'équité ne joue pas qu'au bénéfice des administrés. Ainsi, l'Etat est admissible malgré l'absence de texte à demander remboursement à un ingénieur dont elle a rémunéré la scolarité et qui a démissionné brusquement⁶²³.

Il semble bien que le Conseil d'Etat ait finalement inventé une théorie s'inspirant de l'idée générale que nous défendons, c'est la théorie du profit. Achille MESTRE a montré que le juge administratif avait créé cette sorte de notion quasi-contractuelle qui permet d'indemniser pour la totalité les travaux ou fournitures effectués en surplus⁶²⁴. Or, il semble que nous soyons là dans certaines des hypothèses que l'on regroupe schématiquement comme des applications de l'enrichissement sans cause. Le seul principe que le droit administratif utiliserait si le juge n'avait en son temps renoncé à protéger les deniers publics, serait ainsi formulé : « tout sacrifice subi par un particulier et dont une personne administrative tire un avantage sans qu'il soit possible de rattacher à une cause juridique cette rupture d'équilibre comporte en sa faveur une compensation égale à la perte subie »⁶²⁵. Il s'agit bien de responsabilité.

Que l'équité inspire la responsabilité sans faute se conçoit assez bien de par la parenté qu'elle entretient avec la notion d'égalité, en revanche, il paraît plus délicat de l'invoquer en cas de responsabilité pour faute. Dans les cas de responsabilité pour faute on trouve pourtant des solutions dont on dit qu'elles sont fondées sur l'équité. Il s'agit des hypothèses de présomption de faute⁶²⁶, par exemple en matière de défaut d'entretien normal des ouvrages publics⁶²⁷. En matière médicale, on se référera à la jurisprudence *Dejous* de 1958, selon laquelle la faute du service est présumée lorsqu'il n'y a aucune commune mesure entre la

⁶²² Voir R. ALIBERT, note au S. 1930,3, p. 105.

⁶²³ C.E., 28 fév. 1930, *Bertier*, Rec. p. 237.

⁶²⁴ Cf. C.E., 24 janv. 1912, *Pierre Fort*, Rec. p. 97.

⁶²⁵ A. MESTRE, note sous C.E., 27 juin 1930 et 16 janv. 1931, S. 1931,3, p. 57.

⁶²⁶ Voir F. LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, th. L.G.D.J. 1985.

⁶²⁷ Voir pour des exemples foisonnants en jurisprudence, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1., 13^{ème} éd. Montchrestien 1999, n°1457.

pathologie initiale du malade et son état après action du service⁶²⁸. C'est la disproportion manifeste entre le caractère courant et bénin d'un acte de soin et ses conséquences qui permet de présumer la faute⁶²⁹. Avant cette date, et pour citer aussi une jurisprudence rendue obsolète depuis la loi du 31 décembre 1957 sur la réparation des accidents causés par les véhicules administratifs, on rappellera que la faute était présumée pendant quelques années⁶³⁰, avant que ce ne soit finalement la responsabilité qui le soit⁶³¹.

De même pourrait-on s'interroger sur la question de savoir si la théorie du cumul des responsabilités en cas de faute personnelle des agents publics⁶³² n'est pas elle aussi construite sur un fond d'équité dans la mesure où elle apparaît comme une atténuation de la loi générale de responsabilité. En effet, cette théorie a permis un élargissement de la notion d'imputabilité des dommages dans le seul but de toujours trouver pour la victime un débiteur de responsabilité qui soit solvable. Lorsque l'on envisage une faute personnelle non dénuée de tout lien avec le service, on renonce bien à l'idée que le lien de causalité entre le dommage et le fait administratif doit être direct⁶³³. Seulement cette théorie n'a pas de lien particulier avec le principe d'égalité, et dans ces conditions le principe d'équité ne peut pas en être un fondement utile. Si l'on peut à la limite invoquer l'équité en matière de responsabilité pour faute, c'est à condition de marquer que la faute est, elle aussi, une rupture d'égalité par le dommage anormal qu'elle engendre⁶³⁴. Ceci est plus aisé dans les cas où la responsabilité est pour faute présumée si elle est liée à l'existence de dommages très graves qui dépassent donc la mesure, car alors on est bien proche de la responsabilité sans faute. En définitive, on le voit, la place de l'équité dans la responsabilité administrative sera d'autant plus importante que l'on accorde aussi un rôle conséquent au principe d'égalité comme fondement de la responsabilité.

⁶²⁸ C.E., A., 7 mars 1958, Rec. p. 153, A.J.D.A. 1958,2,220. A propos des conséquences dramatiques des vaccinations obligatoires avant la loi du 1^{er} juil. 1964.

⁶²⁹ C.E., 23 fév. 1962, *Meier*, Rec. p. 122. - C.E., 19 mars 1969, *Ass. Publique de Paris c/ Dlle Bey*, R.D.P. 1970, p. 151, note Waline, à propos d'une injection intraveineuse d'où est résulté la nécessité d'amputer la jambe. Voir aussi C.E., 22 déc. 1976, *Derridj*, Rec. p. 576; J.C.P. 1978,II,18792 note Auby. - C.E., 9 janv. 1980, *Dame Martins*, Rec. p. 4. De manière générale, cette présomption intervient chaque fois qu'une personne entrée à l'hôpital pour une pathologie déterminée en ressort avec une affection sans rapport de proportion avec les raisons de son admission : - C.E., 18 nov. 1960, *Savelli*, Rec. p. 640. Cf. F. MODERNE, *La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière*, R.D.S.S., 1975, p. 213.

⁶³⁰ C.E., 22 décembre 1924, *Soc. d'assurances mutuelles Les Travailleurs français*, S.1926,3, p. 1 note Hauriou.

⁶³¹ C.E., 9 juil. 1948, *Capot et Denis*, R.D.P. 1948, p. 576.

⁶³² C.E., 26 juil. 1918, *Lemonnier*, Rec. p. 761 ; D. 1918,3, p. 12. et C.E., 18 nov. 1949, *Delle Mimeure, Defaux, Besthelsemer*, J.C.P. 1950,II,5286.

⁶³³ Cf. infra p. 436 et s.

⁶³⁴ Cf. infra seconde partie p. 456 et s.

B) L'égalité

Le principe d'égalité est une base fondamentale de l'Etat de droit. A ce titre, il sert à l'interprétation de l'ensemble du contrat social. En tant que règle explicitement juridique, il suffit à justifier les solutions de responsabilité, de rétablissement d'un équilibre entre les patrimoines. Pour rétablir les droits des particuliers, face à la puissance publique, il prend la forme du principe d'égalité devant les charges publiques (1). Pour rétablir les droits entre les acteurs privés de la vie de la cité, il est le principe d'égalité devant la loi (2).

1) L'égalité devant les charges publiques, fondement de la responsabilité publique

Une majorité de la doctrine fait du principe d'égalité des administrés devant les charges publiques le fondement définitif de toutes les responsabilités publiques⁶³⁵. Celui-ci découlerait de l'article 13 de la Déclaration française des droits de 1789. Toutefois cet article énonce un principe quelque peu différent puisqu'il s'agit du principe d'égalité devant l'impôt. Que ce principe là soit de valeur constitutionnelle, cela ne fait pas de doute depuis la constitution de 1958, mais dès avant, la doctrine et la jurisprudence puisaient en lui une source importante du droit administratif. Il fut maintes fois repris dans les textes constitutionnels français, ainsi dans la déclaration des droits et la Constitution de l'an III, dans les préambules des chartes de 1814 et de 1830, et dans la Constitution de 1848. Mais, lorsque vint l'occasion de trancher la question de la valeur de ce principe, le Conseil d'Etat esquiva toute réponse explicite, bien qu'il utilisât nécessairement le principe puisque celui-ci n'est qu'une application de l'idée qui lui servit à fonder l'autonomie du droit administratif français,

⁶³⁵ Voir par exemple J.-P. DUBOIS, *La responsabilité administrative*, coll. Repères, La Découverte 1996, p. 12-13. Cependant opinion contraire des auteurs voulant démontrer l'absence d'autonomie du droit public de la responsabilité. Ainsi C. EISENMANN, *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949, I, 751; R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J. 1953, réédition 1957; *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd. 1999, n°1506.

celle générale que les administrés ne doivent pas subir de dommages spéciaux en tant qu'ils sont égaux devant toutes les charges publiques⁶³⁶.

En matière de dommages de travaux publics, E. LAFERRIERE partageait cette opinion, ce qui montre l'attachement traditionnel du juge administratif à ce fondement⁶³⁷. Le principe s'applique aussi à la responsabilité du concessionnaire de l'ouvrage public devant les tribunaux administratifs⁶³⁸. Cependant, c'est un lien de droit qu'il faut en ce domaine pour qu'il y ait rupture d'égalité devant les charges publiques, et c'est pourquoi la responsabilité d'un tiers exploitant de fait de l'ouvrage, ne sera pas retenue sur ce fondement⁶³⁹.

Ce principe permet d'expliquer aussi les cas de responsabilité pour faute de service si l'on y voit des accidents aléatoires et statistiquement inévitables. On pourra même les considérer comme des éléments constants du passif des services publics, c'est-à-dire des charges, de sorte que si ces dommages ne sont pas réparés, il y ait enrichissement sans cause⁶⁴⁰. L'on voit encore ici que l'équité ne s'absente jamais de l'esprit publiciste de la responsabilité.

Une réflexion approfondie a cependant permis à une partie autorisée de la doctrine de remettre en cause cette présentation élaborée par le juge administratif. Tout d'abord, la thèse de P. DELVOLVE a mis en lumière que toute hypothèse de dommage ne pouvait être à proprement parlé définie comme une charge publique⁶⁴¹. Celle-ci est « une sujétion que volontairement ou non une autorité publique impose à des administrés dans le but de satisfaire l'intérêt général »⁶⁴². Il faudrait donc s'en tenir à la formalisation élaborée par le Conseil d'Etat qui ne se fonde explicitement sur ce principe que dans les hypothèses de responsabilité sans faute. Au mieux pourrait-on lui reconnaître un rôle dans les seules hypothèses de « responsabilité-prix » comme l'implique la position restrictive de R. CHAPUS, c'est-à-dire dans le cas de dommages permanents de travaux publics, de dommages par le fait des

⁶³⁶ Cf. note M. L. sous C.E., 23 nov. 1936, *Abdouloussen* et autres, S. 1937,3, p. 25.

⁶³⁷ E. LAFERRIERE était un membre influent du Conseil d'Etat et l'impact de sa pensée a été à ce titre considérable. Cf. T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J. 1987, p. 33 ; A. BIGOT D'ENGENTE, *De la responsabilité pécuniaire de l'Etat en matière d'actes de puissance publique*, th. Paris, Rousseau, 1907, p. 47.

⁶³⁸ Voir Y. BRARD, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. dactyl Caen 1975.

⁶³⁹ Cf. note P. L. sous C.E., 13 mars 1936, *Soulier*, S.1936,3, p. 49.

⁶⁴⁰ C'est le point de vue de P. TIRARD, th. précitée, p. 141.

⁶⁴¹ *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, L.G.D.J. 1969.

⁶⁴² *Ibid.*, p. 249.

décisions régulières, ou par le fait de la loi⁶⁴³. En tant que principe général du droit, il faudrait admettre qu'il ne sert qu'à défaut de mieux. Voilà pourtant un principe général du droit ayant au moins force de loi⁶⁴⁴. Rappelé dans les chartes des droits publics des Français, élargi même aux charges qui résultent des calamités nationales par la constitution de 1946, ne peut-on même y voir une règle de valeur constitutionnelle ? Il faut pour cela accepter qu'un principe général du droit puisse avoir une valeur constitutionnelle. On a commencé à le croire sérieusement après l'arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils* vu sous l'éclairage des conclusions du commissaire du gouvernement FOURNIER⁶⁴⁵. Le pouvoir réglementaire agissant comme « législateur colonial » est soumis aux principes généraux du droit⁶⁴⁶. Partageant l'opinion de P. DELVOLVE sur ce point, nous constatons bien l'existence de principes généraux du droit ayant cette valeur des plus élevées⁶⁴⁷. Pour celui qui nous intéresse, la réponse à la question n'est toutefois pas évidente, bien qu'elle ait été clairement énoncée en France⁶⁴⁸.

En admettant que le principe d'égalité devant les charges publiques ne fonde pas l'ensemble des hypothèses de responsabilité de la puissance publique, ce qui paraît improbable, on peut encore expliquer cette responsabilité par le principe plus général dont il procède de l'égalité des citoyens devant la loi. Ce dernier présente l'avantage de fournir une explication commune au droit privé et public de la responsabilité civile.

2) L'égalité en droit, fondement commun des responsabilités publique et privée

En réalité, ce qui justifie selon nous immanquablement les solutions du droit de la responsabilité c'est le principe d'égalité des citoyens entre eux dont l'énoncé en matière de contribution aux charges publiques n'est qu'une application. Nous partageons sur ce point la

⁶⁴³ *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J. 1953, réédition 1957, p. 342 et s. Cf. aussi *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°1506 et 1507.

⁶⁴⁴ Cf. allocution du Président BOUFFANDEAU dans le livre jubilaire du Conseil d'Etat, cité par M. LETOURNEUR in *Les principes généraux du droit*, E.D.C.E., 1951, p. 19.

⁶⁴⁵ C.E., Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, R.D.P. 1959, p. 1004, concl. Fournier.

⁶⁴⁶ Voir aussi C.E., 23 nov. 1936, *Abdoulhousen*, Rec. p. 1015 ; S. 1937,3,25, note M. L.

⁶⁴⁷ Soit que cette valeur est reconnue au principe implicitement comme cela fut pour la continuité des services publics, soit qu'il fallut une confirmation du Conseil Constitutionnel pour le comprendre *a posteriori*.

⁶⁴⁸ Le Conseil Constitutionnel se prononce depuis 1985 pour la valeur constitutionnelle du principe d'égalité devant les charges publiques. Cf. M. PAILLET, *Vers un renouveau des sources de la responsabilité administrative en droit français*, Etudes Auby, Dalloz 1992, p. 259.

réflexion originale de F.-P. BENOIT⁶⁴⁹. Cette idée de l'égalité entre les individus étant à la base de tout notre ordonnancement juridique, il serait étonnant qu'elle ne soit pas à la base de nos systèmes de responsabilité. Cette règle dépasse d'ailleurs le clivage droit privé et droit public par sa valeur constitutionnelle⁶⁵⁰.

On ne peut donc pas dire que le principe d'égalité détermine à lui seul l'originalité du système administratif de responsabilité. Car en droit privé aussi l'égalité fonde le droit à réparation des dommages⁶⁵¹. Il s'agit de l'égalité des citoyens devant la loi ; c'est-à-dire que ceux-ci sont égaux entre eux, en droit. La loi civile interdit que l'on se nuise entre particuliers, à moins que l'on n'y soit autorisé par elle. Ainsi, les dommages que le droit privé tolère parce qu'ils ne sont pas anormaux, qu'ils sont causés en vertu d'un droit, sont, à défaut d'être plus rares, pour le moins plus légers que ceux que la puissance publique peut imposer sans réparation. Toute la différence réside ici, et là est le point de rupture parmi les sources profondes des responsabilités publique et privée. Les plus lointaines sont communes, nous savons qu'il en est ainsi du principe de Vie, du besoin de sécurité, du principe de solidarité, de l'équité aussi même si sa place est moins grande en droit civil de par la moindre fonction prétorienne du judiciaire.

Après le principe d'égalité devant la loi, les deux branches du droit de la responsabilité se séparent. De par la loi les individus sont égaux entre eux et ont besoin de contracter pour s'imposer des obligations juridiques réciproques. De par la loi les citoyens sont égaux devant les charges publiques, dans le même temps cela implique une inégalité entre la collectivité qui met en œuvre ces charges et les individus. Le rassemblé est plus fort que l'isolé. Ce qui rend réellement la responsabilité administrative originale est donc le principe d'inégalité entre les parties au litige. C'est même cela qui donne une homogénéité aux responsabilités administratives contractuelle et extra-contractuelle, car dans la théorie générale du contrat administratif, l'autonomie de la volonté n'est pas entendue comme en droit privé⁶⁵². Il faut bien placer ici la séparation des deux branches du droit en matière de responsabilité civile. L'idée que la responsabilité est fondée en droit privé comme en droit public sur le principe d'égalité n'est pas nouvelle⁶⁵³. Elle nous permet de penser que le point de rupture doit être juste en aval, et que la spécificité du droit public réside alors bien dans les rapports inégaux

⁶⁴⁹ F.-P. BENOIT, *Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*, J.C.P. 1954, I, 1178.

⁶⁵⁰ D.C., 79-105 du 25 juil. 1979, Rec. p. 33 ; R.D.P. 1979, p. 1705 note Favoreu.

⁶⁵¹ F.-P. BENOIT, *ibid.*

⁶⁵² A. DE LAUBADERE, *Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration*, études off à A. Mestre. 1956, p. 386.

⁶⁵³ F.-P. BENOIT, *ibid.*

des administrés avec la puissance publique⁶⁵⁴. Par équilibre, c'est sur le seul droit à l'égalité devant les charges publiques que se fonde plus ou moins directement toute responsabilité en droit administratif.

Cependant, les responsabilités publique et privée ont en commun à ce stade les trois quarts de leur inspiration. Par suite, c'est aussi l'autonomie du droit public sur ce point qui est relativisée. Certes, on trouvera dans les mécanismes techniques de mise en œuvre de l'obligation de réparer de fortes ressemblances⁶⁵⁵. Mais c'est en vain que l'on tenterait de montrer l'identité systématique à laquelle on pourrait ramener les règles publiques et privées.

⁶⁵⁴ Voir la formule de l'arrêt d'Assemblée par lequel le Conseil d'Etat proclame que le caractère exécutoire des décisions administratives est la règle fondamentale du droit public. C.E., A., 2 juil. 1982, *Huglo*, Rec. p. 257.

⁶⁵⁵ Ce sera l'objet de nos développements ultérieurs.

Conclusion du titre 1

On peut être étonné de ce que dans une étude consacrée aux fonctions de la responsabilité administrative, on soit conduit à prendre position sur la théorie générale de l'Etat, sur sa très relative souveraineté et puissance, pour en conclure à préciser la nature contractuelle des rapports entre administration responsable et victimes. Mais, à la vérité, il n'est rien d'illogique à cela, puisque comme nous l'avons montré, la responsabilité de la puissance publique a toujours été un instrument politique. Elle permet le développement légitime de l'activité publique. Elle rend supportable l'ensemble des risques sociaux générés par la vie en grande collectivité.

En outre, la réflexion sur les finalités politiques de la responsabilité administrative nous aide à cerner les fondements des obligations d'indemniser mises à la charge des personnes publiques, et ainsi, nous permet d'esquisser un début de réponse à la question de savoir s'il existe une théorie générale de la responsabilité en droit administratif qui serait autonome par rapport à celle du droit civil. Nous pouvons conclure sur ce point que cette réponse n'est ni totalement négative ni totalement positive puisque le contrat social, source de la responsabilité, en donne plusieurs fondements complémentaires qui s'enchaînent. La sécurité, la solidarité, l'équité et l'égalité devant la loi justifient tant le droit public que le droit privé de la responsabilité. C'est alors au stade de l'affinement des justifications par le principe d'égalité, décliné en particulier en un principe d'égalité devant les charges publiques, que l'on voit poindre une autonomie possible. En effet, l'on pressent après ce qui a été dit, que les rapports de répulsion-attraction qui sont ceux de la puissance publique et des administrés, caractérisés par une inégalité fondamentale bien que consentie et rétribuée entre responsables et victimes, influenceront durablement le recours à certaines notions essentielles de la responsabilité telles que le dommage anormal, le dommage direct, le dommage réparable et toutes autres qui serviraient d'instruments de mesure de seuils particuliers. Ainsi, la recherche de la spécificité de la théorie générale de la responsabilité administrative doit se poursuivre par l'étude de ses fonctions proprement juridiques en ce que celles-ci détermineront au final les conditions de toute responsabilité.



Titre 2

LES FONCTIONS JURIDIQUES DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF

Les auteurs de l'après Seconde Guerre mondiale n'ont pas manqué d'entamer la remise en cause de l'autonomie du droit administratif de la responsabilité par l'examen de ses fonctions juridiques. Il peut paraître délicat de distinguer parmi les fonctions de la responsabilité celles qui seraient proprement juridiques ; cela est pourtant possible. Le terme « fonction juridique » est employé par le professeur Charles EISENMANN pour désigner les « vues » dans lesquelles le législateur impose une obligation de réparation à des sujets donnés, bref les résultats qu'il se propose d'atteindre⁶⁵⁶. Il s'agit donc des buts assignés en conscience à l'indemnisation, c'est-à-dire des fonctions à court terme, soit espèce par espèce à l'égard des parties à l'action en réparation, soit par catégorie de litige à l'égard des personnes susceptibles de rencontrer les mêmes problèmes et de tirer exemple des solutions de droit. Bref, les fonctions juridiques de la responsabilité sont plus ou moins médiates par rapport aux droits déclarés entre responsables et victimes, mais ne concernent pas de près le gouvernement et le maintien de la chose publique, cela relevant des fonctions politiques de la responsabilité.

Quel but le droit positif peut-il bien poursuivre en organisant la responsabilité civile ? L'auteur des normes doit-il raisonner différemment selon que le débiteur de la réparation relève du droit privé ou du droit public ? Pour tenter des réponses à ces questions essentielles, il nous semble intéressant de réfléchir aux fonctions possibles de la responsabilité en général.

L'auteur qui a le plus distinctement synthétisé le problème demeure Charles EISENMANN⁶⁵⁷, à tel point que les auteurs suivants n'ont guère osé s'écarter de sa présentation de la question lorsqu'il s'est agi de l'actualiser⁶⁵⁸. Il faut admettre que la

⁶⁵⁶ C. EISENMANN, *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949, I, 751.

⁶⁵⁷ C. EISENMANN, *ibid.* J.C.P. 1949, n° 750.

⁶⁵⁸ L. DE GASTINES, *La responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, R.D.P. 1992, p. 135 ; D. LOCHAK, *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation*, in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993, p. 275s.

typologie proposée par le savant auteur permettait une comparaison avec le droit privé forte utile. En effet, l'obligation que nous étudions est de même nature en droit civil et en droit administratif, nous pouvons donc nous interroger sur les fonctions générales en droit de la responsabilité sans toutefois tomber dans la comparaison classique du droit privé et du droit administratif. Puisque l'identité de nature ne débouche pas exactement sur les mêmes mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité en droit public et en droit privé, nous devons surtout rechercher en quoi les fonctions juridiques seraient spécifiques en droit administratif.

Nous pouvons ranger les effets possibles de la responsabilité civile en deux catégories. Certains effets aboutissent en chaque espèce à rétablir un équilibre rompu. On a l'habitude de nommer cette finalité recherchée « fonction réparatrice ». Mais on observe dans les faits que de nombreux dommages ne peuvent pas être « réparés ». Certains auteurs préféreraient que l'on adopte le terme de « compensation » plutôt que celui de « réparation »⁶⁵⁹. Nous montrerons que l'on ne peut choisir un terme plutôt qu'un autre, car tout dépend de la nature des dommages. Que l'on choisisse un terme ou l'autre, il demeure que l'on ne peut pas vraiment parler de « fonction » à cet égard. En définitive, la réparation apparaît moins comme une fonction en elle-même que comme le moyen d'une fonction. En effet, lorsque l'on dit que la responsabilité sert à réparer, l'on n'explique rien du tout, puisque l'on doit encore se demander à quoi sert de réparer un dommage. En réalité, on répare parce que l'on n'a pas pu empêcher la réalisation d'un dommage, bref c'est parce que le but ultime de la responsabilité est la préservation de la vie. Bien que la doctrine sous-estime généralement cet aspect en droit administratif où l'existence d'une responsabilité sanctionnatrice a été discutée⁶⁶⁰, la fonction sanctionnatrice-préventive de la responsabilité administrative semblerait des plus urgentes à développer aujourd'hui (Chapitre 1), afin de contrebalancer la pleine réalisation de sa fonction indemnitrice (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La fonction sanctionnatrice-préventive de la responsabilité en droit administratif

Chapitre 2 : La fonction indemnitrice de la responsabilité en droit administratif

⁶⁵⁹ Par ex. : D. COHEN, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, th. Economica 1987, p. 309.

⁶⁶⁰ M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4^{ème} éd. 1946, p. 496 et s.

Chapitre 1

LA FONCTION SANCTIONNATRICE-PREVENTIVE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF

Les vertus préventives de la responsabilité sont généralement occultées, voire niées par la doctrine publiciste française, et dans une moindre mesure par les civilistes⁶⁶¹. Comment peut-on soutenir que la responsabilité sert à prévenir les dommages puisqu'elle déclenche l'application de règles postérieurement à leur survenance en réparant et en sanctionnant ? Prévenir consiste à empêcher la survenance, or la responsabilité civile semble se contenter de neutraliser les effets des dommages. Les deux alternatives s'excluent *a priori*. Ne dit-on pas qu'il vaut mieux prévenir que guérir ?

Cependant, idéalement, réparer vise à faire comme si le dommage n'était jamais intervenu. Du moins est-ce concevable à l'égard des dommages non moraux. En droit administratif, il s'agirait de transposer au mieux dans le contentieux de pleine juridiction le système de l'annulation rétroactive⁶⁶². Or, s'il nous était donné mission d'inventer la responsabilité pécuniaire, nous la concevions naturellement de telle manière que la sanction de la réparation puisse être dissuasive pour les personnes négligentes. Il faudrait tendre vers cet idéal que les sophistes formulaient déjà⁶⁶³, où responsabilités civile et pénale n'ont pour différence que leur objet. Car s'il y a de la peine privée dans la responsabilité civile, il y a de la vertu civile dans la responsabilité pénale.

Plus on y songe et mieux l'on réalise combien la responsabilité civile est liée à la responsabilité pénale et pourquoi les deux ont été si longtemps mal distinguées. Entre elles, une différence de degré et non de nature apparaît. Est pénalement réprimée l'attitude qui est vraiment nuisible socialement et aisément identifiable. Est civilement sanctionnée l'attitude qui a contingentement engendré un dommage, c'est-à-dire le fait qui n'est pas en soi nécessairement nuisible. C'est essentiellement au niveau du fait générateur de responsabilité qu'apparaît une différence de degré entre les deux institutions. Finalement, la responsabilité civile apparaît comme complément de la responsabilité pénale en ce que le principe de

⁶⁶¹ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Rodstein 1947, p. 358.

⁶⁶² On comprend pourquoi le principe de la *restitutio in integrum* s'applique de façon naturelle pour la réparation

⁶⁶³ La meilleure punition est celle qui dissuade. *La responsabilité à travers les âges*, p. 53.

légalité des peines interdit à la répression d'anticiper tout type de comportement dommageable. Plus souple, la responsabilité civile permet de réguler les rapports humains en s'adaptant aux évolutions sociales. De là, on saisit mieux les ingérences du droit pénal à l'égard des comportements dangereux bien que non méchants. On admet mieux que les personnes morales puissent être pénalement responsables, et cela même parfois s'agissant des personnes publiques. Surtout, les raisons de la pénalisation du droit public, que beaucoup regrettent comme étant excessive, apparaissent clairement. Dès lors que la responsabilité qui peut naître de faits non nuisibles en eux-mêmes, n'appelle pratiquement et systématiquement aucun blâme sur les administrations et administrateurs, elle ne permet aucun progrès dans l'absence de réitération des dommages, et les victimes se tournent vers le droit qui répondra à leur besoin de « faire l'exemple »⁶⁶⁴. Croyant que le droit administratif de la responsabilité laisse impuni les auteurs de faits dommageables, le profane ne peut que souscrire à la pénalisation. Le spécialiste tranchera différemment, car il n'est pas douteux que la responsabilité-sanction existe en droit administratif (Section 1). Il n'est en revanche pas moins certain que sa valeur préventive pourrait être plus grande que ce qu'elle est réellement depuis longtemps (Section 2).

SECTION 1

L'EXISTENCE D'UNE RESPONSABILITE-SANCTION EN DROIT ADMINISTRATIF

Le droit commun de la responsabilité administrative est contingenté par la preuve d'une faute. Pourtant l'idée que la responsabilité civile administrative pourrait jouer un rôle sanctionnateur est très marginale en doctrine. On a même combattu cette idée au motif que juridiquement on ne peut sanctionner une personne qui n'ayant pas de conscience propre ne peut être sensible au blâme. En somme, l'idée de sanction est souvent rejetée *a priori* en doctrine publiciste parce que n'est jamais clos le débat sur la personne morale et son articulation par rapport aux individus auteurs pour elle des faits dommageables (§1). Cette

⁶⁶⁴ Voir S. PETIT, *La responsabilité pénale des agents publics et des élus*, Gaz. Pal. Nov. 1999, p. 3.

difficulté écartée, l'existence logique et justifiée de la responsabilité-sanction administrative apparaît (§2).

§1 Le problème de la personnalité morale écran

A la suite de Marcel WALINE, une partie importante de la doctrine juge que « la responsabilité administrative n'a jamais pour fonction d'infliger une sanction » parce que celle-ci ne condamne que des personnes morales incapables de commettre des fautes⁶⁶⁵. Cette affirmation, selon laquelle la personnalité morale serait en somme un écran pour la responsabilité-sanction, doit être combattue⁶⁶⁶. Certes, nous devons peser le poids de l'objection tirée de ce que le droit administratif sanctionne surtout des personnes morales (A). Mais en tout état de cause, il ne faut pas négliger non plus le poids de la responsabilité administrative qui pèse sur les individus, agents et décideurs mis en cause par le procès administratif lui-même (B).

A) De la sanction des personnes morales

Le débat portant sur la possibilité d'imputer une responsabilité à une personne morale semble dépassé depuis longtemps et pourtant il demeure au cœur de la théorie de la responsabilité administrative. C'est pourquoi il faut s'y attarder. A l'égard de quiconque, pour qu'une sanction soit possible, il faut que l'on soit en présence d'un sujet juridiquement apte à

⁶⁶⁵ Voir M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4^{ème} éd. 1946, p. 496 et s. ; C. BLAEVOET, *De l'inadaptation des théories de la faute et du risque comme fondements de la responsabilité des collectivités en droit public*, J.C.P. 1958, I, 1406 ; C. EISENMANN, *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949, I, 742 et 751 ; F. LLORENS-FRAYSSÉ, *le poids de la faute dans la responsabilité administrative*, Droits n°5 1987, p. 69 et s. ; L. DE GASTINES, *La responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, R.D.P. 1992, p.135 ;

⁶⁶⁶ En ce sens C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1996, p. 171 et s.

recevoir cette sanction, ce qui pose quelques problèmes s'agissant d'imputer une responsabilité à une personne morale (1). Certes, il faut ensuite que le sujet soit sensible à la condamnation pour que celle-ci emporte les conséquences escomptées d'une responsabilité-sanction (2).

1) *Réalité ou fiction des personnes morales ?*

Il n'est pas besoin de s'étendre longuement sur la querelle opposant les tenants de la théorie de la fiction de la personnalité morale à ceux de son effectivité⁶⁶⁷. Tous les ouvrages consacrés à la théorie juridique de la responsabilité l'ont relatée. Les premiers se rallient à l'idée que la personne morale n'est jamais « coupable », ne peut commettre de faute, n'ayant ni conscience ni même volonté⁶⁶⁸. Leur logique paraissait infaillible à l'époque d'une responsabilité presque exclusivement subjective. Même l'usage de l'article 1384 al. 3 du code civil que l'on faisait sans preuve de faute, reposait sur une présomption que la personne morale commettante avait mal choisi ou mal surveillé son préposé.

Les seconds ont imaginé avec l'objectivation des règles de droit que les personnes morales disposent d'une volonté et d'une conscience propres, justifiant l'imputation à elles de fautes juridiques. Le principal répétiteur français de cette conception d'origine germanique fut Léon MICHOU⁶⁶⁹. Reprenant les thèmes de GIERKE⁶⁷⁰, REHME⁶⁷¹, et JELLINEK⁶⁷², il n'adhère cependant pas à la « théorie organiciste », à l'idée que les personnes morales sont vivantes, composées d'organes et non de représentants⁶⁷³.

Entre ces différents points de vue, le consensus minimum semble être le constat que les personnes morales sont bien sanctionnées par le droit lorsqu'elles sont titulaires de droits et d'obligations. Mais il y a loin pour que l'on admette de là l'existence d'une responsabilité-sanction. En effet, on peut entendre l'expression au sens étroit de punition, de blâme, mais on peut aussi lui conférer plus largement le sens de sanction d'un non droit. Or, nous pensons

⁶⁶⁷ Voir F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, L.G.D.J. 1997.

⁶⁶⁸ SAVIGNY, *Système de droit romain*, n°94, 95.

⁶⁶⁹ L. MICHOU, *Théorie de la personnalité*, t.1, 1906, p. 131 et s.

⁶⁷⁰ *Die Grundbegriffe der Staats*, dans *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, T. XXX, 1874 p. 171 ; *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, 1887. Ch. IV.

⁶⁷¹ *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg, I, B. 1899.

⁶⁷² *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900.

⁶⁷³ Les organicistes sont en quelque sorte les extrémistes de l'école de la réalité. Leur chef de file fut WORMS dont l'ouvrage essentiel est : *Conscience et société*, 1896.

que la responsabilité est cette sanction d'un non droit⁶⁷⁴, puisqu'elle a toujours comme élément générateur une illicéité⁶⁷⁵. Cette seconde acception est intéressante parce qu'elle laisse entendre que la responsabilité est sanction aussi en l'absence de faute individuelle, dans les cas dits de responsabilité sans faute. Mais restons pour l'instant sur le terrain de la faute imputable au service, acception plus étroite.

Le défaut de la doctrine organiciste est d'avoir exagéré le trait de volonté des personnes morales pour leur imputer jusqu'à des fautes subjectives⁶⁷⁶. La position intermédiaire doit être soutenue : la volonté des personnes morales est une volonté réellement distincte et supérieure, mais les agents ne sont pas des organes. Une volonté est attribuée artificiellement à l'Etat et ses démembrements par le droit, c'est une volonté légale. Selon L. ROGER, cela explique que les personnes morales soient titulaires de droits puisque « un droit est une volonté protégée »⁶⁷⁷. Nous pensons que la raison du droit reconnu à la personne juridique est plutôt celle d'un intérêt à protéger. Pour les personnes morales, il faut tout de même un élément volontariste supplémentaire. Car c'est bien une volition qui érige l'intérêt en un groupement. Un accord de volonté est nécessaire à toute création de personne morale⁶⁷⁸, même si celle-ci est d'origine unilatérale au sens où ses membres ne sont pas de ceux qui l'ont décidée à l'origine.

Les agents ne sont pas les organes des groupements qu'ils font vivre. La croyance inverse est dangereuse parce qu'elle nie le libre arbitre et la personnalité propre de l'inclus dans le tout⁶⁷⁹. Reconnaître que la collectivité veut par l'intermédiaire d'individus ne signifie pas que cette volonté soit leur volonté propre, c'est-à-dire libre. Ils expriment la volonté collective telle qu'on leur a indiqué qu'elle est. Ils sont des représentants car ils ne pensent pas pour eux-mêmes. Ceci est évident puisque tout repose sur un contrat⁶⁸⁰, un ensemble de mandats convergents des individus envers le tout. Si la capacité de vouloir, que le droit attribue à la personne morale, est conférée dans un but précis, alors les actes des agents ne peuvent être attribués aux personnes morales que dans la mesure où ils sont accomplis pour la mission. A ce stade, on confirme que le seul point particulier pour notre question sera de

⁶⁷⁴ J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, Que sais-je ?, 2^{ème} éd. PUF 1995, p. 83.

⁶⁷⁵ Cf. infra seconde partie, titre 1, Le fait générateur : une violation du droit.

⁶⁷⁶ B. STARCK, th. p. 262.

⁶⁷⁷ L. ROGER, th. citée, p. 12 et s.

⁶⁷⁸ Selon le *Vocabulaire juridique Cornu*, la personne morale est définie comme un « groupement », ce qui permet de mettre à part comme une absurde anomalie le cas de S.A.R.L. composée d'un seul « associé » depuis la loi du 11 juil. 1985.

⁶⁷⁹ On sait à quelle dictature peuvent conduire ces conceptions, L. DUGUIT le dénonçait déjà.

⁶⁸⁰ Selon notre conception, le lien entre les services publics et les agents doit être contractuel, voir supra p. 107 et s.

savoir alors de l'activité de qui il s'agit⁶⁸¹, à l'activité de qui rapporter le dommage. Cela sera précisé dans la seconde partie de notre étude, il nous suffit pour l'heure de retenir que la responsabilité-sanction est concevable au moins au sens de sanction juridique puisque les personnes morales ont une réalité juridique.

Ce dernier point nous permet d'ailleurs de souligner que tous les auteurs qui ont rejeté l'idée de responsabilité-sanction fondée sur la faute de la personne morale, se sont bien gardé d'éprouver leurs dires en dehors du strict cas de la responsabilité extra-contractuelle. En réalité, lorsque la responsabilité de la personne morale est recherchée pour méconnaissance d'un engagement contractuel, nul ne peut soutenir que la violation de l'obligation n'est pas la faute de celui qui est juridiquement engagé. Si comme nous le croyons, la responsabilité de la puissance publique est fondamentalement la conséquence de la violation d'un engagement promis, l'obstacle tiré de la facticité des personnes morales est fortement affaibli. Reste à savoir si la seule volonté légale peut suffire à ressentir les effets de la condamnation sanction.

2) De la réceptivité des personnes morales publiques à la sanction

A la lecture de certains arrêts, on peut penser que les administrations françaises sont sensibles aux condamnations civiles prononcées contre elles, sans quoi on ne comprendrait pas une grande partie de la jurisprudence. Pour J.-M. AUBY : « on peut reconnaître que la mise en évidence de la faute constitue une censure morale, un blâme pour l'administration. »⁶⁸².

La jurisprudence utilise la faute de service pour infliger un désaveu aux agissements administratifs. Cela est particulièrement apparent dans des cas où les préjudices n'étaient pas très importants mais néanmoins choquants. Le Conseil d'Etat a parfois apprécié au franc symbolique des préjudices afin de pouvoir prononcer une condamnation de l'administration. Ainsi pensait le commissaire du gouvernement TRICOT, concluant dans une affaire où le Département de la Sarthe s'était conduit de manière très discourtoise à l'égard d'une jeune femme soupçonnée de véhiculer des maladies « honteuses » : « vous accordez une indemnité pour pouvoir condamner l'administration »⁶⁸³. Cette pratique est certes peu répandue mais il

⁶⁸¹ B. STARCK, th. précitée p. 258.

⁶⁸² Note sous C.E., Sect., 3 fév. 1956, *Min. de la Justice c/Thouzellier*, D. 1956, p. 599.

⁶⁸³ A.J.D.A. 1957, p. 323.

faut entendre que c'est parce qu'il est heureusement rare que l'intérêt général soit très maladroit ou très indélicat⁶⁸⁴. Ici la responsabilité a bien pour effet de prévenir un dommage à une époque à laquelle celui-ci ne pouvait faire l'objet d'une large indemnisation⁶⁸⁵.

Une jurisprudence intéressante est venue ces dernières années rappeler cette possibilité pour le juge de déclarer la faute de l'administration malgré le faible préjudice qui en a résulté. Il s'agit de la responsabilité de l'Etat pour carence d'enseignement. Le Conseil d'Etat a sanctionné l'Etat pour ne pas avoir assuré des enseignements obligatoires à l'école⁶⁸⁶. Dans un tel cas, on peut imaginer que la condamnation a été perçue par l'administration comme une punition, puisque l'existence d'un préjudice réparable était discutable ; elle en contestait d'ailleurs l'évaluation qui n'était pourtant que symbolique⁶⁸⁷. Mais cette illustration n'est que la face particulièrement visible d'une tendance beaucoup plus répandue dans la pratique de la réparation des préjudices immatériels⁶⁸⁸, puisque ceux-ci ne pouvant pas être « réparés », laissent une grande liberté d'appréciation au juge et l'incitent à tenir compte du caractère plus ou moins répréhensible du fait générateur⁶⁸⁹.

En des domaines où la question de la faute n'importe pas, en matière de dommages de travaux publics causés aux tiers par exemple, il est parfois tenu compte du comportement de l'administration pour déclarer le dommage anormal⁶⁹⁰. Pour qualifier d'anormal le dommage causé à une installation d'aquaculture, il est relevé qu'une commune avait prélevé plus d'eau que le contingent autorisé⁶⁹¹. Pour apprécier le préjudice subi par les riverains d'un chemin, il est mentionné qu'il s'agit d'un chemin rural mal entretenu par la commune⁶⁹². Bref, avant même que l'étude approfondie de la jurisprudence ne le confirme, on peut supposer que la

⁶⁸⁴ 4 arrêts avant 1957 dont *Carlier* à propos duquel Roland DRAGO a pu écrire : « ce n'est certes pas la première fois que la condamnation prononcée par le Conseil d'Etat a une coloration pénale », note au S. 1950,3, p. 52 ; Sans doute aussi C.E., Sect. 6 juil. 1934, *Soc. Van Outryve et Cie*, Rec. p. 786.

⁶⁸⁵ L'atteinte à la réputation était reconnue comme un véritable préjudice mais distinct du préjudice purement moral.

⁶⁸⁶ C.E., 27 mai 1987, *Legoff*, Rec. p. 186 ; A.J.D.A. 1987, p. 694, note J. Moreau. - C.E., 27 janv. 1988, *Ministre de l'éducation nationale c/ Giraud*, A.J.D.A., 1988, p. 352. - C.A.A., Paris 29 oct. 1990, *Guyot*, Savoir 1991/1, p. 105. - T.A., Poitiers, 23 oct. 1991, *Belin*, Savoir 1992/1, p. 119. Voir J.-M. JOANNES, *Le préjudice immatériel dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, th. dactyl., Paris II, 1998, p. 20 ; C. DURAND-PRINBORGNE, *La responsabilité de l'Etat pour carence d'enseignement*, R.F.D.A. 1988, p. 321.

⁶⁸⁷ Préjudice estimé à 1000 F. Il semble que depuis les années 1980, ces sommes de quelques milliers de francs aient remplacé la traditionnelle condamnation au franc symbolique. Cf. M. PAILLET, op. cit. n°598. Pour une des dernières condamnations au franc symbolique en ce domaine voir T.A. Rennes, 10 déc. 1980, *Epoux Forget*, Rec. p. 557.

⁶⁸⁸ Voir J.-M. JOANNES, *Le préjudice immatériel dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, th. dactyl., Paris II, 1998, p. 312 et s. Cf. infra p. 259 et s.

⁶⁸⁹ Cf. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J. 1995, p.28.

⁶⁹⁰ Répertoire Dalloz responsabilité de la puissance publique, *Préjudice réparable*, n° 206.

⁶⁹¹ C.E., 12 fév. 1982, *de Goëlo*, R.D.P. 1982 p. 1445.

⁶⁹² C.E., 5 janv. 1977, *commune de Jumièges*, R.D.P. 1977, p. 1080.

fonction sanctionnatrice de la responsabilité doit bien avoir quelque réalité effective sur les personnes publiques puisque les juges l'utilisent contre elles.

Mais, certaines subtilités du maniement des deniers publics font que des administrateurs traitent les condamnations de leur administration avec indifférence ou se retirent dans une position d'attentisme. De l'aveu des sénateurs enquêtant sur la justice administrative, on trouve au sein d'une seule personne morale, des administrations qui raisonnent comme si elles constituaient des entités autonomes financièrement irresponsables et qui ne sont d'ailleurs pas sanctionnées⁶⁹³. Combien de fois le Médiateur s'est-il entendu répondre : « je sais que j'ai juridiquement tort mais je préfère rester dans l'illégalité car de toute façon si l'Etat est condamné, l'indemnisation ne se fera pas sur mon budget » ? De même la valse des mutations encourage une fâcheuse désinvolture, parfois simple fruit de la passivité, mais parfois aussi de l'entêtement de fonctionnaires de mauvaise foi. Si donc il semble absolument certain que la responsabilité administrative touche les administrations il semble qu'elle ne touche pas de la même façon tous les exécutants⁶⁹⁴. C'est au sommet des collectivités que l'on doit ressentir le plus durement les condamnations bien sûr. C'est de ce sommet que viennent les consignes de respect des jugements, les incitations au règlement amiable, à la transaction⁶⁹⁵. Toutefois, si l'on pense que les services ne sont pas sensibles à la sanction de la responsabilité civile, il demeure que le droit administratif remplit cette fonction lorsque l'agent est mis en cause par son service devant le juge administratif.

B) De la sanction des individus auteurs des dommages

Dans quelle mesure la fonction sanctionnatrice peut-elle exister en droit administratif de la responsabilité si les fonctionnaires sont pratiquement irresponsables ? Tel est bien le paradoxe de la jurisprudence française. Lorsque les bases d'une responsabilité pécuniaire

⁶⁹³ Rapport sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, n°400, JORF 11 juin 1992, p. 36 et s.

⁶⁹⁴ Il est frappant de noter que dans notre système, plus un fonctionnaire est haut placé et possède de pouvoir, moins longtemps il reste en poste, ce qui favorise grandement son irresponsabilité.

⁶⁹⁵ Ex. : circulaire du Premier ministre du 6 fév. 1995, relative au développement du recours à la transaction pour régler les conflits à l'amiable.

disciplinaire des agents publics ont été posées, ce fut dans un cadre juridique si mal adapté que toute sanction est demeurée en fait hypothétique, tant vis-à-vis des victimes (1) qu'au stade récursoire (2). Ceci n'est pas satisfaisant et la réforme du système est souhaitable (3).

1) L'irresponsabilité de fait des fonctionnaires

On peut déplorer la résistance du système français à la responsabilité pécuniaire des agents. Perpétuée après la révolution par l'article 75 de la constitution de l'an VIII, la garantie des fonctionnaires, pourtant abolie en 1870, a survécu insidieusement grâce à la jurisprudence *Pelletier*⁶⁹⁶ interdisant la poursuite civile de l'agent sauf faute personnelle, presque toujours grave⁶⁹⁷. Mais vis-à-vis de la victime, l'agent est jugé en vertu des règles de la responsabilité des individus entre eux, celles du code civil. C'est donc le juge judiciaire qui contribue apparemment à la moralisation des services publics. Pourtant là encore c'est le droit administratif qui finalement permettra que la sanction réalise son but ou non, car même en cas de faute personnelle reconnue par le juge civil, la juridiction administrative conserve le dernier mot. En effet, l'article 11 du statut général de la fonction publique permet à l'agent public, condamné à tort pour une faute personnelle, dans le cas où il n'aurait pas été secouru par une élévation du conflit, de solliciter de son administration le remboursement de sa condamnation⁶⁹⁸. C'est le mécanisme dit de la garantie des condamnations civiles. En cas de litige sur ce remboursement, c'est le juge administratif qui tranchera, il lui appartient alors de régler la contribution finale de chacun. Où l'on voit que celui-ci a la possibilité extraordinaire de revenir sur les effets de la décision judiciaire⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ T.C., 30 juil. 1873, *Pelletier*, Rec. 1er suppl 117, concl. David ; D. 1874,3, p. 5, concl. David.

⁶⁹⁷ Les fautes personnelles qui ont un rapport avec le service sont en principe les plus graves, c'est en effet cette gravité qui bien souvent marque le caractère intellectuellement détachable des fonctions. Cependant, demeure l'hypothèse de la faute personnelle à raison de ses mobiles et non de sa gravité anormale, telle celle d'un agent qui profiterait de son service pour envoyer des lettres d'amour intempestives et répétées. Mais comme le notait déjà M. WALINE en 1948, « la faute personnelle, telle que l'entend aujourd'hui la jurisprudence, est toujours une faute lourde absolument inexcusable [...] des imprudences véritablement criminelles [...] des fautes révélant une intention méchante ou au moins l'assouvissement d'une passion ». *De l'irresponsabilité des fonctionnaires et des moyens d'y remédier*, R.D.P. 1948, p. 5. Voir DOUC-RASY, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, th. L.G.D.J., 1963.

⁶⁹⁸ Cette disposition de la loi du 11 juillet 1983 est applicable à tous les agents publics en tant que principe général du droit, ainsi qu'en a jugé le Conseil d'Etat en C.E., Sect., 26 avril 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, Rec. p. 243, concl. Chardeau ; S. 1963,3, p. 338. Il faut dire que la tradition de protection est ancienne et que le texte existe depuis le statut général de 1946.

⁶⁹⁹ Ex. : C.E., 19 déc. 1969, *Houdayer*, Rec. p. 601. - C.E., 5 mai 1971, *Gillet*, Rec. p. 324.

Toujours est-il que si la responsabilité de l'agent est mise en cause par son employeur, c'est une question de droit public qui est soulevée car l'action récursoire naît du dommage que l'agent cause par son fait personnel à la collectivité qui a été contrainte de payer pour lui⁷⁰⁰. Soit que l'agent ait ainsi indirectement préjudicié au service en raison du dommage causé à un tiers, soit qu'il ait directement nui à son administration en détruisant ou subtilisant par exemple son outil de travail⁷⁰¹, la jurisprudence *Laruelle* adoptée par le Conseil d'Etat en 1951 permet à l'administration de réclamer contre son agent auteur d'une faute personnelle réparation du préjudice qu'elle a subi par son fait⁷⁰². Dans cette affaire, un cumul de responsabilités avait d'abord permis à la victime d'obtenir de l'Etat réparation à raison de la faute de surveillance qui avait rendu possible la sortie irrégulière d'un véhicule militaire, d'où était résulté un accident de la circulation. Puis, dans le litige récursoire opposant l'administration à son agent, le Conseil d'Etat mettait fin à une très longue période d'irresponsabilité en cas de faute personnelle⁷⁰³.

La responsabilité des agents publics fut saluée par l'ensemble de la doctrine parce qu'elle clôturait une période d'injustice contraire au principe posé par l'article 15 de la Déclaration française des droits selon laquelle « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Rappelons que l'absence de lois afférentes à la mise en œuvre de cette responsabilité a interdit que la puissance publique réclame contre ses agents. La jurisprudence *Poursines*⁷⁰⁴ avait officialisé ce renoncement politique partagé par le juge administratif⁷⁰⁵. De ce principe il fut fait une application si pointilleuse que toute possibilité d'action récursoire était fort réduite⁷⁰⁶.

⁷⁰⁰ T.C., 26 mai 1954, *Moritz*, Rec. p. 708 ; S. 1954, p. 385 concl. Letourneur ; D. 1955, p. 385 note Chapus ; J.C.P. 1954, II, 8334, note Vedel.

⁷⁰¹ T.A. Nancy, 18 avr. 1956, *Romain*, Rec. p. 533 : vol d'outillage. - T.C., 25 mars 1957, *Hospices civils du Pays*, Rec. p. 817 ; R.A. 1957 p. 247 note G. Liet-Veaux : dégâts causés par un médecin à une installation radiologique. - C.E., 5 mars 1982, *Guetre c/ commune des Ponts-de-Cé*, Rec. p. 101 : défaut de surveillance de travaux par un architecte des Bâtiments de France.

⁷⁰² C.E., A., 28 juil. 1951, *Laruelle et Delville*, Rec. p. 464, S. 1952, 3, p. 25 note Mathiot ; S. 1953, 3, p. 57 note Meurisse ; D. 1951 p. 620 note Nguyen Do ; R.D.P. 1951, p. 1087 note Waline ; J.C.P. 1951, II, 6532 note J.-J. R. ; J.C.P. 1952, II, 6734 note Eisenmann.

⁷⁰³ « que si les fonctionnaires et agents des collectivités ne sont pas pécuniairement responsables envers lesdites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être ainsi quand le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles, détachables de l'exercice de leurs fonctions ».

⁷⁰⁴ « que la responsabilité pécuniaire d'un fonctionnaire autre qu'un comptable public ne saurait être engagée envers l'Etat à raison des fautes par lui commises à l'occasion de ses fonctions à moins d'une disposition législative spéciale qui autorise le ministre compétent à le déclarer débiteur ». C.E., 28 mars 1924, Rec. p. 357 ; R.D.P. 1924 p. 601 note Jèze ; D. 1924, 3, 49. note Appleton ; S. 1926, 3, 17 note Hauriou.

⁷⁰⁵ La doctrine du Conseil d'Etat était résumée auparavant dans un avis de la section des finances du 21 juil. 1885 : « Le droit de l'Etat d'obtenir, à titre de dommages-intérêts, réparation pécuniaire du préjudice que

Le Conseil d'Etat n'avait jamais caché son hostilité à l'application extensive des textes législatifs existants. Ainsi il n'était pas possible pour un ministre de prendre un arrêté de débet à l'égard d'un fonctionnaire n'ayant pas la qualité de comptable⁷⁰⁷. Même après que le législateur ait remédié à cette lacune par une loi du 13 avril 1898 permettant au ministre de délivrer, sous forme d'états exécutoires, des titres parés contre tout débiteur de l'Etat, le Haut tribunal administratif rejeta l'application qui eu pu en être faite aux fonctionnaires au motif que cela n'était pas expressément prévu⁷⁰⁸. On doit imaginer que cette responsabilité pécuniaire n'était à l'époque pas nécessaire à la prévention des dommages car l'engagement de la responsabilité disciplinaire était à elle seule dissuasive. L'on ne craignait pas de rappeler que le fonctionnaire qui, par maladresse, imprudence ou mauvaise volonté, avait causé une perte au Trésor, s'exposait à être suspendu ou révoqué⁷⁰⁹. En somme, le consensus existait autour de l'idée que les obligations et les droits des fonctionnaires formaient un tout équilibré, et que par conséquent, y ajouter la menace de la sanction pécuniaire romprait cet équilibre. Par de vives formules, ROMIEU ne craignait pas d'énoncer que « les fautes administratives qui ont des conséquences pécuniaires pour l'Etat ne peuvent donner lieu à des dommages et intérêts ; il n'y a pas de responsabilité pécuniaire des administrateurs »⁷¹⁰.

Mais l'argument ne pouvait pleinement satisfaire que les membres du Conseil d'Etat⁷¹¹, car l'on sait l'arbitraire qui peut régner dans l'appréciation de l'opportunité des poursuites disciplinaires⁷¹². La pression des syndicats, la lourde procédure interne qui fait intervenir un conseil de discipline paritaire puis éventuellement le Conseil Supérieur de la fonction publique intéressé n'ont pu que conforter l'habitude qui a été prise depuis longtemps de couvrir systématiquement les agents fautifs⁷¹³. Dans le cas où un agent serait sanctionné par l'administration, comment expliquer alors aux victimes que les coupables ne soient pas aussi les responsables ? Est-ce parce qu'il est plus confortable de rejeter la responsabilité sur

peuvent lui causer des fautes commises par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, ne saurait s'exercer que dans les cas spéciaux et déterminés qui sont prévus et réglés par des dispositions législatives formelles ». Code des lois polit. et admin. annotées, t. 4, v^o comptabilité publique, p. 523, n^o 1075 et 1076.

⁷⁰⁶ C'est ainsi par exemple que le décret des 23-24-30 juil. 1793 qui prévoit la possibilité d'un recours de l'administration contre l'agent coupable de la perte d'un paquet chargé ou d'une lettre chargée ne peut être appliqué aux « lettres chargées à valeur déclarée » : C.E., 14 déc. 1934, *Dizier*, D.H. 1935, p. 120.

⁷⁰⁷ C.E., 10 juil. 1874, *Baron*, D.P. 1875,3,70 ; C.E., 20 fév. 1885, *Hubert*, D.P. 1886,3 p. 92.

⁷⁰⁸ C.E., 24 nov. 1916, *Lagarde*, Rec. p. 484.

⁷⁰⁹ Voir concl. JAGERSCHMIDT sur C.E., 4 déc. 1891, *Bastier*, D.P. 1893,3, p. 46.

⁷¹⁰ Concl. sur C.E., 16 avr. 1907, *Gleize*, S. 1909,3, p. 102.

⁷¹¹ Il satisfaisait pleinement E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, t. 1, p. 442 et s.

⁷¹² Voir M. WALINE, *De l'irresponsabilité des fonctionnaires et des moyens d'y remédier*, R.D.P. 1948, p. 14.

⁷¹³ Toutefois on peut supposer que la découverte des affaires de mauvais traitements à enfant, de bizutage, de pédophilie impliquant des agents publics, et la politique gouvernementale de dénonciation qui peut s'y ébaucher, sont symptomatiques d'une évolution souhaitable des mentalités administratives.

une entité que sur des hommes, moins culpabilisant pour le système dans son ensemble ? Le Conseil d'Etat a lui-même contredit l'argument tiré de l'équilibre du statut de l'agent, lorsqu'il a rejeté la même année toute action récursoire directe de l'administration contre son agent⁷¹⁴ et admis la possibilité pour ce dernier de se retourner contre elle pour obtenir remboursement de la part des conséquences dommageables d'une faute de service que le juge judiciaire aurait mis à sa charge⁷¹⁵. Lorsque la règle jurisprudentielle est devenue l'article 14-2 de la loi du 19 octobre 1946 qui protège les agents publics contre les condamnations civiles pour faute de service, il devait paraître impossible d'empêcher en sens inverse l'administration d'obtenir le remboursement des réparations non consécutives aux fautes de service⁷¹⁶. Accorder plus de droits aux fonctionnaires eut dû conduire à leur imposer plus de devoirs.

Plus la responsabilité des fonctionnaires et des élus sera engagée, plus la prévention des dommages par la sanction sera efficace et juste. Le problème est récurrent chez les auteurs spécialistes de la question. Pour L. ROGER « leur responsabilité n'a pas seulement pour objet la réparation du préjudice causé, elle a aussi un effet préventif et constitue une garantie efficace pour les droits des citoyens »⁷¹⁷. Cette considération nous amène à évoquer pour le révoquer l'argument d'opportunité autrefois très répandu selon lequel rendre les fonctionnaires responsables les conduirait à l'inertie⁷¹⁸. Il en serait ainsi inévitablement parce que les conséquences dommageables de la faute personnelle d'un agent sont souvent sans commune mesure avec leur solvabilité individuelle. Cela n'empêchait pourtant pas la loi de rendre les manipulateurs de deniers publics responsables pécuniairement de leur faute notait déjà APPLETON en commentant l'affaire *Poursines*⁷¹⁹.

Les auteurs ont pu par ailleurs remarquer que dans les années qui ont suivi la jurisprudence *Laruelle* on n'a pas constaté plus d'inhibition qu'auparavant⁷²⁰. Il est au moins une chose amusante dans cette question, c'est que parmi ceux qui brandissent le spectre de l'apathie administrative nous en trouvons qui minimisent les effets sanctionnateur et préventif

⁷¹⁴ Arrêt *Poursines* précité.

⁷¹⁵ C.E., 8 fév. 1924, *Raymond*, S. 1926,3, p. 17 note Hauriou.

⁷¹⁶ Voir M. DEGUERGUE, th. précitée, p. 499.

⁷¹⁷ L. ROGER, op. cit., p. 143.

⁷¹⁸ Voir L. MICHOU, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, R.D.P. 1895, t. IV, p. 1.

⁷¹⁹ précitée. D. 1924,3, p. 49.

⁷²⁰ Voir J.-C. MAESTRE, *Nécessaire mais juste responsabilité civile des agents publics*, Revue juridique et politique Indépendance et coopération 1973, p. 1093.

de la responsabilité des agents⁷²¹. L'inertie n'est certainement pas le meilleur moyen pour l'agent d'éviter toute responsabilité. De plus, l'argument est exagéré parce qu'il n'est tout de même pas difficile de se dispenser de commettre de faute personnelle⁷²². Ce débat ne devrait plus exister depuis 1951, pourtant il est encore au cœur de nos préoccupations et de l'actualité. Récemment, un arrêt du Tribunal des conflits a franchi encore une étape supplémentaire dans la surenchère à l'irresponsabilité accordée au fonctionnaire. Il a jugé que le faux en écriture publique commis par un agent de l'Equipement à la demande d'un maire, bien que condamné pénalement n'est pas une faute personnelle détachable de son service quelle que soit sa gravité⁷²³. Précédemment, la jurisprudence se référait à la gravité de la faute personnelle pour apprécier le lien avec les fonctions, mais dorénavant le Haut tribunal fait prévaloir la considération que l'acte commis l'a été avec les moyens du service et sans but personnel.

C'est parce que les réformes nécessaires à la mise en œuvre du système *Laruelle* n'ont pas eu lieu que la répression pénale est exacerbée aujourd'hui. Cette dernière qui est en revanche affranchie de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service⁷²⁴, peut engendrer la paralysie si on la laisse trop prendre le relais de ce qui aurait pu au moins être une responsabilité des agents au stade récursoire⁷²⁵.

2) *L'aléatoire responsabilité-sanction des agents au stade récursoire*

Ce n'est pas le juge administratif qui est à la source des carences de la fonction sanctionnatrice de la responsabilité pécuniaire. Il semble que la Haute Juridiction

⁷²¹ C'est le cas de L. MICHOU : « En droit public, l'idée de sanction pécuniaire vis-à-vis de l'Etat ne saurait être que bien accessoire ; cette sanction ne sera jamais un moyen suffisant, ni même un des meilleurs moyens pour obtenir l'accomplissement des obligations d'ordre supérieur qui incombent à l'Etat ». R.D.P. 1895, précité.

⁷²² Voir A. BIGOT D'ENGENTE, th. précitée p. 78.

⁷²³ T.C., 19 oct. 1998, *Préfet du Tarn*, D. 1999, juris. p. 127, note O. Gohin ; J.C.P. 1999, II, 10225, concl. Jerry Sainte-Rose et note A. du Cheyron.

⁷²⁴ T.C., 14 janv. 1935, *Thépaz*, Rec. p. 224 ; S. 1935, 3, 17, note Alibert.

⁷²⁵ De ce point de vue, la récente réforme restreignant la responsabilité pénale pour les délits non intentionnels concernant au premier chef les élus et les fonctionnaires paraît délicate à apprécier. En effet, le code pénal disposera dorénavant que les personnes ne seront pénalement responsables que « s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence et de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ». Art. 1^{er} loi n°2000-647 du 10 juil. 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. Il nous semble en tout cas très regrettable qu'aucun texte équivalent n'assure en contrepartie l'obligation pour l'administration de punir ces agents ou pour les juges d'assouplir la définition de la faute civile personnelle.

administrative n'ait jamais été indifférente à ces considérations. Hélas, cette partie de son travail est restée dans l'ombre parce qu'accomplie en dehors de la présence des victimes. Le Conseil d'Etat fait toujours preuve d'une plus grande sévérité dans l'appréciation des faits reprochés à l'agent au stade de l'action récursoire administrative. Cette phase du procès en responsabilité est primordiale. Elle confirme que le juge est loin d'avoir renoncé à corriger les comportements. A ce stade, il exclut la responsabilité sans faute comme fondement de mise en cause⁷²⁶, quelle que soit la qualité publique ou privée de la personne appelée en garantie⁷²⁷.

La faute fonde le régime de l'action récursoire, qu'elle soit de nature quasi-délictuelle⁷²⁸ ou contractuelle⁷²⁹. L'agent auteur d'une faute personnelle supportera le poids de l'entière condamnation à moins que l'on puisse imputer à l'administration une faute du service autonome, c'est-à-dire une faute non provoquée par les manœuvres de l'agent⁷³⁰, non artificiellement découverte par le juge du premier litige pour permettre de rattacher la faute personnelle à l'administration. Il en résulte que toutes les fautes personnelles non dénuées de tout lien avec le service devraient finir par faire peser le poids de la réparation uniquement sur l'agent. Par exemple, quand bien même dans la première instance d'obligation à la dette, on a reconnu l'existence d'un cumul de fautes, tel que résultant d'un défaut de surveillance, l'agent peine à s'en prévaloir ensuite pour s'exonérer partiellement⁷³¹. En effet, l'Assemblée du contentieux a énoncé parallèlement au principe de responsabilité des agents, celui selon lequel « la contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations doit être réglée par le juge administratif compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives constatées dans chaque espèce : »⁷³². Or, non seulement, comme on le sait déjà, la faute personnelle établie pour l'obligation à la dette est toujours une faute grave ayant donc toutes les chances d'absorber la quasi totalité de l'imputabilité du dommage, mais encore il est incontestable que l'appréciation des fautes est différente à ce stade second du contentieux.

⁷²⁶ C.E., 26 mai 1967, *Electricité de France c/Ent Vastel*, R.D.P. 1967 p. 1052.

⁷²⁷ Cf. Y. BRARD, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. dactyl. Caen 1975, p. 319.

⁷²⁸ C.E., 16 déc. 1977, *Société Mastelloto*, Rec. p. 993. - C.E., 21 déc. 1977, *Entreprise A. et J. Rodriguez*, Rec. p. 530.

⁷²⁹ C.E., Sect., 4 juil. 1980, *S.A. Forret et Cie*, Rec. p. 307 ; A.J.D.A. 1981, p. 318 note F. Moderne. - C.E., 29 avr. 1987, *S.I.E.P.A.R.C.*, Rec. p. 162 ; A.J.D.A. 1987, p. 530, concl. M. Roux. - C.E., Sect., 27 nov. 1987, *Société provençale d'équipement, commune d'Aubagne et autres*, Rec. p. 385 ; A.J.D.A. 1987, p. 770.

⁷³⁰ Ainsi Laruelle, militaire auteur d'une faute personnelle, a été finalement condamné au remboursement intégral des sommes versées par la puissance publique à la victime initiale.

⁷³¹ Ainsi en fut-il dans la célèbre affaire *Jeannier* : C.E., 22 mars 1957, Rec. p. 196 concl. Kahn ; S. 1958,32 concl. Kahn ; D. 1957, p.749, concl. Kahn, note Weil ; J.C.P. 1957,II,10303 bis note Lucas ; A.J.D.A. 1957,II,186 chron. Fournier et Braibant. Voir M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996, p. 74.

⁷³² C.E., A., 28 juil. 1951, *Delville*, mêmes références que *Laruelle*.

En tout état de cause, la faute personnelle se dédouble entre les deux phases du processus de réparation. En effet, il ne faut pas se méprendre sur le sens à donner à l'expression « faute personnelle détachable des fonctions » utilisée dans l'arrêt *Laruelle*. Il faut comprendre « faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions », sans quoi on ne saurait expliquer que la puissance publique ait eu à réparer dans un premier temps à la place de son agent⁷³³. La faute envisagée est à la fois la faute personnelle et la faute en service c'est-à-dire la faute par rapport aux obligations du service, la faute disciplinaire⁷³⁴. Ce dédoublement permet de retenir comme faute personnelle la faute contre le règlement⁷³⁵, indépendamment de ses conséquences effectives dans la production du dommage. Il en est ainsi lorsqu'un agent contribue à la dette de réparation pour avoir seulement participé au détournement d'un véhicule administratif⁷³⁶. Ce n'est pas la seule faute du chauffeur, faute civile, qui est retenue comme causale mais la faute contre le règlement commise par tout agent qui utilise « sciemment » un véhicule administratif à des fins étrangères au service. Il va sans dire que la faute personnelle est ici encore une faute d'une certaine gravité.

En cas de pluralité de fautes personnelles, les coauteurs du dommage sont tenus à l'égard de l'administration non pas solidairement mais à raison de leur faute personnelle propre⁷³⁷. Il est ainsi arrivé que le Conseil d'Etat condamne un gradé à un remboursement plus lourd que celui imposé aux autres militaires ayant détourné avec lui deux automobiles militaires, « tant en raison du sens plus élevé de la discipline qu'il lui appartenait d'avoir que de l'ascendant moral [...] que lui conférait son grade »⁷³⁸. Certes, un tel raisonnement peu paraître choquant car il fait fi de l'analyse rigoureuse de la causalité, à défaut de mieux, il satisfait au caractère préventif du jugement de responsabilité.

C'est dans le même esprit de sanction, mais sur d'autres bases, que le droit administratif permet de longue date, qu'un maire qui aurait causé des préjudices par ses fautes

⁷³³ Note J.-M. ALIBERT sous C.E., 21 nov. 1952, *Tesse*, S. 1953,3, p. 69.

⁷³⁴ Le Conseil d'Etat en annonçait la solution lorsqu'il précisait que « la décision rendue par le Conseil d'Etat sur l'action intentée contre l'Etat par la dame Marchand et qui mentionne d'ailleurs les faits susrelatés, n'a pas effet de chose jugée en ce qui concerne le litige qui s'est élevé ultérieurement entre l'Etat et le sieur Laruelle ».

⁷³⁵ Au stade récursoire un agent commet une faute personnelle par le simple fait d'abandonner pendant un temps l'itinéraire qui lui est imposé : C.E., 19 mai 1972, *Dicham*, R.D.P. 1973, p. 881.

⁷³⁶ C.E., A., 18 nov. 1949, *Delle Mimeur*, Rec. p. 492 ; D. 1950, p. 667 note J.G. ; R.D.P. 1950, p. 183 note Waline ; J.C.P. 1950,II,5286 concl. Gazier ; R.A. 1950, p. 38 note Liet-Veaux. C'est le constat de J.-M. BECET, article précité.

⁷³⁷ C.E., S., 22 mars 1957, *Jeannier*, précité.- C.E., 19 juin 1959, *Moritz*, Rec. p. 377 ; S. 1960,3,59, concl. G. Braibant ; A.J.D.A. 1959, p. 304, note R. DRAGO. - C.E., 18 nov. 1960, *Thilhaud*, Rec. p. 636 ; A.J. 1960, p. 189, chron. Galabert.

⁷³⁸ T.A. Châlon-sur-Marne, 1^{er} juil. 1957, *Coeuret*, Rec. p. 766.

de gestion, soit mis en cause par ses successeurs au nom de la commune⁷³⁹. Initié, par le juge judiciaire en vertu d'une compétence discutable⁷⁴⁰, le principe de la responsabilité des élus locaux a été maintenu sévèrement par le Conseil d'Etat toutes les fois que ceux-ci étaient coupables d'une faute grave⁷⁴¹. De fait, seuls les anciens maires sont mis en cause puisque c'est le maire qui, par arrêté, est seul compétent pour constituer débiteur l'auteur de faute dommageable pour la commune. La jurisprudence *Laruelle* avait corrigé cette inégalité de traitement inexplicable entre les élus, les comptables et les agents. Malheureusement la pratique n'a pu répondre à l'attente et c'est un sentiment d'échec qui s'est saisi de la doctrine quelques années plus tard.

J.-M. BECET a bien résumé la situation : « la règle générale demeure l'irresponsabilité pécuniaire des fonctionnaires, hormis certaines exceptions qui constituent autant d'injustices »⁷⁴². En l'état actuel du droit, la jurisprudence *Laruelle* est inutile et injuste. Qu'elle soit inutilisée, tout le monde en peut convenir en recensant le faible nombre de litiges dont les juridictions ont eu à connaître sur les actions récursoires de l'administration. Les recueils n'indiquent qu'une vingtaine de décisions en cette matière jusqu'en 1975⁷⁴³. Depuis, c'est un silence quasi permanent qui pèse sur la question⁷⁴⁴.

On a craint avec un tel système de contribution à la dette, fondé sur la distinction des fautes personnelles et de service, que les recours frappent uniquement les agents subalternes, tant il est vrai que la distinction de la faute et de la fonction n'est guère possible qu'aux échelons inférieurs⁷⁴⁵. Cette injustice là a été évitée puisque les recours n'ont jamais lieu. Pourtant, il existe quelques exceptions qui prennent dans ces conditions quelques reliefs. Injuste, le système l'est parce que les états exécutoires demandant remboursement des condamnations aux agents, ne frappent dans la pratique que les agents ou élus qui sont voués

⁷³⁹ Voir J.-Cl. Collectivités locales fasc. 12152.

⁷⁴⁰ Chambéry, 20 janv. 1873, D.P. 1874,2,47. - Dijon, 28 fév. 1873, D.P. 1875,5,90. - Aix, 27 janv.1899, D.P. 1900,2,27 ; Voir note APPLETON sous Poursines précitée.

⁷⁴¹ C.E., 21 nov. 1879, *Pastré*, Rec. p. 725. - C.E., 8 déc. 1882, *Pey*, Rec. p. 1013. - C.E., 3 juin 1892, *Guenebaut*, Rec. p. 530 ; S.1894,3, p. 54.

⁷⁴² *L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration*, Mél. Stassinopoulos, 1974, p. 165.

⁷⁴³ Ex. : C.E., Sect., 18 nov. 1960, *Tilhaud*, Rec. p. 636, A.J.D.A. 1960,I,189 chron. Galabert et Gentot. - T.A., Nantes, 10 fév. 1961, *Rouxel*, A.J.D.A. 1961 p. 505 concl. Clatin. - T.C., 22 nov. 1965, *Collin*, Rec. p. 820, D. 1966,J, p. 195 concl. Lindon ; A.J.D.A. 1966, p. 305 note J.-M. - C.E., 6 mai 1966, *Ministre des Armées c/Chedru*, Rec. p. 310 ; D. 1967,J,48, concl. Questiaux. - T.A., Paris, 18 janv. 1967, *Legroux*, Rec. p. 542. - C.E., 29 nov. 1967, *Le Bouffant*, Rec. p. 456. - C.E., 16 mai 1972, *Dicham*, R.D.P. 1973, p. 881.

⁷⁴⁴ Une enquête réalisée par C. LALUMIERE a montré que les tribunaux administratifs n'étaient pratiquement jamais saisis de telles actions récursoires. *La responsabilité pécuniaire des agents publics envers les collectivités publiques*, th. Rennes, 1968, dactyl. p. 145 et s.

au retour à la vie civile. Ainsi en est-il des conscrits auxquels le service de l'armée aime à rappeler la nécessaire discipline. Ce service est à lui seul à l'origine des trois quarts de ce contentieux⁷⁴⁶. De la même façon, un maire est parfois poursuivi par son ancienne administration⁷⁴⁷. Les autres hypothèses de recours ont toujours concerné des agents qui n'étaient plus en fonction⁷⁴⁸ ou de faux agents⁷⁴⁹. C'est ainsi que dans le domaine contractuel peuvent s'épanouir ces demandes en garantie dans les cas où les contrats correspondent à une prestation vouée à ne pas durer. S'agissant de ses cocontractants, la puissance publique ne devrait pas avoir de scrupule à se retourner contre eux. La compétence appartient dans ce cas au juge du contrat, au juge administratif si le contrat est de droit public⁷⁵⁰.

3) Des réformes tendant à assurer la discipline effective des comportements des agents

La fonction sanctionnatrice de la responsabilité est inexploitée et le principe d'égalité devant la loi est méconnu si, de fait et de droit, certains agents sont seuls passibles des actions récursoires à caractère disciplinaire. En pratique, l'appréciation discrétionnaire de l'opportunité de telles poursuites choque. Il serait souhaitable que l'administration soit obligée de se retourner contre tous les auteurs de fautes personnelles indistinctement, et qu'en ce domaine, l'autorité hiérarchique perde tout pouvoir discrétionnaire⁷⁵¹. Mais, bien meilleure serait la garantie apportée par un juge qui se verrait attribuer le pouvoir d'appeler à l'instance l'agent en même temps que l'administration, ce qui impliquerait peut être, pour une bonne administration de la justice, d'attribuer la compétence de toute une affaire à un seul juge⁷⁵².

⁷⁴⁵ Concl. KAHN sur *Jeannier* précité.

⁷⁴⁶ J.-M. BECET, *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers*, L.G.D.J. 1969, p. 217 et s.

⁷⁴⁷ Par ex. C.E., Sect., 21 nov. 1953, *Tesse*, Rec. p. 523 ; S. 1953,3,69, note Auby : action d'une commune contre son ancien maire pour engagement de dépenses sans intérêt communal. - C.E., 21 janv.1985, *Hospice de Chateauneuf-du-Pape et Commune de Chateauneuf-du-Pape c/ Jeune*, Rec. p. 519 ; R.D.P. 1985, p. 1356, note R. DRAGO ; R.F.D.A. 1985 p. 716, obs. Denoix de Saint-Marc : action d'une commune et de l'hospice communal contre l'ancien maire en raison du comportement de celui-ci dans l'exercice de ses fonctions.

⁷⁴⁸ C.E., 15 juil. 1964, *Hôpital-Hospice d'Aulnay-sur-Odon*, Rec. p. 410 ; R.D.P. 1964, p. 1010, note M. Waline ; A.J. 1964, p. 555, chron. Fourré et Puybasset : action d'un hôpital contre son chirurgien accusé d'avoir « liquidé » le service chirurgical au moment de sa démission.

⁷⁴⁹ C.E., Sect., 19 juin 1953, *Carion*, Rec. p. 299 : action de l'Etat contre un comptable de fait.

⁷⁵⁰ T.C., 14 mai 1990, *G.I.E. Copagau-Copagly-Taxitel*, Rec. p. 394 : action de la ville de Paris contre son concessionnaire qui a endommagé des véhicules particuliers au cours de sa mission de mise en fourrière.

⁷⁵¹ M. WALINE, *De l'irresponsabilité des fonctionnaires et des moyens d'y remédier*, R.D.P. 1948, p. 14.

⁷⁵² J.-M. BECET, article précité. Voir aussi J.-C. MAESTRE, article précité.

C'est une réforme certes importante qui serait à entreprendre mais l'inefficacité du système présent la justifie.

La pratique jurisprudentielle actuelle accentue les inégalités en ce qu'elle a pour effet d'exonérer surtout les agents les plus élevés dans la hiérarchie. En effet, il faut que le préjudice dont l'administration demande réparation à son agent soit d'une consistance matérielle facilement vérifiable et évaluable en argent. En somme, les comportements graves qui troublent le fonctionnement du service, portent atteinte à son crédit n'engendrent aucune responsabilité pécuniaire puisqu'ils ne peuvent être chiffrés. Ainsi par exemple, la recherche d'un intérêt purement personnel dans la passation d'un contrat ne débouche pas sur une réparation autre que celle consistant au surcoût d'un marché pour la collectivité. « Ce sont donc les dommages les moins importants, ceux qui perturbent le moins la vie du service et n'ont souvent que peu de rapport avec une quelconque absence de moralité de la part de l'agent, qui peuvent faire l'objet d'une réparation pécuniaire. On mesure à quel point est oublié l'aspect disciplinaire de cette responsabilité ».⁷⁵³

Harmoniser systématiquement les responsabilités selon que l'auteur d'un dommage est un agent ou un élu doit être un souci permanent de toute refonte du système. Par-là on revient sur cette discrimination non juridiquement fondée entre les agents non permanents et permanents de la puissance publique. Il serait dangereux de laisser en ce domaine l'initiative au seul droit pénal qui risque quant à lui de niveler les comportements dans une peur commune. C'est sur ce point une bonne chose que la loi du 16 mai 1996 ait obligé le juge répressif à user des règles élaborées par la jurisprudence administrative pour l'appréciation des manquements administratifs à l'égard de tous les décideurs publics⁷⁵⁴. L'harmonisation des règles de responsabilité devrait passer par la consécration législative d'une solution jurisprudentielle qui corrige les rigueurs du code civil imputant la responsabilité des dommages causés par le service de l'état civil aux seuls maires à l'exclusion de celle de l'Etat⁷⁵⁵. Actuellement, la distinction de la faute personnelle et de la faute de service n'y étant pas faite et la compétence appartenant à la juridiction judiciaire s'agissant d'un service

⁷⁵³ J.-M. BECET, *ibid.* p. 178.

⁷⁵⁴ Désormais « les fonctionnaires et autres personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargés d'une mission de service public ne peuvent être condamnés pénalement, pour une infraction d'imprudance ou de négligence commise dans l'exercice de leurs fonctions, que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli toutes les diligences normales, compte tenu des moyens dont ils disposaient et de la nature des missions qui leur sont confiées ». Sur la prise en compte des moyens et de la nature des missions confiées dans l'appréciation de la faute de service. Voir *infra* p. 350.

⁷⁵⁵ Voir J. BENOIT, J.-Cl. Collectivités locales, fasc. 12152 n° 86 et s.

touchant à l'état des personnes⁷⁵⁶, le maire est tenu en vertu des articles 1382 et 1384 du code civil de réparer les dommages causés par sa moindre faute ou par celle de ses préposés. Fort heureusement, il se pourrait depuis quelques années que la Cour de cassation incite à la distinction de la faute personnelle et de la faute de service imputable à l'Etat puisqu'après avoir rejeté l'action contre un officier d'état civil pour insuffisance de preuve de sa faute personnelle, elle a relevé que la cour d'appel n'avait pas été saisie d'une action « mettant en cause le fonctionnement du service public »⁷⁵⁷.

Poser clairement le caractère disciplinaire de la responsabilité pécuniaire des agents ne pourra que mieux justifier les solutions jurisprudentielles. Parmi elles, une nous préoccupe particulièrement, il s'agit de la compétence juridictionnelle administrative pour connaître du recours des agents contre les états exécutoires délivrés contre eux. Puisque la faute reprochée est aussi la faute contre le règlement, ce sont bien les obligations de service des agents qui sont soumises à interprétation. Il s'agit pour le juge d'assurer la moralité administrative⁷⁵⁸. Non seulement les agents de l'administration doivent être, tout comme les préposés devant leur commettant, responsables au stade récursoire⁷⁵⁹, mais ils doivent l'être également et particulièrement de sorte à répondre aux exigences d'excellence des services publics. C'est parce que le fond du litige est de droit public qu'il est même possible d'attribuer compétence

⁷⁵⁶ C.E., 13 mai 1959, *Bottiau*, Rec. tables p. 943. - T.C., 17 juin 1991, *Maadjel*, D.A. n° 380.

⁷⁵⁷ Cass. Civ 1^{ère}, 28 avr. 1981, *Dame P c/ Consorts Le F.* ; D. 1981 p. 557 note Massip ; R.T.D.C. 1982, p. 148, obs. G. Durry.

⁷⁵⁸ Voir J. CHEVALLIER, *La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative*, J.C.P. 1970, I, 2323.

⁷⁵⁹ La doctrine a suffisamment dénoncé cette inégalité de fait entre préposés privés et agents publics. A moins d'une obligation faite à l'administration de recourir contre son agent auteur de faute personnelle on ne la corrigera pas. Mais l'harmonisation peut aussi provenir du droit privé qui serait bien inspiré de généraliser une jurisprudence consacrant la distinction des fautes personnelles et de service. On sait que l'article 1384 al. 5 autorise l'exonération du commettant pour les cas où le préposé s'est placé hors de ses fonctions mais il n'a guère été envisagé l'hypothèse de l'absolution du préposé qui aurait agit dans ses strictes fonctions. C'est donc avec satisfaction qu'il faut lire cette jurisprudence récente de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a rejeté l'action d'une entreprise victime de concurrence déloyale contre les préposés d'une société qui avaient agi dans le cadre de leurs fonctions, ce qui excluait leur faute personnelle. Voir Cass. Com., 12 oct. 1993, *S.A. des Parfums Rochas*, D. 1994, p. 124, note Viney. - Cass., A.P., 25 fév. 2000, *Costedoat c./Girard et autres*, D.2000, IR p. 85; J.C.P. 2000, II, 10295, concl. R. Kessous, note M. Billiau. On se rappellera cependant que la jurisprudence judiciaire applique déjà une sorte de distinction entre les fautes personnelles et de service lorsqu'elle rejette la demande en dommages et intérêts de l'employeur contre son préposé en l'absence de faute lourde de ce dernier dans l'exécution de sa prestation de travail. En effet, cette solution imposée souvent par la loi du 13 juillet 1930 interdisant à l'assureur de l'employeur de se retourner contre l'employé, sauf à prouver sa faute intentionnelle, a inspiré le même parallèle en matière de responsabilité contractuelle du salarié envers son employeur, qui doit alors établir la « faute lourde équipollente au dol ». Ainsi, depuis une cinquantaine d'années, l'action récursoire est tombée en désuétude en droit privé, sauf faute intentionnelle lourde du salarié. Voir G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ème éd. L.G.D.J. 1998, n°811-1. Mais ces solutions anciennes ne mettaient pas le salarié à l'abri de l'action directe de la victime tiers comme le fait la jurisprudence administrative.

au juge administratif à ce stade du contentieux lorsque des textes législatifs ont donné aux tribunaux judiciaires à connaître des actions en indemnités des victimes. L'intérêt de constituer des blocs de compétence à l'égard des fautes personnelles n'est pas pertinent compte tenu de la double nature de cette faute. Ce sont bien les obligations de service, le droit de la fonction publique accessoirement, qui font l'objet de l'examen du juge. Sa compétence est alors toute naturelle. Elle l'est d'autant mieux si l'on veut reconnaître que c'est alors en tant que juge du contrat de fonction publique qu'il est saisi. Il n'est selon nous pas plus choquant d'envisager une responsabilité disciplinaire contractuelle pour faute contre le règlement⁷⁶⁰, que de constater celle d'une personne privée qui méconnaît des clauses imposées par la loi⁷⁶¹.

Ainsi la loi du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux juridictions judiciaires pour les actions en indemnités nées d'accidents de véhicules n'a pas empêché que le juge administratif connaisse de l'action récursoire de l'administration contre son agent⁷⁶². Pour les mêmes raisons nous pensons qu'il faudra en ce sens lever le doute sur la juridiction compétente pour connaître de l'action récursoire de l'Etat contre un « membre de l'enseignement »⁷⁶³, malgré la loi du 5 avril 1937. On connaît sur ce point la position contestable⁷⁶⁴ de la Cour de cassation en faveur de sa propre compétence⁷⁶⁵. La loi de 1937 fournit elle-même l'occasion de son interprétation restrictive puisqu'elle constitue une exception au principe de compétence administrative et qu'elle prévoit ne pas déroger au « droit commun » quant au juge habilité à connaître de l'action récursoire de l'administration. Une première difficulté consiste à fixer ce qu'était le droit commun de l'action récursoire contre un agent public en 1937 afin de déchiffrer l'intention du législateur. Une seconde réside dans l'opportunité de maintenir la solution actuelle, même fondée sur l'esprit originaire de la loi, alors que le Tribunal des conflits a déterminé la compétence administrative comme

⁷⁶⁰ Règlement qui selon nous n'est pas à proprement parlé imposé.

⁷⁶¹ Par exemple de celle qui peut naître au sein d'une personne morale associative.

⁷⁶² T.C., 22 nov. 1965, *Préfet de Seine Maritime c/ Cour appel Rouen, affaire Collin*, Rec. p. 820 ; D. 1966 p. 195 concl. Lindon ; A.J. 1966 p. 304 note Moreau.

⁷⁶³ La loi est applicable aux enseignants du primaire et du secondaire, y compris des établissements privés sous contrat avec l'Etat en vertu d'un décret du 22 avril 1960, à l'exclusion du supérieur dans lequel il n'existe pas d'obligation de surveillance pendant les enseignements normaux. A contrario : C.E., 20 déc. 1985, *Melle Irissou*, Rec. p. 387, étudiante blessée pendant un enseignement sportif. Voir J. FIALAIRE, *Le contentieux de la responsabilité dans le domaine de l'enseignement*, J.C.P. 2000, I,204 p. 239.

⁷⁶⁴ Au juris-classeur ad. Fasc. 806, n°169. Voir aussi F. ROQUES, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, A.J.D.A. 1991, p. 84. Cf. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J., 1984, t.1, n° 557, p. 714.

⁷⁶⁵ Cass. Civ., 25 mars 1954, *Lohner c/ époux André et autres*, D. 1954, p. 400. Voir aussi C.appel de Nîmes, 18 avr. 1953, J.C.P. 1953,II,7694, note Gal.

celle de droit commun pour les litiges opposant l'administration à ses agents⁷⁶⁶. Mais nous n'obtiendrons pas de réponses à nos interrogations tant que l'administration ne se retournera pas contre ses enseignants auteurs de faute personnelle.

La seule exception légitime au principe que nous avons défini est celle qui réserve au juge judiciaire la connaissance des actions récursoires de l'Etat contre les magistrats auteurs de faute personnelle, parce qu'elle procède du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. Sur ce point la loi du 18 janvier 1979 répond à un impératif supérieur à tout autre dans un état de droit⁷⁶⁷.

Mieux que de justifier la compétence du juge administratif pour la seule action récursoire, nous pensons que c'est à lui que l'ensemble du procès devrait échoir. Selon J.-M. BECET, il apparaît important de confier l'ensemble des questions soulevées par un dommage à un même juge, si l'on veut éviter des contrariétés de décisions qui tiennent à ce que les deux ordres juridictionnels n'ont pas la même conception de la causalité et n'appliquent pas les mêmes règles en cas de pluralité d'auteurs du même fait dommageable.

Cette seule considération ne suffit pas, à notre sens, pour justifier une réforme qui porterait inévitablement atteinte à la séparation des autorités administratives et judiciaires et qui soulèverait des difficultés juridiques exceptionnelles. On sait que les contrariétés de jugement sont rares et il est de plus en plus clair que les techniques juridiques d'engagement de la responsabilité sont très proches, tout du moins tenterons-nous d'en convaincre plus loin. Compte tenu par ailleurs de la très utile double nature de la faute personnelle, il n'apparaît pas opportun de proposer un système dans lequel un même juge statuerait toujours sur la responsabilité personnelle de l'agent à l'égard des tiers victimes et sur celle de l'agent à

⁷⁶⁶ T.C., 26 mai 1954, *Moritz* précité.

⁷⁶⁷ Ce texte est le complément nécessaire de l'article 11 de la loi du 5 juil. 1972 qui organise la responsabilité étatique pour faute lourde ou déni de justice en ces termes :

« L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou un déni de justice. La responsabilité des juges à raison de leur faute personnelle est régie par le statut de la magistrature en ce qui concerne le corps judiciaire et par des lois spéciales en ce qui concerne les juges composant les juridictions d'attribution. L'Etat garantit les victimes des dommages causés par les fautes personnelles des juges et autres magistrats, sauf son recours contre ces derniers ». La loi du 19 janvier 1979 vient donc ajouter un article 11.1. à la loi organique du 22 déc. 1958 portant statut de la magistrature ainsi rédigé : « Les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles. La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur action récursoire de l'Etat. Cette action récursoire est exercée devant une chambre civile de la Cour de cassation ». Pour les juges composant les juridictions d'attribution, les lois spéciales prévues par la loi de 1972 ne sont pas encore intervenues. En application de la jurisprudence *Giry*, il faut supposer que leur responsabilité relève des tribunaux judiciaires appliquant pour ce faire le droit commun de la responsabilité des agents publics.

l'égard de la puissance publique⁷⁶⁸. Afin d'éviter ce qui serait un gâchis, il serait souhaitable d'utiliser un vocabulaire différent pour désigner la faute personnelle lorsqu'elle est détachable du service ou lorsqu'elle s'y rattache⁷⁶⁹. Sous son second visage, on pourrait la nommer faute disciplinaire⁷⁷⁰. En revanche, un moindre effort serait envisageable, s'il permettait une économie de temps à tous les acteurs du procès, procès qui serait unique et tripartite. En une même instance, le juge reconnaîtrait la responsabilité de l'administration et condamnerait éventuellement l'agent à réparer le dommage qu'il a causé à cette dernière. L'action de celle-ci n'étant plus alors conçue comme secondaire, elle ne serait plus une simple demande en remboursement. Il deviendrait alors tout à fait possible de réclamer contre l'agent réparation des conséquences non matérielles de sa faute personnelle, ce qui rétablirait l'injustice que nous évoquions précédemment. Ce juge unique serait bien évidemment selon nous le juge administratif, seul apte à donner toute sa dimension disciplinaire à la responsabilité pécuniaire de l'agent. De plus, ce juge serait le même dans le cas où le dommage a été causé à l'administration directement et non à un tiers. Mais une telle réforme du droit positif ne pourrait, en raison de l'impossibilité pour le juge de statuer *ultra petita*, que s'accomplir par des dispositions législatives. Encore faudrait-il que le législateur soit convaincu par les justifications de la responsabilité-sanction en droit administratif.

§2 Justifications de la responsabilité-sanction en droit administratif

On a avancé l'opinion que la responsabilité civile ne peut avoir pour objet de réprimer puisque la responsabilité pénale des individus, des agents, veille à remplir cette fonction. En tout état de cause, cette fonction ferait double emploi avec la responsabilité pénale qui a toujours été largement admise à l'égard des fonctionnaires. Ne risque-t-on pas le mélange des

⁷⁶⁸ C'est pourtant, semble-t-il, la position de J.-M. BECET : « il est nécessaire [...] que toutes les espèces dans lesquelles responsabilité de l'administration et responsabilité de l'agent peuvent être recherchées soient examinées par le même juge, qui réaliserait l'unité des concepts de la faute personnelle et de la faute de service ». Ibid., p. 184.

⁷⁶⁹ C'est bien ainsi qu'il faut comprendre la formule célèbre du commissaire du gouvernement BLUM : « La faute se détache peut-être du service mais le service ne se détache pas de la faute ».

⁷⁷⁰ C'est ce que propose J. MOREAU dans sa note à l'A.J.D.A. 1966, p. 304, sous T.C., 22 nov. 1965, *Collin*, précité.

genres, mélange d'autant plus accentué lorsque la responsabilité s'intéresse à ceux qui sont en charge de l'ensemble de l'administration, les gouvernants par ailleurs politiquement responsables ? Afin de répondre à cette question, nous devons savoir si la sanction offerte par le juge administratif serait justifiée en l'état actuel de notre système juridique global (A), puis nous devons chercher quel raisonnement juridique peut légitimer cette fonction en droit administratif (B).

A) Une fonction justifiée au regard des inconvénients d'autres formes de responsabilité

Le système français permet aux victimes de se constituer partie civile sans même poursuivre une indemnisation⁷⁷¹. En ce cas, le désir de vengeance auquel répond la sanction pénale est satisfait. Mais le procès pénal a ses limites. Nous savons que le procès administratif, quant à lui, exclut la prescription pénale, que le demandeur ne s'expose pas à une contre-attaque sous forme de responsabilité en cas d'acquiescement, de non-lieu ou de relaxe du prévenu. La réforme du code pénal a relancé cependant cette voie de droit qui ne cesse de provoquer l'inquiétude dans les rangs des administrations. La responsabilité pénale est mal acceptée par les autorités administratives et les fonctionnaires. Dans l'esprit du commun, elle est la sanction des crimes, des délits et des infractions les plus graves qui supposent une intention ou une carence coupable. Elle est encore moins comprise lorsque l'ordre public est troublé par des agissements fréquents mais objectivement hors la loi car non suffisamment encadrés légalement. La responsabilité pénale est-elle la réponse la mieux adaptée à ces problèmes ? Ne doit-on pas la réserver aux espèces dans lesquelles la société est réellement la première victime de la faute ? Bien souvent, l'ordre public est artificiellement surajouté comme victime à une autre personne qui est ponctuellement lésée. La responsabilité civile ne serait-elle pas dans ces hypothèses le juste compromis pour l'autorité administrative qui accepte sa responsabilité mais pas sa culpabilité ? N'est ce pas une satisfaction

⁷⁷¹ Cette règle apparaît juste si l'on veut contrebalancer le dangereux principe d'opportunité des poursuites laissé à l'appréciation d'un parquet dépendant du pouvoir administratif. Cass. crim. 22 janv.1953, *Flandin*, D. 1953, p. 109, rapport Patin.

raisonnable pour la victime directe de voir reconnaître par une juridiction une faute inexcusée de l'administration dont les citoyens informés connaissent les responsables ?

Nous interrogeant sur la forme de responsabilité la mieux adaptée à l'égard des gouvernants en cas de dommages anormaux causés aux gouvernés, nous suggérons la responsabilité pécuniaire administrative en premier lieu. Pour les raisons évoquées plus haut, la responsabilité pénale bien qu'ayant pénétré fortement le droit public, aura le plus grand mal à s'appliquer effectivement aux membres du gouvernement malgré la révision constitutionnelle de 1993⁷⁷². Les ministres sont passibles de la Cour de Justice de la République pour les crimes et délits de droit commun⁷⁷³. C'est pour eux une garantie de non intervention des juridictions ordinaires pour tous les « actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions ». Pour les infractions qu'ils commettent dans l'exercice de ces mêmes fonctions, leur immunité pénale est en revanche complète, ce qui peut faire obstacle à l'adjonction de demandes civiles en réparation dans ces cas. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation donne un sens extensif à cette disposition⁷⁷⁴.

Combinée avec la procédure particulière qui caractérise une juridiction d'essence politique dans un régime où la majorité parlementaire est changeante, la justice politico-pénale ne peut que très tard répondre au besoin de justice des victimes et ne satisfaire pleinement personne. Encore une fois, le cas des ministres mis en cause dans l'affaire du sang contaminé en témoigne, puisque l'arrêt a été rendu quatorze ans après les faits, en soulevant de forts mécontentements⁷⁷⁵. Cela n'est pas anormal diront les constitutionnalistes, parce que la responsabilité politique est le principe, la responsabilité pénale est l'exception⁷⁷⁶. Pour les victimes, l'analyse est faite en sens inverse, sans doute parce qu'elles réclament une reconnaissance de responsabilité à leur égard. C'est là l'avantage de la responsabilité administrative, sanction raisonnablement personnalisée, qui s'accompagne toujours de la réponse à la demande indemnitaire. C'est aussi la solution la moins attentatoire au principe de

⁷⁷² Loi constitutionnelle du 27 juil. 1993.

⁷⁷³ Art. 68-I de la Constitution du 4 oct. 1958.

⁷⁷⁴ Cf. O. BEAUD, *La renaissance de la compétence concurrente pour juger pénalement les ministres*, D.1998, chron. p. 177.

⁷⁷⁵ Cour de Justice de la République, 9 mars 1999, *Dufoix, Fabius, Hervé*, R.D.P. 1999, p. 329.

⁷⁷⁶ Voir O. BEAUD, *Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité des ministres et sur la criminalisation du droit constitutionnel*, R.D.P., 1997 p. 995.

séparation des pouvoirs. Cette voie qui consisterait à permettre à l'administration de se retourner contre un ministre n'a pas été assez explorée⁷⁷⁷.

Mais, puisque la sanction dont nous voulons discuter l'utilité concerne l'administration et non les hommes pris en leur qualité d'individu, il faut noter que la responsabilité pénale des personnes morales de droit public apparaît fort limitée même depuis la réforme du code pénal. L'Etat est exclu de cette réforme, et ne peut être poursuivi répressivement⁷⁷⁸. Les collectivités locales et leurs groupements ne peuvent être mis en cause que pour des actes commis dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public⁷⁷⁹.

En définitive, seuls les établissements publics autres que les groupements locaux sont largement condamnables. Comment comprendre cette gradation des responsabilités et surtout cette immunité laissée par le législateur à l'Etat? Nous sommes persuadé que ce qui a déterminé le législateur au-delà de ses hésitations est une survivance de l'idée que l'Etat ne peut mal faire. Et cela est tout à fait fondé. L'Etat est la plus parfaite des personnes morales. C'est un être créé pour le bien, il ne peut donc vouloir le mal⁷⁸⁰. Soit, mais nous ne comprenons alors pas très bien pourquoi les autres collectivités publiques, elles aussi destinées au bien commun, connaissent cette responsabilité infamante.

Notre conception fournit un début d'explication en relevant que, c'est à l'échelle nationale que les citoyens ont consenti à un devenir commun. Le contrat social est enregistré comme acte authentique dans les mains de Marianne et de nul autre. Il est exposé par l'ensemble du peuple français dans le Préambule de la Déclaration de 1789 que les droits sont institués pour « le bonheur de tous ». Mais, cet argument n'est pas à lui seul suffisant, car les personnes publiques sont des démembrements juridiques de la puissance publique nationale⁷⁸¹. De telle sorte que, au-delà de la personne publique condamnée, c'est toujours la société qui est responsable. La responsabilité publique « n'est qu'une responsabilité collective

⁷⁷⁷ L'action récursoire ne serait engagée qu'après la fin des fonctions du ministre de la même façon qu'il en est pour un maire mis en cause par son successeur. S'agissant d'un membre politique de l'administration cela n'est pas choquant et tend au contraire à accorder une immunité temporaire souhaitable.

⁷⁷⁸ Art. 121-1 nouveau code pénal.

⁷⁷⁹ Art. 121-2 al. 2. nouveau code pénal.

⁷⁸⁰ Cf. supra p. 67.

⁷⁸¹ Nous ne sommes pas loin d'imaginer d'ailleurs que les collectivités locales existent aussi en vertu d'un additif de contrat social, reprise d'un contrat social antérieur au contrat national. Il est incontestable que les humains de toujours sont d'abord réunis dans un groupe un peu plus large que la famille, une communauté villageoise. Mais ce point dépasse le champ de notre étude car il conduit par exemple à s'interroger sur la raison symbolique de la permanence d'une chambre parlementaire représentant les collectivités locales, comme si elles consentaient au contrat social elles aussi, par imitation du système fédéraliste.

qui se cristallise sur une personne fictive, l'Etat, représentant des intérêts généraux »⁷⁸². Etant dans l'impossibilité de justifier l'inégalité de traitement en matière pénale entre l'Etat et les autres collectivités publiques⁷⁸³, il nous semble que c'est toute responsabilité pénale qui devrait être proscrite contre les personnes publiques. Cela serait d'autant plus souhaitable que la responsabilité-sanction nous apparaît logique dans le droit de la responsabilité civile administrative.

B) Une fonction logique dans le droit de la responsabilité civile administrative

Il n'est pas possible de nier l'existence de la responsabilité-sanction en droit administratif en se contentant d'affirmer sans aucune forme de débat que « la responsabilité-sanction ne concerne que les personnes physiques »⁷⁸⁴. D'une part, cela est inexact en droit positif comme nous l'avons démontré puisque les jugements sont bel et bien vécus de la sorte. D'autre part, la sanction conçue comme la censure du comportement propre à l'institution est tout à fait défendable. Comme nous aurons l'occasion de le développer⁷⁸⁵, la responsabilité de la puissance publique est selon nous toujours une responsabilité de son fait personnel, ce sont ses obligations qui sont transgressées et sanctionnées. Nous adhérons de ce point de vue à la théorie de Boris STARCK. Ce que nous y ajoutons est que cela est d'autant plus indiscutable que ces obligations dont la méconnaissance est sanctionnée sont d'essence contractuelle.

Admettre l'existence d'une responsabilité-sanction poserait un délicat problème de rétroactivité selon certains arguments résumés par L. DE GASTINES⁷⁸⁶. Reprenant le constat

⁷⁸² H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999, p. 449.

⁷⁸³ L'argument tiré de ce que l'Etat ne peut se condamner lui-même pénalement nous semble totalement infondé, car en tout état de cause, il devrait jouer pour toute condamnation à son égard par quelque juridiction qui soit. L'idée est en outre dangereuse car elle replace la fiction de la souveraineté étatique dans un système juridique qui n'a plus besoin d'elle.

⁷⁸⁴ L. DE GASTINES, *La responsabilité extra-contractuelle des personnes morales publiques*, R.D.P. 1992, p. 141. Reprise d'une idée très classique. Voir G. MORANGE, *chron. S.* 1937,3, p.52.

⁷⁸⁵ Cf. *infra* p. 493 et s.

⁷⁸⁶ L. DE GASTINES, *ibid.*

tout à fait pertinent⁷⁸⁷ que la faute n'est pas « la violation d'une obligation préexistante » telle que l'entendait la doctrine classique, mais bien le résultat d'un jugement porté par le magistrat interprétant la loi *a posteriori* des événements dommageables, on serait conduit à réfuter que la responsabilité civile constitue une sanction. Pourtant, nous ne voyons pas de différence majeure avec de nombreuses applications du droit pénal pour lesquelles la sanction ne sera que le résultat d'une interprétation du juge *a posteriori* du comportement qu'il fallait ne pas avoir en l'espèce. C'est que le problème se pose en toute hypothèse de responsabilité dans la mesure où la loi ne fait que poser un devoir général de comportement. De ce point de vue, il faut adhérer à l'explication de C. EISENMANN pour qui, « si obligation préexistante signifie obligation antérieure au jugement et même à l'espèce, parce qu'elle est statuée dans la loi, Planiol avait tort. Mais s'il voulait marquer [...] que faute suppose règle, que par conséquent, la règle présente nécessairement une antériorité logique à la faute, Planiol avait raison. »⁷⁸⁸. En somme, le choix du mot « préexistant » était maladroit en ce qu'il jetait le voile sur le caractère éminemment jurisprudentiel du droit de la responsabilité civile. Mais alors comment résoudre cette délicate question de définition qui va selon nous au-delà du problème de la faute ?

Selon J. LUCHET, il n'y a pas d'obligation préexistante en l'absence de contrat car ce serait confondre les « devoirs généraux de ne pas nuire à autrui injustement » (affirmés comme une obligation par Planiol, Ripert, Demogue et Esmein) avec l'obligation juridique proprement dite qui suppose au préalable qu'ait été restreinte la liberté naturelle de l'individu par un rapport de droit spécial⁷⁸⁹.

H. CAPITANT partageait cet avis que dans la responsabilité délictuelle, l'acte dommageable, n'est pas la violation d'un rapport de droit antérieur. L'auteur écrit : « il n'intervient pas à l'occasion d'une obligation préexistante. C'est lui qui fait naître l'obligation »⁷⁹⁰. C'est une étape de pensée que nous ne souhaitons pas atteindre si elle aboutit à nier l'existence d'une obligation de ne pas nuire mais seulement un devoir, la seule obligation étant alors de réparer les conséquences d'un manquement au devoir. Nous préférons penser qu'il existe deux obligations, une première obligation indéterminée de ne pas

⁷⁸⁷ Voir C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, L.G.D.J. 1982-83, p. 832 ; J. LUCHET, *L'arrêt Blanco, La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*. Les presses modernes, Paris 1935, p. 34 et 35.

⁷⁸⁸ *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 832.

⁷⁸⁹ BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, 3^{ème} éd. XII, t. 1, 1906, cité par J. LUCHET, op. cit. p. 35.

⁷⁹⁰ *Obligations de voisinage*, Revue Critique, 1900, p. 167, n°1 cité par J. LUCHET, ibid.

nuire et une seconde déterminée de réparer. La faute peut être alors à la fois le manquement à une obligation préexistante et le manquement à une obligation seulement existante en ce que tant que le droit n'est pas reconnu par le jugement ou par un accord entre victime et responsable, on doit adopter la même fiction qui considère en droit pénal le prévenu comme innocent jusqu'à déclaration de sa culpabilité. Néanmoins, loi civile comme loi pénale ne peuvent avoir d'effet rétroactif lorsqu'elles sanctionnent, et il faut bien admettre pour cette raison que le devoir général de ne pas nuire à autrui est déjà une véritable obligation, certes générale, mais qui se précise dans les circonstances de chaque espèce au moment du fait dommageable. C'est le juge qui apprécie, non en fonction du devoir trop général au départ, mais en l'espèce, quel aurait dû être le comportement du responsable au moment du fait générateur, c'est-à-dire juste avant le dommage. Cela apparaît de manière flagrante au publiciste qui sait bien que « le Conseil d'Etat ne juge pas la faute d'après un critère préétabli, tel que la conduite d'un bon père de famille ; il examine dans chaque cas s'il y a eu faute, en tenant compte de toutes les circonstances de fait »⁷⁹¹.

La faute est donc le manquement à un devoir préexistant mais insuffisamment déterminé pour expliquer la responsabilité, devoir qui se traduit en une obligation déterminée de comportement au moment de la survenance du dommage. Pour nous, le devoir général initial peut être déjà considéré comme une obligation dans la mesure où il trouve sa source dans un accord de volonté, même en dehors des cas de responsabilité contractuelle *stricto sensu*. Les devoirs généraux qui pèsent sur l'administration sont ceux d'une promesse acceptée.

Il n'échappe à personne que la responsabilité civile envisagée comme sanction pose le problème de la proportionnalité de celle-ci à la gravité des fautes commises. De petites fautes peuvent occasionner des dommages étendus tandis que des fautes lourdes peuvent n'engendrer que de minimales obligations de réparer. Mais il faut remarquer que la sanction de type pénal n'est pas non plus toujours proportionnée au résultat de l'acte incriminé, parce que l'on cherche par-là à réprimer des comportements dangereux qui auraient pu conduire à pire ; par la sanction, on punit dans une espèce donnée mais aussi on tend à prévenir en général.

Si la responsabilité civile n'a pas pour objet premier la sanction, il n'est pas exclu qu'elle ait cet effet. La notion de dangerosité prend un relief particulier sous cet éclairage⁷⁹²,

⁷⁹¹ M. WALINE, *Traité de droit administratif*, Sirey 9ème éd. 1963, n° 1520, p. 863.

⁷⁹² Cf. infra p. 212 et s.

car comme l'anormalité dont elle participe, on la retrouve en ces deux disciplines. C'est dire si responsabilité pénale et responsabilité civile sont étroitement liées. Il apparaît à l'étude, que la seconde n'est d'ailleurs qu'une forme atténuée, mutante de la première, de celle que l'on encourt pour les mésactions les moins néfastes. C'est peut-être parce que cette petite peine privée proposée par la responsabilité pécuniaire est moindre qu'elle demeure la seule applicable à la puissance publique. Nous pensons que dans l'esprit des représentants du peuple, l'Etat jouit d'une faveur particulière justifiée par le fait qu'il est la forme la plus achevée du contrat social. C'est par lui que s'exprime le mieux l'intérêt général, par lui que transitent tous les intérêts juridiques. Il est le point de convergence de tous les associés. Certes, les associations de communes sont plus proches des citoyens que l'Etat mais le principe de vie commande que l'Etat soit privilégié parce que plus un contrat social est fédérateur, plus il est efficace et donc permet le progrès. Nous voulons dire que c'est son efficacité qui donne à l'Etat sa plus grande légitimité. Même si au plan local, la société vit comme par de petites conventions⁷⁹³, il demeure que c'est au niveau le plus élevé que prend forme le contrat social. La déclaration des droits et la Constitution valent pour l'ensemble du territoire. De même, les obligations citoyennes sont dues au niveau de l'Etat.

Pourtant, il ne suffit pas d'affirmer qu'une théorie du contrat social justifierait les privilèges de l'Etat. Nous avons osé le parallèle entre l'Etat et un contrat de société. Le pacte organiserait la gestion de la société par la Nation promue Etat juridiquement. Les gouvernants ne seraient que les organes d'un Etat mandaté pour mener les affaires de tous. Il faut comprendre avec cette immunité de juridiction pénale que l'Etat n'est pas un gérant comme les autres et que la comparaison avec le droit civil s'arrête là. En effet, l'Etat ne représente pas la nation, il « est » l'ensemble des citoyens pour le compte de qui il agit.

Si nous appuyons sur ce point, c'est qu'il nous semble inconcevable d'imputer de méchants comportements à la puissance publique personnellement. Ceci doit se traduire par une occasion pour le droit de la responsabilité civile de s'épanouir encore là où la pénalisation s'arrête. Assaillie de toute part, aspirée par les mécanismes d'indemnisation dans sa fonction réparatrice, concurrencée par la responsabilité pénale dans sa fonction moralisatrice, la responsabilité civile peut encore respirer dans le droit public qui reste son dernier fleuron, à condition toutefois que celui-ci parvienne à se doter des mécanismes préventifs de la responsabilité-sanction.

⁷⁹³ Cf. supra p. 92 et s.

SECTION 2

L'EFFICACITE PREVENTIVE DE LA RESPONSABILITE-SANCTION EN DROIT
ADMINISTRATIF

L'idée que la responsabilité civile puisse engendrer la prévention des dommages devient moins marginale depuis que notre pays a connu quelques catastrophes aux conséquences judiciaires médiatiques. Comme en matière pénale, la sanction civile n'est pas un but en soi ; ce vers quoi elle tend est la prévention par l'exemple et la menace. Il en a toujours été ainsi. Lorsque certains droits, dits archaïques, ont condamné civilement et prescrit la destruction de choses et d'animaux ayant occasionné des dommages, on ne s'est pas posé la question de l'imputabilité morale de la sanction⁷⁹⁴. Ce qui importait en premier était la non reproduction du dommage. Plus tard, la socialisation du risque et le développement de l'assurance ont jeté dans l'oubli cette fonction préventive de la responsabilité⁷⁹⁵.

La prédominance de la fonction réparatrice a introduit en droit privé aussi une logique de dilution des dommages qui la rapproche désormais de la responsabilité publique. Pourtant, notre droit, marqué par les excès de l'insouciant déséquilibre au profit de la fonction réparatrice de la responsabilité, condamne aujourd'hui de plus en plus l'absence de précaution de la part des responsables. Il semble donc que les conditions d'un regain de la prévention soient réunies aujourd'hui et que le droit de la responsabilité, particulièrement le droit public qui souffre de déficit comminatoire, développe les mécanismes tendant à la neutralisation (§1) et à la dissuasion (§2) des activités dommageables.

⁷⁹⁴ Interprétation que l'on peut faire de diverses lectures historiques dont : *La responsabilité à travers les âges, époque grecque*, p. 66. Voir aussi J.-P. MARGENAUD, *La personnalité juridique des animaux*, D. 1998, p. 205.

⁷⁹⁵ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité civile individuelle*, th. L.G.D.J. 1965.

§1 La fonction de neutralisation des faits dommageables

Nous n'envisageons pas ici la prévention des faits dommageables à proprement parler, puisque la réparation, objet de la responsabilité civile, suppose *a priori* l'échec de la prévention. Le contentieux de la responsabilité n'a pas cet objectif pour un dommage que le juge doit apprécier dans une espèce donnée. Mais, en présence d'un dommage déjà réalisé ou qui perdure, les mécanismes de la responsabilité civile peuvent empêcher la survenance de nouveaux dommages qui seraient liés à la prolongation de la situation illicite. Ces mécanismes autorisent les juges à mettre fin à la source des dommages (A), ou à effacer leurs effets (B).

A) Les mesures tendant à supprimer la cause du dommage

Les mesures décidées par la justice administrative pour supprimer la cause des dommages en matière de responsabilité se limiteront la plupart du temps à une réparation par équivalent. En effet, le droit forgé par le juge administratif ne permet pas encore pour l'instant d'enjoindre largement à l'administration de mettre fin aux situations dommageables (1). En revanche, l'apparition d'un « principe de précaution »⁷⁹⁶ augure d'une nouvelle ère dans laquelle les causes de dommages seraient taries à leur source (2).

1) Un pouvoir d'injonction en devenir en droit administratif

La réticence du juge administratif à l'usage d'un pouvoir d'injonction est notoire et a été classiquement dénoncée. Puisqu'il est consacré par la loi, l'opportunité juridique d'user de ce pouvoir paraît devoir varier selon le degré de sécurité juridique qu'une situation mérite de

⁷⁹⁶ Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, éd. O. Jacob, La Documentation Française 2000.

connaître. Le pouvoir d'injonction nous paraît d'un usage d'autant plus judicieux que l'administration responsable s'était fermement engagée à quelque chose, et son développement serait en tout état de cause logique dans notre conception où la puissance publique est toujours responsable en raison de son non respect d'une obligation positive⁷⁹⁷.

Depuis la loi du 8 février 1995, le juge administratif ordinaire peut user d'un pouvoir d'injonction, éventuellement sous astreinte, lorsque l'exécution de la chose jugée implique nécessairement la prise d'une mesure d'exécution par le responsable dans un sens déterminé⁷⁹⁸. Mais en matière de plein contentieux, le juge semble ne considérer généralement comme nécessaire que la seule obligation secondaire de payer les dommages et intérêts qu'il accorde aux victimes. Ainsi condamnera-t-il sans rechigner une commune à régler sous quelques mois le montant des condamnations qui pèsent sur elle⁷⁹⁹. Les hôpitaux publics sont eux aussi fréquemment soumis à l'astreinte lorsqu'ils sont condamnés⁸⁰⁰. Le juge refuse pour l'instant d'user de son pouvoir d'injonction pour que la personne publique responsable mette fin à la source même du dommage. Ainsi, en matière de troubles de jouissance provoqués par des ouvrages publics fonctionnant mal, le juge énonce que la condamnation au titre des dommages en résultant n'implique pas nécessairement que la commune responsable soit tenue de réaliser les travaux de nature à mettre fin à ces dommages⁸⁰¹. Dans une telle hypothèse, le moins qu'il puisse être accordé à la victime est la garantie d'une condamnation de l'administration responsable à payer annuellement les dommages et intérêts tant que le trouble durera⁸⁰². Il s'agit pourtant déjà d'une pression indirecte exercée sur l'administration.

⁷⁹⁷ Cf. supra p. 118 et s.

⁷⁹⁸ Art. L.8-2 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : « Lorsqu'un jugement ou un arrêt implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, saisi de conclusions en ce sens, prescrit cette mesure, assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution, par le même jugement ou le même arrêt ». Art L. 8-3 : « Saisi de conclusions en ce sens, le tribunal ou la cour peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application de l'article L.8-2 d'une astreinte ». Voir C. GUETTIER, *Injonction et astreinte*, J.-Cl. Ad., fasc. 1114.

⁷⁹⁹ Le montant s'élève généralement à 500F par jour : C.A.A., Paris, 12 fév. 1998, *Commune de Plaisir c/ csorts Le Metayer*, N°97PA00578. - C.A.A., Nancy, 19 mars 1998, *Commune de Celles-sur-Plaine*, N°96NC00232.

⁸⁰⁰ Par exemple : C.A.A., Paris, 26 fév. 1998, *Centre hospitalier général Léon Binet de Provins*, N°96PA04239, D.A. sept. 1999, n°237.

⁸⁰¹ C.A.A., Nantes, 11 déc. 1996, *Commune de La Croix-Saint-Leufroy et commune d'Ailly*, N°94NT00562. - C.A.A., Bordeaux, 6 juil. 1998, *Commune de Sète*, N°96BX00158. - C.A.A., Lyon, 25 mai 1999, *Mme Simon*, N°95LY01571.

⁸⁰² C.A.A., Nantes, 11 déc. 1996, *Commune de La Croix-Saint-Leufroy et commune d'Ailly*, N°94NT00562 : 3000f par an, sous astreinte de 500f par jour de retard pour le règlement de la période déjà écoulée.

Parfois, l'injonction faite au service responsable est forte. Il en est ainsi dans le cas d'évincement illégal d'un agent public. Le fonctionnaire a droit à une réintégration immédiate avec reconstitution de sa carrière⁸⁰³. L'injonction de réintégrer est impliquée nécessairement par la solution donnée par le juge⁸⁰⁴, à moins qu'il n'existe un motif légal permettant de différer la réintégration⁸⁰⁵, tel que par exemple la limite d'âge de l'agent⁸⁰⁶. Le juge administratif se donne ici le droit de supprimer la cause même du dommage. Ceci est justifié parce que le droit ne peut pas permettre que les engagements fermement souscrits soient de fait sans effet. Or, le fonctionnaire est selon nous dans une situation contractuelle de droit public, titulaire d'un contrat à durée déterminée dont le terme est la fin de carrière. Lorsque le contrat d'un agent formellement contractuel est à durée déterminée, le juge enjoint la réintégration tant que la date d'échéance de ce contrat n'est pas atteinte⁸⁰⁷. En somme, plus un engagement est ferme et étalé dans le temps, plus l'injonction s'impose avec la réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Le juge administratif peut à ce titre annuler la décision irrégulière de résiliation sanction d'une convention de longue durée ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants dont l'amortissement doit être effectué pendant toute la durée de l'exploitation⁸⁰⁸. Il annule aussi par extension celle qui concernerait un marché d'entreprise de travaux publics⁸⁰⁹. Il s'agit bien d'empêcher la prolongation d'un dommage d'autant plus important vu la nature des engagements lourds souscrits dans ce type de contrat. La lourdeur des engagements protégés par le pouvoir coercitif du juge administratif s'apprécie du côté de la victime de la résiliation, ce qui explique que certains contrats de faible poids financier puissent néanmoins bénéficier de la jurisprudence accordant l'annulation rétroactive et de la résiliation⁸¹⁰.

⁸⁰³ C.E., 26 déc. 1925, *Rodière*, Rec. p. 1065 ; R.D.P. 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador ; S. 1925,3,49, note Hauriou. - C.E., Sect. 26 fév. 1971, *Kuntzmann*, Rec. p. 167 ; A.J.D.A. 1971, p. 670, note V.S. ; Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, 12^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°272.

⁸⁰⁴ C.A.A., Nancy, 19 mars 1998, *Commune de Celles-sur-Plaine*, N°96NC00232. - C.A.A., Marseille, 16 mars 1999, *Mme Chouraqui*, N°98MA00363. - C.A.A., Bordeaux, 19 juil. 1999, *Pierre Caron*, N°98BX01496.

⁸⁰⁵ Par exemple, le juge vérifie que l'administration n'oppose pas à la réintégration l'absence de vacance d'emploi dans le grade correspondant à celui du fonctionnaire évincé : C.A.A., Marseille, 16 mars 1999, *Mme Chouraqui*, N°98MA00363.

⁸⁰⁶ Voir C.E., 21 avr. 1967, *Département de la Mayenne*, Rec. p. 173.

⁸⁰⁷ C.A.A., Nantes, 7 mai 1997, *OPHLM de Saumur*, N°95NT00898. - C.A.A., Bordeaux, 19 juil. 1999, *Mme Zunzarren-Garcia*, N°97BX00216.

⁸⁰⁸ Concessions de service publics et de travaux publics : ex. C.E., 20 janv.1905, *Cie départementale des eaux c/ ville de Langres*, Rec. p. 54.

⁸⁰⁹ C.E., Sect., 26 nov. 1971, *Soc. industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération*. Rec. p. 723, A.J.D.A. 1971, p. 649, R.D.P. 1972 p. 239, concl. Gentot et p. 1245 note Waline.

⁸¹⁰ Ainsi C.E., Sect., 19 mars 1976, *Epoux Caboz et Mirguet*, Rec. p. 169, pour un contrat de gérance de débit de tabac. Voir aussi C.E., Sect., 13 juil. 1968, *Soc. Serfati*, Rec. p. 436, A.J.D.A. 1968, p. 582, pour un contrat

Toutefois, en dehors de ces cas, le juge administratif refuse d'enjoindre à l'administration de poursuivre ses relations contractuelles en accordant l'annulation de la résiliation à la demande de la partie contractante⁸¹¹. De plus, le juge exclut l'annulation de la mesure dommageable si elle se rapporte à l'exécution du contrat et non plus à sa résiliation⁸¹², sauf le cas des conventions entre personnes publiques relatives au transfert voire à l'organisation d'un service⁸¹³.

Dans le contentieux contractuel, la sanction de l'inexécution des obligations doit dans la mesure du possible permettre la satisfaction du créancier de l'obligation faillie. C'est la thèse consacrée par l'ensemble du droit civil⁸¹⁴. Or, supprimer la cause du dommage consiste à prescrire l'exécution forcée de l'obligation méconnue. Ceci a conduit certains auteurs à défendre l'idée que la responsabilité contractuelle ne serait pas une responsabilité mais une garantie contractuelle d'exécution⁸¹⁵. En droit administratif, on pressent toutes les difficultés auxquelles cette proposition se heurte puisque d'une manière générale le juge s'interdit d'adresser des injonctions à l'administration à titre principal c'est-à-dire celles qui seraient l'objet même de la saisine de la juridiction⁸¹⁶.

Dans le domaine dit extra-contractuel, le droit positif ne consacre pas la distinction entre suppression de la situation illicite et réparation. C'est-à-dire que la réparation constitue la mesure qui neutralise la situation illicite. Déjà, le Conseil d'Etat n'avait pas hésité dans une espèce ancienne à assimiler pression à faire cesser un dommage et prescription de sa

d'occupation du domaine public, l'annulation de la résiliation est possible, ce qui laisse penser que le Conseil d'Etat adopte en réalité une attitude pragmatique. Il est bon en effet de garantir un minimum de sécurité juridique au sein d'un contentieux contractuel en déficit de ce point de vue. Il faut inspirer la confiance chez des contractants qui sont des partenaires, des relais, voire des bailleurs de fonds de l'administration.

⁸¹¹ Voir C.E., 23 sep. 1987, *Soc. S.A.D.E.V.*, Rec. p. 292., le requérant ne peut prétendre qu'à des dommages et intérêts.

⁸¹² Pour une affirmation nette de cette limite en matière pourtant de concession : C.E., Sect., 9 déc. 1983, *S.E.P.A.D.*, Rec. p. 498, R.F.D.A. 1984, p. 39.

⁸¹³ C.E., Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, R.D.P. 1989, p. 1171 note F. Llorens.

⁸¹⁴ Voir G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t.1, 2^{ème} éd. Sirey 1988, n°446s.

⁸¹⁵ SAINTECLETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, 1884 ; HUL, commentaire du code civil, t. I, VII, n°95.

⁸¹⁶ Cf. C. GUETTIER, J.-Cl. Ad, *Injonction et astreinte*, fasc.1114. A noter que cela est d'autant plus préoccupant que désormais le Tribunal des Conflits définit très restrictivement les domaines dans lesquels les juges judiciaires peuvent adresser des injonctions à l'administration. La compétence de principe appartenant au juge administratif pour paralyser les actes administratifs, sauf matières réservées par nature à l'autorité judiciaire. T.C., 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris*, R.F.D.A. 1997, p. 523, concl. J. Arrighi de Casanova ; J.C.P. 1997, II, 22861 rapp. P. Sargos ; A.J.D.A. 1997, p. 575 ; R.D.P. 1997, p. 667. Voir aussi C.E., 28 juil. 1998, *Min. de l'Intérieur c/ M. Mwynyl*, A.J.D.A. 1998, p. 936, concl. R. Abraham.

réparation. La ville de Narbonne fut ainsi condamnée en 1906 à verser à un administré une somme annuelle jusqu'au jour où elle aurait « fait cesser le dommage »⁸¹⁷. Il ne s'agissait pas d'astreinte proprement dite en l'espèce mais bien de réparation d'un dommage autant qu'il dure. En effet, la somme n'était pas restituable à l'issue de l'exécution du jugement par la ville. Les dommages et intérêts moratoires ainsi dus par le prolongement dans le temps de la situation illicite se distinguent de l'injonction directe. Cependant, cette jurisprudence reste exceptionnelle car le Conseil d'Etat lui préfère l'incitation plus molle. Il use d'une formule en forme d'alternative, par exemple en matière de troubles causés par des ouvrages intangibles : « si la commune n'aime mieux supprimer les ouvrages exécutés par elle. »⁸¹⁸. Sur ce point, la loi de 1995 n'a pas modifié les vieux réflexes⁸¹⁹, et se révèle décevante⁸²⁰.

Toutefois, il se pourrait que les inconvénients du droit français actuel en matière d'injonction soient en partie contournés par la réforme du référé devant les juridictions administratives opérée par la loi du 30 juin 2000⁸²¹. Désormais, saisis d'une requête en annulation ou réformation d'une décision administrative, même de rejet, les présidents de juridiction pourront ordonner provisoirement la suspension de l'exécution de ladite décision, « 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 »⁸²², et ainsi éviter la réalisation de dommages illicites. Espérons que la loi nouvelle sera utilisée par les juges administratifs dans l'optique de prévention qui correspond à la finalité de cette institution. Cependant, à l'égard du contentieux de la responsabilité, la loi nouvelle ne couvre pas l'ensemble des hypothèses de dommages puisque demeurent celles des préjudices causés par des agissements et non des décisions de l'administration, et subsiste la considération que l'urgence est une condition de sa mise en œuvre qui ne sera pas remplie dans la plupart des cas.

Heureusement, le droit de la responsabilité nous semble remplir une fonction préventive par neutralisation des sources de dommages toutes les fois qu'il sanctionne le manque de précaution dont a fait preuve le responsable d'un dommage.

⁸¹⁷ C.E., 23 nov. 1906, *Bichambis c/ ville de Narbonne*, S. 1907,3, p. 65 note Hauriou.

⁸¹⁸ C.E., 10 mars 1905, *Berry et Chevillard c/ commune de Poilly-sur-Tholon*, Rec. p. 255 ; S. 1907,3, p. 65 note Hauriou. Voir aussi C.E., 19 oct. 1966, *Commune de Clermont*, Rec. p. 551.

⁸¹⁹ C.A.A., Nantes, 11 déc. 1996, *Commune de La Croix-Saint-Leufroy et commune d'Ailly*, N°94NT00562. - C.A.A., Bordeaux, 6 juil. 1998, *Commune de Sète*, N°96BX00158. - C.A.A., Lyon, 25 mai 1999, *Mme Simon*, N°95LY01571.

⁸²⁰ Cf. A. CAMILLERI, *Le pouvoir d'injonction du juge administratif: Une révolution avortée?*, J.C.P. 1997,I,3992.

⁸²¹ Loi n°2000-597, J.O. n°151 du 1^{er} juil. 2000, p. 9948.

⁸²² Art. 5 de la loi, devenant l'art. L.521-1 du code de justice administrative.

2) Les réelles potentialités préventives du principe de précaution

Nous avons vécu ces dernières années une véritable révolution intellectuelle dans la conception des normes de comportements en cas de risque pour les personnes, qui s'est traduite par la réception du principe de précaution tel qu'inventé en Allemagne puis repris à l'échelle internationale⁸²³. Imposé en France par le traité de Maastricht puis la loi du 2 février 1995, dite loi Barnier⁸²⁴, le principe dispose à présent d'une définition textuelle à l'article 200-1 du code rural selon lequel : « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

Tandis qu'auparavant les décideurs et les experts se retranchaient derrière l'absence de preuve du caractère nuisible d'une activité pour l'exercer ou l'autoriser librement, aujourd'hui un renversement de la charge de la preuve existe, qui contraint les décideurs à adopter dans le doute la position la plus prudente. Les auteurs attentifs à cette question ont bien remarqué le potentiel préventif de ce principe⁸²⁵. En témoigne la réflexion sur une heuristique de la peur chez Hans JONAS. Dans *le principe responsabilité*, la peur n'est pas la crainte pathologique qui empêche d'agir, au contraire, il s'agit de la peur constructive qui incite à la réflexion et à l'action⁸²⁶. La dissuasion que permet l'impératif de précaution est donc la dissuasion des décisions nuisibles pour le confort matériel et corporel, pour la vie, la santé au sens large.

En France, c'est dans le domaine de la santé et à l'occasion précisément de l'affaire du sang contaminé, que le Haut tribunal administratif a décidé de renverser l'équilibre ancien. Dans son arrêt d'assemblée du 9 avril 1993, le Conseil d'Etat reproche au Gouvernement

⁸²³ Voir N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles 2000.

⁸²⁴ Principe énoncé à l'article 130 du traité de Maastricht ainsi que dans la loi Barnier du 2 fév. 1995 concernant la protection de l'environnement.

⁸²⁵ Voir rapport du Conseil d'Etat, *Réflexions du Conseil d'Etat sur le droit de la santé*, E.D.C.E., 1998, p. 256 et s. ; G. MARTIN, *Précaution et évolution du droit*, D. 1995, chron. p. 299 ; G. MARTIN, *Principe de précaution et responsabilités, Recherches et travaux du RED&S à la maison des Sciences de l'Homme*, vol. 5, 1998, p. 415 ; C. THIEBERGE, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité*, R.T.D.C. 1999, p. 561 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le CE et le principe de précaution*, D.A. juin 1999, chron. p. 4.

⁸²⁶ Voir J. GREISCH, *L'amour du monde et le principe responsabilité*, Ed. Autrement, Série Morales n°14, 1997 p. 72.

français de ne pas avoir agi en présence « d'un risque sérieux » alors qu'il « n'avait pas à attendre d'avoir la certitude »⁸²⁷. Pour autant, cet arrêt qui annonce le changement de mentalité ne fait pas encore application du principe de précaution, car la précaution se distingue de la prévention⁸²⁸. La seconde guide l'attitude à tenir face à un risque avéré, tandis que la première peut imposer la prudence en considération du risque seulement potentiel⁸²⁹.

Afin de mesurer l'importance du phénomène récent d'extension du principe de précaution, l'étude approfondie de la responsabilité pour faute s'impose, car celle-ci stigmatise le manquement aux obligations de prudence et diligence⁸³⁰. Mais, le principe de précaution se distingue de la simple obligation de prudence car il n'implique pas seulement de prendre en compte les risques connus et simplement probables, il impose d'établir raisonnablement l'absence de risque préalablement à la décision administrative⁸³¹. Ainsi, l'utilisation explicite du principe de précaution est cantonnée pour l'instant aux domaines d'activités qui côtoient le risque potentiel, celui qui est le plus néfaste aux droits naturels des administrés, le risque sur la santé des personnes - celui qui survient par la dégradation de l'environnement ou par les conditions de la santé publique -.

D'abord, le risque potentiel est jugé particulièrement sérieux par la loi elle-même en matière de protection du cadre de vie environnemental. C'est d'ailleurs dans l'affaire des organismes génétiquement modifiés que le Conseil d'Etat a explicitement fait pour la première fois application du principe environnemental de précaution en accordant le sursis à exécution d'un arrêté d'autorisation pris sur une base de recherche insuffisante pour établir l'innocuité du produit⁸³². Mais on avait déjà pu voir une mise en œuvre du principe de précaution dans un arrêt de la Haute juridiction administrative ayant annulé un arrêté préfectoral de délimitation d'un périmètre de protection autour d'un captage d'eau insuffisamment étendu compte tenu de risques simplement potentiels⁸³³. De même,

⁸²⁷ C.E., A., 9 avr. 1993, *M.G., M.D., M.B.*, Rec.p.110 ; R.F.D.A. 1993 p.583 concl. Legal ; J.C.P. 1993 n°22110 ; A.J.D.A. 1993 p.381.

⁸²⁸ Cf. Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, précité, p. 18.

⁸²⁹ Risque qui peut se révéler nul en définitive. Cf. Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *ibid.*

⁸³⁰ Cf. *infra* p. 326 et s.

⁸³¹ Voir rapport du Conseil d'Etat, *Réflexions du Conseil d'Etat sur le droit de la santé*, E.D.C.E., 1998, p. 256. Voir aussi P. LASCOUMES, *La précaution, un nouveau standard de jugement*, Revue Esprit, oct. 1997, p. 129. C'est surtout la conception allemande du principe élaborée par la Cour Constitutionnelle Fédérale dans l'affaire du surgénérateur de Kalkar. Cf. M. FROMONT, *République fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1978*, R.D.P. 1979, p. 1650 à 1652.

⁸³² C.E., Sect., 25 sept. 1998, *Association Greenpeace France*, Rec. p. 342 ; D.A. oct. 1998, p. 18 n°310. En ce sens : A. ROUYERE, *L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'Etat*, R.F.D.A. 2000, p. 266 ; Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit.* p. 135.

⁸³³ C.E., 4 janv. 1995, *Rossi*, C.J.E.G. 1995, p. 232, note Sachs.

l'administration communale est désavouée lorsqu'elle a recourt à la procédure de modification de son POS en vue d'affecter des terrains au dépôt de boues de dragages, alors que l'innocuité toxicologique des boues n'est pas établie⁸³⁴. En revanche, implicitement grâce au principe de précaution, le bon droit est reconnu au maire d'une commune ayant aggravé par ses pouvoirs de police administrative générale les mesures préfectorales instaurant un périmètre d'inhabitabilité autour d'une installation classée créant de « graves risques potentiels »⁸³⁵. Cette dernière affaire soulève toute l'ambiguïté de la distinction de la prévention et de la précaution puisque de telles mesures sont des mesures administratives « de prévention des risques », mais entendues largement en raison de l'influence de la logique de précaution⁸³⁶.

Il est ainsi acquis que le principe constitue désormais un élément de légalité des décisions en matière environnementale⁸³⁷. Ainsi, par exemple, le calcul du bilan coût/avantage d'une opération d'aménagement comprend dorénavant l'exigence de précaution. Les mesures de précaution adoptées dans le cadre d'un projet feront pencher la balance du côté de son utilité publique⁸³⁸. De même, le principe de précaution justifie que le juge n'opère qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur les décisions prudentes de retrait des produits dangereux pour l'environnement⁸³⁹.

Le second secteur d'activité soumis aux rigueurs du principe de précaution est celui de la protection de la santé publique. Ici, c'est la jurisprudence elle-même qui n'a pas attendu la loi pour imposer le respect du principe. Dès 1997, en matière de contrôle de la qualité des médicaments, le juge déclare que l'administration ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation en décidant des mesures de suspension d'autorisations de mise sur le marché

⁸³⁴ C.E., 30 avr. 1997, *Quevillon*, Rec. tables p. 1118 ; D.A. 1997, comm. p. 262.

⁸³⁵ C.A.A., Nancy, 9 déc. 1999, *Commune de Saint-Avold*, A.J.D.A. 2000, p. 265, obs. P.R. p. 221. En l'espèce, le risque existait mais son « emprise » aux environs de l'usine restait indéterminée, si fait que le juge parle de risques graves potentiels « mis en évidence par un incident ultérieur », sans toutefois préciser l'amplitude spatiale de l'incident. Comme on le voit, un risque peut être avéré et dès lors justifier des mesures de prévention jusqu'à une certaine limite géographique, puis être seulement potentiel au-delà de cette limite. De même, un risque potentiel peut se révéler réel par simple déplacement dans le temps, ce qui peut influencer le regard parfois tardif porté par la justice sur la légalité de l'acte.

⁸³⁶ La loi attribue au maire le soin « de prévenir par des précautions convenables [...] les accidents et les fléaux calamiteux ». Voir art. L.2542-4, code générale des collectivités territoriales.

⁸³⁷ Voir C. CANS, *Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité*, R.F.D.A. 1999, p. 750.

⁸³⁸ Voir par exemple C.E., 28 juil. 1999, *Association intercommunale "Morbihan sous très haute tension" et autres*, N°184268.

⁸³⁹ Ainsi dans l'affaire de l'insecticide Gaucho : C.E., 29 déc. 1999, *Société Rustica Prograin et autres, Société Bayer*, R.F.D.A. 2000, p. 285, note A. Rouyère.

de produits en raison d'un doute sur leur innocuité « compte tenu des précautions qui s'imposent en matière de protection de la santé publique »⁸⁴⁰.

Même si l'arrêt de 1993 mentionné plus haut ne fait pas application du principe de précaution, il demeure que c'est bien le problème de la transfusion de sang contaminé qui a marqué le développement de la nouvelle jurisprudence en mettant l'accent sur la spécificité du problème médical, l'obligation de précaution indépendamment des textes. En effet, un arrêt du Conseil d'Etat du 16 juin 1997 a suggéré implicitement qu'un personnel médical eut pu commettre une faute dans le fait de ne pas avoir dépisté un sang contaminé avant même que l'obligation textuelle d'y procéder soit édictée⁸⁴¹.

Il semble que l'obligation de précaution soit particulièrement exigeante en matière de santé publique. Dans le doute, la précaution doit être privilégiée⁸⁴², parfois même indépendamment des normes ou pratiques en vigueur. En matière médicale, les traductions de la règle en font presque un principe général. Ainsi par exemple, un hôpital n'a pas pu prouver son absence de faute en invoquant les conférences de consensus de l'A.P.-H.P. qui sont dépourvues de valeur normative ; la Cour administrative d'appel de Paris estimant que, dans le doute, il fallait prolonger le traitement anti-coagulant administré à la victime⁸⁴³. Ainsi, la possibilité de reconnaître la faute du service public hospitalier peut être étendue à la période antérieure à toute obligation textuelle de prendre des mesures de précaution, car les règles de la déontologie médicale impliquent par elles-mêmes l'obligation de précaution dès que le doute est connu sur l'innocuité d'un produit. Ainsi, dans une affaire de contamination par transfusion sanguine, la faute du centre transfuseur a été admise par la Cour administrative de Paris, indépendamment de la date tardive de la réglementation en matière d'obligation de chauffer les produits⁸⁴⁴. Procédant de la même idée, on notera avec intérêt la jurisprudence du

⁸⁴⁰ C.E., 21 avr. 1997, *Mme Barbier*, N°180274, confirmé par C.E., 17 déc. 1999, *Mme Gootjes*, N°202871 : n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation la décision de suspendre la fabrication d'une spécialité pharmaceutique « eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique ». De même concernant des médicaments homéopathiques fabriqués à partir de produits du corps humain : C.E., 30 juin 1999, *Mme Germain*, N°202814.

⁸⁴¹ C.E., 16 juin 1997, *Assistance Publique Hôpitaux de Paris*, D. 1997, SC., p. 57, note P. Bon.

⁸⁴² La seule existence d'un doute oblige l'administration à agir. Il en a été décidé ainsi dans l'affaire de l'encéphalopathie spongiforme bovine : C.E., 24 fév. 1999, *Société Pro-Nat*, R.F.D.A. 2000, p. 284, note A. Rouyère. Interdiction par décret des tissus bovins en raison de l'encéphalopathie spongiforme bovine et de l'impossibilité d'établir une certitude sur la non transmission de la maladie à l'homme, absence d'erreur manifeste d'appréciation « eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique ».

⁸⁴³ C.A.A., Paris, 26 fév. 1998, *Centre hospitalier général Léon Binet de Provins*, D.A. sept. 1999, n°237.

⁸⁴⁴ C.A.A., Paris, 12 nov. 1999, *Cts X. c/Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, A.J.D.A. 2000, p. 277, obs. J.S.-G. p. 235. On remarquera que parallèlement en matière de protection de l'environnement, la rigueur des tribunaux pourrait être moindre puisque, par exemple, le principe de précaution ne permet pas d'imposer à la COGEMA des normes non encore en vigueur : C.A.A., Bordeaux, 5 nov. 1998, *Compagnie Générale des*

Haut tribunal administratif reconnaissant compétence au ministre de la santé pour avertir la population d'un risque alimentaire avéré, malgré l'absence de tout texte l'y habilitant⁸⁴⁵. Depuis l'adoption des lois sur le renforcement de la veille sanitaire⁸⁴⁶, la jurisprudence, conformément à la logique du principe de précaution, accepte que l'interdiction administrative de commercialiser un produit soit prononcée dès qu'un doute existe sur la traçabilité des produits suspectés⁸⁴⁷. Par ailleurs, en ce domaine, seule l'erreur manifeste d'appréciation du ministre est censurée par le juge. Nous devons ici souligner la facilité avec laquelle les décideurs publics se retranchent désormais derrière un principe de précaution consacré juridiquement et politiquement comme particulièrement nécessaire à notre époque d'audace technologique⁸⁴⁸.

On le voit, le principe de précaution tend à accroître considérablement le domaine de la faute au détriment de la responsabilité objective⁸⁴⁹. Sur le plan des principes juridiques, on lui fait dès lors deux reproches.

Premièrement, il pourrait provoquer un recul de l'indemnisation effective des victimes confrontées à la difficile preuve de la faute, car si celle-ci n'est pas présumée, il faudra que la victime établisse l'existence d'un doute scientifique sur une question des années après les faits dommageables⁸⁵⁰. Dès lors, si le choix du régime de la faute présumée est systématiquement privilégié, le recours au fondement de la faute sera un détour inutile, voire même nuisible dans la mesure où, en se plaçant sur ce terrain de responsabilité, on légitime d'autant mieux l'apparition de l'exonération pour risque de développement en droit français⁸⁵¹.

matières nucléaires (COGEMA), N°98BX01320. En l'espèce, le principe de précaution n'a pas été méconnu car il ne permet pas à lui seul d'imposer des normes non encore en vigueur.

⁸⁴⁵ C.E., 30 juil. 1997, *Boudin*, Rec. p. 312 ; D. 1999, SC., p. 59.

⁸⁴⁶ Loi n°96-452 du 28 mai 1996 et n°98-535 du 1^{er} juil. 1998.

⁸⁴⁷ C.E., 29 déc. 1999, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés et autres*, N°206945, R.F.D.A. 2000, p. 286, note A. Rouyère.

⁸⁴⁸ Selon le rapport de Ph. KOURILSKI et G. VINEY, le succès du principe traduit le déficit démocratique des choix technologiques qui sont imposés sans légitimité dans notre société.

⁸⁴⁹ En ce sens, G.-J. MARTIN, op. cit. p. 303 ; A. ROUYERE, *L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'Etat*, R.F.D.A. 2000, p. 266.

⁸⁵⁰ A. ROUYERE, *ibid.*

⁸⁵¹ Il faut regretter que la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux ait intégré dans notre droit l'exonération du responsable pour risque de développement lorsque celui-ci peut prouver « que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». Mais cette même loi réserve l'exception « des dommages causés par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci ». La portée de ce texte en contentieux administratif est incertaine, mais dans la mesure où il permet à un fabricant de se retrancher derrière les contraintes normatives imposées par l'Etat dans la fabrication, il n'est pas exclu que la question du risque de développement se pose dans les tentatives d'engagement de la responsabilité de l'Etat normateur. Voir J. GHESTIN, *De la responsabilité du fait des produits défectueux*, J.C.P. 1998, I, 148 p. 1201. Par ailleurs, il n'est pas exclu que la responsabilité d'un fabricant soit engagée devant une juridiction administrative à l'occasion d'un dommage

Personnellement, nous pensons que ces inquiétudes ne sont pas dirimantes, car d'une part, le droit administratif français ne craindrait pas de recourir à la présomption de faute tant il en est coutumier et en tire de bons résultats, et d'autre part, une responsabilité dite pour faute, même présumée, même objectivée, même exonérée, aura toujours plus de sens qu'une responsabilité dite sans faute, particulièrement s'il faut l'imputer à des apprentis sorciers.

Deuxièmement, le principe impliquerait une forme de rétroactivité de la sanction en forgeant une responsabilité qui « convoque l'avenir »⁸⁵², en ne laissant pas aux défendeurs la possibilité d'objecter que la vérité du danger n'a été connue que postérieurement à leurs décisions. Cette critique paraît pertinente dans un système où la référence est une légalité unilatérale, en revanche, elle disparaît dans un système contractuel tel que nous le concevons. Dans un tel système en effet, la puissance publique responsable a promis des objectifs, voire des résultats. Or, le premier des objectifs promis est la sécurité corporelle, celle de la santé et du cadre de vie. Ainsi, l'administré peut mettre en œuvre une telle forme de responsabilité parce qu'elle ne rétroagit pas par rapport à un engagement préalable⁸⁵³. Engagement qui comporte aussi, dans le cas d'échec, celui d'effacer les dommages causés.

B) Les mesures tendant à effacer les conséquences des faits dommageables

Les mesures que réclame la Justice pour effacer les dommages en matière de responsabilité devraient correspondre la plupart du temps à une réparation en nature dans la mesure où celle-ci procure la plus grande satisfaction à la victime par son effet quasi « rétroactif »⁸⁵⁴. En théorie, il est possible et souhaitable d'aller au-delà de la compensation des dommages vers une véritable réparation, celle qui véritablement rétablit le *statu quo ante*. Nous envisageons donc ici les mesures qui ne sont pas des indemnités.

causé par la fourniture d'un produit défectueux dans le cadre d'une construction, à condition toutefois que la responsabilité ne soit pas encourue sur le fondement des articles 1792 à 1792-6 et 1646-1 du code civil. Cette perspective résulte de la combinaison des articles 1386-6 et 1386-3. Ce dernier article précisant que les articles 1792 et suivants ne s'appliquent pas aux fabricants de matériaux incorporés à la construction.

⁸⁵² D. BARANGER, *Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud: "Le sang contaminé"*, R.D.P. 1999, p. 33.

⁸⁵³ Cela est équitable si l'on considère que l'administré se soumet volontairement en premier aux lois établies par la puissance publique, qu'il paye ses contributions souvent avant que le service public ne lui soit rendu.

⁸⁵⁴ Voir infra p. 246 et s.

Le droit privé tend vers cet idéal en favorisant autant que possible la réparation en nature. Avec regret nous sommes bien loin de pouvoir dresser le même constat en droit administratif. Néanmoins deux types de mesures permettent d'effacer les dommages subis lorsque certaines conditions sont réunies. Il s'agit parfois du dommage causé à un fonctionnaire qui implique une reconstitution de sa carrière (1), et parfois plus généralement des décisions propres à compenser le préjudice moral subi par la victime en rétablissant son honneur (2).

1) La reconstitution de carrière du fonctionnaire

Comme nous le verrons ultérieurement⁸⁵⁵, dans la conception contractualiste, le droit à réparation provient de la lésion d'un droit subjectif. Cette affirmation nous conduira à relativiser la distinction des recours objectifs de légalité et des recours de plein contentieux. Dès lors, dans notre théorie, l'annulation rétroactive d'un acte qui se traduit par le rétablissement concret de la situation matérielle antérieure à la faute doit s'analyser en une réparation en nature dont nous voyons une première hypothèse dans le cas de la reconstitution de la carrière des fonctionnaires⁸⁵⁶.

Lorsque le responsable est aussi l'employeur de la victime et que la carrière de celle-ci a été troublée par l'acte dommageable, la réparation ne prend pas seulement la forme pécuniaire. L'administration condamnée est tenue de par une jurisprudence ancienne de reconstituer la carrière de son fonctionnaire⁸⁵⁷. Ainsi en est-il des conséquences de l'annulation pour excès de pouvoir d'une mutation ou d'un refus d'avancement, d'une mauvaise notation ou de sanctions infligées à tort, la difficulté consistant à établir les probabilités de déroulement d'un parcours professionnel qui n'a pas pu se dérouler⁸⁵⁸. Cette obligation de reconstituer la carrière de sorte que le responsable nomme le fonctionnaire dans l'emploi et le grade qu'il aurait eu si le dommage ne s'était pas produit, pèse de même pour le

⁸⁵⁵ Cf. infra Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁸⁵⁶ On notera avec intérêt d'ailleurs que dans le contentieux des mesures illégales à traduction pécuniaire dont les agents publics font l'objet, la distinction entre le contentieux de l'excès de pouvoir et celui de pleine juridiction s'efface. Voir C.E., 8 mars 1912, *Lafage*, Rec. p. 348 ; voir au G.A.J.A., 12^{ème} éd. Dalloz 1999, p. 145.

⁸⁵⁷ C.E., 26 déc. 1925, *Rodière*, Rec. p. 1065 ; R.D.P. 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador ; S. 1925,3, p. 49, note Hauriou.

⁸⁵⁸ Par exemple l'administration doit apprécier si le fonctionnaire se serait présenté avec succès à un concours. Cf. C.E., Sect., 13 juil. 1956, *Barbier*, Rec. p. 338 ; A.J.D.A. 1956,2,p. 397, chron. J. Fournier et G. Braibant.

juge qui pour sa part doit évaluer la perte financière correspondant à la « déviation de carrière »⁸⁵⁹.

2) *L'effacement du préjudice par le rétablissement de l'honneur de la victime*

L'administration use parfois spontanément de la possibilité de réparer en nature. Elle est particulièrement bien placée pour ce faire, car contrairement aux particuliers elle est toute puissante et susceptible de délivrer les plus grands honneurs ou satisfactions à l'échelle nationale. Ainsi dans l'affaire *Le Berre*⁸⁶⁰, le Conseil d'Etat avait rejeté la demande en dommages et intérêts d'un militaire ayant été injustement sanctionné puis en quelque sorte réhabilité, décoré de la médaille militaire, celui-ci étant alors considéré comme rétabli dans le préjudice qu'il avait subi. A la même époque, le dénouement de la célèbre affaire *Dreyfus* a montré que selon la psychologie de la victime et le contexte, la réparation en nature peut être la mieux adaptée, si tant est qu'elle puisse atteindre la mesure du préjudice subi. Après avoir été condamné par deux fois pour intelligence avec l'ennemi par un conseil de guerre dont certains membres étaient partiaux et manipulateurs. Le capitaine Dreyfus avait été déporté et humilié par la dégradation militaire. Au terme d'une longue procédure judiciaire qui dura près de douze ans, Dreyfus fut finalement innocenté par les chambres réunies de la Cour de cassation⁸⁶¹. Mais il renonça expressément à l'indemnité à laquelle l'article 446 du code d'instruction criminelle lui permettait de prétendre. En revanche, c'est certainement avec un vif émoi qu'il reçut la médaille de la Légion d'honneur dans la cour même où il avait été dégradé⁸⁶². En outre, la publication de l'arrêt de révision fut très largement ordonnée par les juges eux-mêmes au frais du Trésor, au Journal Officiel, dans cinq journaux choisis par la Justice, et dans cinquante autres publications au bon vouloir de la victime.

En réalité, la publication de la décision condamnant l'auteur du dommage est souhaitable pour assurer la réparation effective des dommages et en même temps montrer l'exemple, dissuader les comportements dommageables, porter à la connaissance du plus

⁸⁵⁹ Toutefois, la règle du service fait s'oppose à ce que le calcul de l'indemnité soit fondée sur le traitement putatif. C'est la réalité du préjudice effectivement subi qui doit être prise en compte, en référence aux revenus de substitution dont le fonctionnaire a pu bénéficier. C.E., 7 avr. 1933, *Deberles*, précité.

⁸⁶⁰ C.E., 29 mai 1903, *Le Berre*, S. 1904,3, p. 121. Note Hauriou.

⁸⁶¹ Cass. Ch. Réunies, 12 juil. 1906, S. 1907,1, p. 49 note J.-A. Roux ; D. 1908,1,p. 553, note X.

grand nombre le droit que nul n'est censé ignorer. La reconnaissance des torts de la collectivité œuvrant pour le bien commun est un gage de satisfaction morale important. Ce procédé de réparation est non seulement efficace pour effacer le préjudice moral mais aussi pour neutraliser celui causé à la réputation commerciale d'une entreprise ou d'un particulier.

Pourtant, le Conseil d'Etat refuse de condamner, même des personnes privées chargées de mission de service public, à faire publier les jugements rendus contre elles⁸⁶³. Saisi de plus en plus souvent de cette demande de publication, les juges du fond ne semblent pas plus enclins à l'accorder en raison de ce « qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise le juge administratif à ordonner la publication dans la presse d'une décision »⁸⁶⁴. Cet état du droit public n'est pas justifiable. En effet le raisonnement peut être renversé, aucune disposition n'interdit au juge d'ordonner la publication du jugement. Ne serait-ce pas même la conséquence logique du caractère public de la justice ? En tout état de cause, ce que le juge administratif refuse, la victime sera d'autant plus tentée de l'obtenir par le juge pénal. D'ailleurs désormais, certains jugements portant une appréciation sur le fonctionnement défectueux de l'administration sont publiés sur ordre du juge répressif. En effet, depuis que les personnes morales de droit public sont pénalement responsables, la loi autorise les tribunaux compétents pour en connaître à prononcer cette condamnation à publication⁸⁶⁵.

Malgré tout, on comprend la réticence du juge administratif. Il n'est pas souhaitable que le discrédit soit jeté sur des institutions ou organismes qui ne sont par ailleurs jamais trop populaires⁸⁶⁶. Mais voilà un des aspects regrettables du système de la responsabilité administrative en France⁸⁶⁷. D'un côté, une garantie de solvabilité est assurée au bénéfice des victimes, mais de l'autre, un risque de perte de crédibilité que le juge administratif ne veut pas faire courir à l'administration fait obstacle à la pleine logique de la responsabilité. Ceci paraît d'autant plus curieux que, sans le dire, les juges français concèdent certaines pratiques à cette

⁸⁶² Le 21 juil. 1906, soit 9 jours après la révision de son procès.

⁸⁶³ C.E., 11 mai 1984, *Pebevre*, Rec.p.756 ; A.J.D.A. 1984, p. 531 ; D.1985, p. 65.

⁸⁶⁴ C.A.A., Lyon, 7 déc. 1994, *S.A. Mareson*, N°92LY00597.

⁸⁶⁵ Art. 131-39 nouveau code pénal. Voir note à la gazette des communes dans l'affaire du Drac : Cour d'appel Grenoble, ch. Corr., 12 juin 1998, *La Gazette des communes* oct. 1998, p. 54, note Poujade et Meyer. Voir P. MARTIN, *Responsabilité pénale des personnes morales de droit public*, J.-Cl. Ad., fasc. 803, n°100 : le juge répressif peut en outre condamner à l'affichage ou à la divulgation du jugement par tout moyen de communication écrite ou audiovisuelle à la charge de la personne morale condamnée en vertu de l'art. 131-26 du nouveau code pénal.

⁸⁶⁶ Il serait préférable que les agents publics endossent le poids de ce genre de condamnation, si toutefois leur responsabilité pouvait exister concrètement.

⁸⁶⁷ Dans les pays où le droit commun est appliqué à la responsabilité de l'administration, il n'y a évidemment aucun obstacle à la publication des jugements rendus contre elle.

pleine logique à travers la fonction de dissuasion des faits dommageables qu'ils savent préserver.

§2 La fonction de dissuasion des faits dommageables

Si l'examen de la question montre que la dissuasion n'est pas une fonction juridique primaire de la responsabilité conçue avant tout comme indemnitaire⁸⁶⁸, il n'est pas exclu que la sanction que constitue le jugement ait cependant cet effet, et que parfois même il soit recherché. D'ailleurs, C. EISENMANN prenant la sanction au sens large, concède qu'elle est la mesure qui doit inciter les destinataires d'une règle à s'y conformer⁸⁶⁹, de sorte que l'obligation de réparer ses fautes est envisagée par la loi comme un moyen d'éviter ces infractions. On reprochera à notre approche de confondre responsabilité administrative et responsabilité pénale, pourtant deux notions peuvent avoir un objet différent bien qu'une fonction identique. Par exemple, la police judiciaire et la police administrative n'ont pas le même objet mais la même fonction, celle de prévenir les atteintes à l'ordre public. De même, fonction sanctionnatrice et fonction préventive ne se départissent pas l'une de l'autre dans la responsabilité.

Mais on a douté que la responsabilité civile puisse avoir pour objet la sanction, car celle-ci serait souvent disproportionnée avec des faits générateurs parfois peu répréhensibles, la petite faute pouvant engendrer la catastrophe⁸⁷⁰. Nous étudierons la pertinence de cette critique eu égard aux deux hypothèses, fautives ou non, du fait origine du dommage. Car si au sens strict de condamnation d'un comportement, la responsabilité ne semble revêtir une fonction sanctionnatrice que dans les cas de responsabilité pour faute (A), il faudra aussi vérifier si la dissuasion ne peut résulter d'autres éléments (B).

⁸⁶⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, n°1408.

⁸⁶⁹ *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949, I, 750.

⁸⁷⁰ Voir A. TUNC, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, *Economica* 1981 ; F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset 1986, p. 441 et 442.

A) La fonction de dissuasion dans la responsabilité pour faute

Certes la reconnaissance d'une faute est le signe d'une responsabilité-sanction, mais son potentiel dissuasif n'est pas acquis de ce seul fait. En effet, prise dans son sens de sanction d'un non droit, qui plus est exercé par une personne morale, la responsabilité administrative pour faute ne semble pas pouvoir assurer plus que le rôle d'élément d'imputation d'une réparation. Sur ce point la faute administrative ne se distingue pas de la faute civile. Il en résulte que l'étendue de la condamnation pécuniaire n'est pas le reflet de la gravité de la faute mais de celle des dommages. Une même faute peut engendrer des préjudices différents dans leur étendue selon les cas d'espèce et notamment en raison de la victime. Celle-ci peut être d'une santé délicate ou d'une fragilité psychologique lourde de conséquences. Une petite faute peut engendrer une catastrophe, tandis qu'une faute très grave peut ne léser personne. Bref, l'étendue de la sanction dépendra principalement de circonstances aléatoires indépendantes de l'auteur de l'acte fautif. Pourtant, il existe des tendances de la responsabilité pour faute qui ne s'expliquent que par la volonté de sanctionner de manière dissuasive. Ainsi s'explique que parfois la condamnation pécuniaire soit opérée en fonction de la gravité de la faute (1), et que certains faits soient qualifiés de faute en raison de leurs conséquences (2).

1) La condamnation pécuniaire à la mesure de la faute

La véritable sanction dissuasive, celle de type pénal, ne doit jamais être proportionnelle au résultat de l'acte, car ce qu'elle réprime, c'est un comportement virtuellement dangereux, qui aurait pu conduire à un dommage. Par la sanction proprement dite, on punit, par cela même on cherche donc à prévenir la survenance de dommages futurs

semblables. La responsabilité pour faute remplit une telle fonction de dissuasion chaque fois que les indemnités allouées par le juge semblent commandées par la gravité de la faute du responsable et non par ses conséquences dommageables. Ce phénomène officiellement inconnu du droit français est répandu dans le droit de *common law* qui reconnaît au juge la possibilité de condamner à verser des *exemplary damages*⁸⁷¹.

Les civilistes français regrettent parfois cette lacune de notre système qui ne permet pas d'empêcher la reproduction des fautes rapportant plus à leurs auteurs qu'elles ne leur coûtent⁸⁷². Il n'empêche que toute proportion gardée, la condamnation à dommages et intérêts classiques est perçue chez nous aussi comme la réponse adéquate à la faute⁸⁷³. Les dommages et intérêts peuvent donc receler une certaine exemplarité puisque le juge demeure souverain pour en apprécier le montant⁸⁷⁴. C'est surtout dans l'indemnisation du dommage extra-patrimonial que la pratique peut suivre discrètement l'impératif punitif. Il est possible d'imaginer que le juge administratif français use d'une pratique occulte de proportion des dommages et intérêts en fonction de la gravité de la faute en cas de préjudice moral⁸⁷⁵. C'est ce qu'une étude récente confirme en tout point. Il apparaît ainsi que le juge français tient compte de la nature de l'illégalité commise pour condamner à de lourdes indemnités⁸⁷⁶.

Sa sévérité dans la fixation de l'indemnité varie selon qu'il se trouve en présence d'une illégalité de fond ou de pure forme⁸⁷⁷, selon que les droits méconnus sont plus ou moins

⁸⁷¹ Appelés aussi « punitive damages », ces condamnations autrefois très répandues en Angleterre, sont apparues comme un archaïsme pour une responsabilité civile moderne. Aussi, par un arrêt de 1964, la Chambre des Lords a mis un coup de frein à leur usage en réservant leur prononcé à certaines juridictions et certaines hypothèses seulement. Ils ne peuvent être accordés que si l'administration s'est comportée de façon arbitraire et pas simplement illégale, ou si le fait délictueux est commis dans l'intention de procurer plus d'avantages financiers que la condamnation civile qu'il est susceptible d'engendrer, et enfin évidemment dans les cas où la loi le permet. Voir, Ph. MEILLIER, *La responsabilité extra-contractuelle de l'administration en France et en Angleterre*, th., Lille 1997, p. 408 et s. ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. L.G.D.J. 1995, p. 48 et s.

⁸⁷² Toutefois, des auteurs ont pu remarquer une nette tendance des juridictions judiciaires françaises à octroyer depuis quelques années des sommes très importantes aux victimes d'atteinte au droit de la personnalité, ceci sous couvert de réparer le préjudice moral. Cf. S. CARVAL, op. cit., p. 32.

⁸⁷³ R.-E. CHARLIER, « Pour le coupable, les dommages et intérêts [...] sont en réalité une sanction ayant le même effet économique et presque le même effet moral qu'une amende ». in note sous C.E., 13 fév. 1942, *ville de Dôle*, S.1945,3, p. 21.

⁸⁷⁴ En ce sens S. CARVAL, *ibid.*

⁸⁷⁵ G. MORANGE, *Le préjudice moral devant les tribunaux administratifs*, D. 1948, chron. p. 105.

⁸⁷⁶ J.-M. JOANNES, *Le préjudice immatériel dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, th. dactyl., Paris II, 1998.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 332. Le Conseil d'Etat use de la règle selon laquelle le calcul de l'indemnité doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause, et notamment de la nature de l'illégalité commise, explicitement : C.E., 29 avr. 1955, *Sieur Espiard*, Rec. p. 227. – C.E., 27 avr. 1960, *Haurillon*, Rec. p. 277. Ou implicitement : C.E., 29 mars 1957, *Sieur Levêque*, Rec. p. 226. – C.E., 29 fév. 1980, *Ricard*, Rec. p. 181.

protégés par le droit⁸⁷⁸. Elle prend en compte aussi l'inertie blâmable, le mépris de l'administré, et se montre très rigoureuse en cas d'inexécution illégale de la chose jugée⁸⁷⁹.

Pour autant, il ne faut pas conclure là à une déviance excessive du type de celle connue chez nos voisins inspirés par le droit anglo-saxon⁸⁸⁰, car le préjudice immatériel moral est effectivement souvent d'autant plus grand que la faute est grave⁸⁸¹. En tout état de cause, la Cour de Justice des Communautés Européennes elle-même se reconnaît le droit de prononcer des dommages et intérêts exemplaires qui paraissent donc pouvoir s'inscrire sans heurt dans le contentieux français de la responsabilité civile⁸⁸².

L'existence de la catégorie quelque peu ambiguë dénommée « troubles dans les conditions d'existence » pourrait elle aussi cacher la pratique de la peine privée. En effet, la doctrine a toujours remarqué la volontaire imprécision du juge administratif quant à l'identification, voire la réalité, des chefs de préjudice indemnisés par ce biais⁸⁸³, même si cette catégorie de préjudice répond généralement à une définition conceptuelle⁸⁸⁴. Ni proprement matériels ni proprement moraux, les troubles sont indemnisés parfois de manière très importante. Par exemple, compte tenu de ce que l'on sait des montants de l'indemnisation du plus grave des préjudices moraux, celui d'affection pour la perte d'un être cher, souvent établi à hauteur de quelques dizaines de milliers de francs, on s'étonne qu'une secrétaire de mairie illégalement évincée mais indemnisée de ses pertes de revenus, obtienne en outre une somme de 100.000F à raison des « troubles de toute nature » qu'elle a subi « dans les circonstances de l'espèce »⁸⁸⁵. Dans l'exemple que nous évoquons, la secrétaire avait été licenciée pour l'amitié qu'elle entretenait avec l'adversaire politique du maire. On imagine

⁸⁷⁸ Cf. J.-M. JOANNES, op. cit., p. 338 à 341.

⁸⁷⁹ Ainsi le commissaire du gouvernement BRAIBANT faisait part d'un sentiment empirique mais partagé à l'occasion d'un cas d'inexécution de la chose jugée : « ce chiffre ne nous paraît pas trop élevé pour censurer la double illégalité commise par l'administration ». en C.E., 25 mars 1955, *Rousset*, Rec. p. 179.

⁸⁸⁰ Voir L. ENGEL, *Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine*, Esprit juin 1993, p.5.

⁸⁸¹ Cf. M. CREMIEUX, *Réflexions sur la peine privée moderne*, Etudes Kayser 1979, t.1, p. 273.

⁸⁸² Dans l'affaire *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, la C.J.C.E. a considéré possible l'octroi de tels dommages et intérêts visant expressément à sanctionner le comportement arbitraire ou inconstitutionnel des autorités publiques : C.J.C.E., 5 mars 1996, R.F.D.A. 1996, p. 596.

⁸⁸³ Cf. F. DE BAECQUE, *Règles de la jurisprudence administrative relatives à la réparation du préjudice en cas de mise en œuvre de la responsabilité de la puissance publique*, R.D.P. 1944, p. 197 ; J.-P. TAUGOURDEAU, *Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, A.J.D.A. 1974, p. 508 ; M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996, n°484, p. 216.

⁸⁸⁴ Il s'agirait selon les auteurs des Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative « des modifications apportées au mode de vie des requérants en dehors même du dommage matériel et de la douleur morale », observations sous l'arrêt *Letisserand*.

⁸⁸⁵ C.A.A., Nancy, 19 mars 1998, *Commune de Celles-sur-Plaine*, N°96NC00232.

alors que la somme élevée attribuée ait un rapport avec le caractère très répréhensible du comportement de l'auteur des dommages⁸⁸⁶. En tout état de cause, le droit public aurait tout à gagner à officialiser ce type de pratique occulte et à condamner l'administration à des sommes qui ont un « sens », pour les victimes et pour les responsables⁸⁸⁷.

Il peut arriver qu'un comportement administratif particulièrement regrettable n'ait pas causé de dommage particulièrement grave mais que la victime s'en plaigne en justice. La condamnation aux dépens peut être alors un substitut des dommages et intérêts en l'absence de préjudice permettant de marquer le tort⁸⁸⁸. Cette analyse a d'ailleurs été faite par MM. AUBY et DRAGO⁸⁸⁹, ainsi que par le commissaire du gouvernement LEVAVASSEUR DE PRECOURT⁸⁹⁰.

La réprobation peut aussi s'accompagner de la condamnation au franc symbolique lorsque la victime n'apporte pas la justification de son préjudice⁸⁹¹. De même peut-on imaginer que la possibilité offerte depuis la loi du 10 juillet 1991 d'obtenir le remboursement des frais irrépétibles au bon vouloir du juge devant les juridictions administratives participe aussi de cette sanction. Le texte ne fixe en effet pas de tarif pour cette condamnation qui peut

⁸⁸⁶ Lorsque des sommes très élevées sont accordées au titre des troubles dans les conditions d'existence, les arrêts ne s'étendent malheureusement pas toujours sur le fait générateur de responsabilité. Ainsi dans une affaire où l'appelante devant le Conseil d'Etat ne contestait que le montant de son indemnisation, la Haute Juridiction approuvait le tribunal administratif qui avait octroyé 200.000F au titre des troubles dans les conditions d'existence à la victime d'un défaut d'entretien normal de la voie publique : C.E., 29 avr. 1983, *Mme Allaire*, N°27.646. Mais nous savons que le défaut d'entretien normal est toujours une faute. Voir aussi C.E., 29 janv. 1988, *Mme Labidi*, n°65.135 : 50.000F pour ce seul chef de préjudice dans un cas de stérilisation non irréversible d'une femme déjà mère de cinq enfants, mais pratiquée sans son consentement, ce qui est un manquement très grave à la déontologie médicale comme on le sait par ailleurs.

⁸⁸⁷ Cf. opinion de L. BORE, *L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative*, R.F.D.A. 1996 p. 544.

⁸⁸⁸ Ex. C.E., 11 déc. 1871, *Manceaux*, Rec. p. 282. - C.E., 18 juil. 1919, *Brunet c/ Etat*, Rec. p. 650. - C.E., 20 déc. 1946, *Soc. Grands magasins de nouveautés*, Rec. p. 317. - C.E., 25 juin 1964, *Poirey*, Rec. p.594 ; Voir aussi C.E., 1^{er} juil. 1927, *Demoreuil*, S. 1927,3, p. 107 ; D. 1928,3, p. 21 : absence de faute d'une particulière gravité mais condamnation du fisc aux dépens de l'instance.

⁸⁸⁹ *Traité de contentieux administratif*, 4^{ème} éd., L.G.D.J. 1984, n°833.

⁸⁹⁰ Sur C.E., 25 juil. 1884, *Rabourdin*, Rec. p. 656. L'auteur écrit qu'en l'absence de préjudice appréciable, il faut condamner « au moins aux dépens ».

⁸⁹¹ Cette possibilité est officialisée en Angleterre par la condamnation à des « nominal damages ». Pour la France, voir : C.E., 15 mars 1919, *Brunschwig*, Rec. p. 262. - C.E., Sect., 25 oct. 1935, *Epoux Fleur-Santucci*, Rec. p. 983 : faute d'une gravité exceptionnelle commise par une perception en dévoilant des renseignements fiscaux. Souvent les arrêts mentionnent que cette condamnation est la seule possible s'il n'existe pas de préjudice : C.E., Sect., 5 mai 1939, *Bureau International de l'édition musico-mécanique*, Rec. p. 290 ; D.P. 1939,3,63. - C.E., Sect., 12 juin 1953, *Fréan et Association de la Gaieté qui guérit*, Rec. p. 285. - C.E., 10 mai 1996, *Lapierre*, Gaz. Pal. 29/30 nov. 1996, n°334-335. - T.A. Rennes, 10 déc. 1980, *époux Forget*, Rec. p. 557. - T.A., Versailles, 21 nov. 1986, *Association de défense de la qualité et du cadre de vie du village de Lésigny*, Rec. tables p. 704.

dépendre de l'équité⁸⁹². La jurisprudence récente montre d'ailleurs que le juge administratif est libéral dans l'emploi de cette possibilité de rendre une justice plus satisfaisante⁸⁹³. Dans le même esprit, l'usage qu'il fait à présent de l'astreinte, tout en donnant satisfaction à la demande de la victime, contribue à marquer la désapprobation de l'administration fautive. En effet, le prononcé de l'astreinte est calculé en fonction de la gravité de la faute et non en fonction de celle du préjudice⁸⁹⁴. Le Conseil d'Etat n'hésitant plus à placer la barre très haut quant au montant de cette astreinte, montre à tous son irritation face à certains comportements⁸⁹⁵.

2) La faute en raison de ses conséquences

Il n'est pas impossible en droit public que des agissements administratifs soient qualifiés de fautifs en raison des conséquences qu'ils ont eu. C'est le résultat auquel on parvient notamment lorsque l'existence de la faute est déduite de l'étendue des dommages. Pourtant la logique juridique devrait faire obstacle à ce que, dans un système basé sur la faute, la gravité du préjudice dispense de rechercher si le fait générateur remplit intrinsèquement les conditions de la faute. La Haute Juridiction a proclamé solennellement sa volonté de respecter le principe dans une décision de 1973 : « l'importance des préjudices subis ne révèle pas, à elle seule, l'existence d'une faute lourde »⁸⁹⁶. Mais, la doctrine a remarqué en lisant les arrêts une incohérence entre les bons principes proclamés et la pratique jurisprudentielle.

⁸⁹² Art. L.8-1 code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : « le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

⁸⁹³ T. TROTTIER, *La responsabilité de la puissance publique en matière fiscale*, Droit fiscal, 1994, n°27 et 28, p. 1088.

⁸⁹⁴ Cf. L. BORE, *L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative*, R.F.D.A. 1996, p. 544.

⁸⁹⁵ 5000 francs par jour dans C.E., Sect., 7 oct. 1994, *M. et Mme Lopez*, Rec. p. 430 ; R.F.D.A. 1994, p. 1098 ; 8000 francs par jour dans C.E., 28 juil. 1995, *Soc. Château d'Arsac*, N° 158609 ; Juris-Data n°048192 ; Cf. C. GUETTIER, J.-Cl. Ad., fasc. 1114. Voir aussi C.E., 22 nov. 1999, *M. Lothar*, N°141236 : refus implicite d'exécuter un jugement impliquant la réintégration d'un fonctionnaire malgré une première astreinte prononcée en 1996 dans le jugement, la seconde astreinte est majorée au double 3000F par jour au vu du mauvais vouloir persistant de l'administration.

⁸⁹⁶ C.E., 23 mars 1973, *C.P.A.M. des Bouches-du-Rhône et dame Ponel*, R.D.P. 1973, p.1791.

Certaines décisions ont conduit à penser que la gravité de la faute est appréciée aussi, et même parfois seulement, en fonction de l'importance du préjudice subi par la victime. C'est le constat global fait par J.-J. THOUROUDE dans sa thèse sur la faute qualifiée. Certaines décisions ont conduit cet auteur à penser que la gravité de la faute s'apprécie aussi, et même parfois seulement, en fonction de l'importance du préjudice subi par la victime⁸⁹⁷.

J.-M. AUBY a très tôt décelé ce procédé dans le secteur de la lutte contre les incendies⁸⁹⁸. Il pensait l'expliquer par la considération qu'en ces matières, c'est de l'aggravation de dommages nés avant l'intervention publique que découle la responsabilité. Mais cette explication ne peut valoir concernant le même phénomène présent dans d'autres secteurs d'application de la faute lourde où les arrêts paraissent tenir compte de la gravité du préjudice. Ainsi en matière de police administrative⁸⁹⁹, de responsabilité médicale⁹⁰⁰, et dans tous les secteurs de la faute lourde cette tendance a existé⁹⁰¹. Selon nous, elle s'explique par la naturelle propension de tout contentieux de la responsabilité à punir et à prévenir la répétition des dommages en marquant symboliquement la réprobation. En droit de la responsabilité non répressive, cela passe par la condamnation de l'anormal, l'anormalité se mesurant sur l'ensemble de la situation soumise au juge. Certes, on pourrait observer que ce phénomène est limité au cas de faute lourde car celle-ci s'oppose à la faute simple, et qu'il faut donc des critères supplémentaires d'anormalité pour la reconnaître, que par ailleurs la non reconnaissance d'une faute lourde ne signifie pas l'absence de faute. Mais selon nous, la logique de la faute qualifiée la met en opposition avec l'erreur, l'absence de faute et non avec la faute simple, dans la mesure où son exigence dépend de la difficulté et de l'aléa de l'activité. Donc, la qualification de faute simple au regard des conséquences des agissements n'est pas impossible bien que moins perceptible en pratique. Une faute simple pourrait être d'autant plus reconnue par le juge que le préjudice est grave, mais pour recouvrir cette propension la jurisprudence a développé d'autres mécanismes tels que la présomption de faute révélée par l'importance des dommages.

⁸⁹⁷ J.-J. THOUROUDE, thèse précitée, p. 180 et s.

⁸⁹⁸ *La responsabilité des services publics de lutte contre l'incendie*, D. 1957, chron. p. 17.

⁸⁹⁹ ex.: C.E., 29 janv. 1939, *Dame Papineau*, Rec. p. 137. - C.E., 6 fév. 1935, *Montillier*, Rec. p. 126. - C.E., 15 juil. 1957, *commune de Tinquex*, précité.

⁹⁰⁰ ex.: C.E., 12 juin 1970, *Administration de l'Assistance publique à Marseille c/ Faure*, Rec. p. 405. - C.E., 21 déc. 1938, *Commission des Hospices de Marseille*, Rec. p. 968.

⁹⁰¹ ex. pour la faute lourde des postes: C.E., Sect., 26 mars 1965, *Soc. l'habitation*, Rec. p. 260 ; pour la faute des services pénitentiaires: C.E., 6 juil. 1960, *Ribot*, Rec. p. 1124, c'est parce que le retard dans les soins apportés a causé une incapacité de 60% que la faute lourde est retenue ; en matière de contrôle: C.E., 11 déc. 1942, *Farines*, Rec. p. 350. - C.E., 2 nov. 1957, *Robergé*, Rec. p. 572.

Paradoxalement c'est aussi le déclin de la faute lourde qui fait peser plus souvent la sanction de la responsabilité sur l'administration⁹⁰². La raréfaction de cette locution infamante, accentue le poids réprobateur des condamnations. Même si la gradation des fautes peut se justifier en logique juridique par une sorte de transposition de la distinction des obligations de résultat et de celles de moyen, il n'en demeure pas moins que la faute qualifiée a toujours été perçue comme un mécanisme de protection de certains services. La pratique des tribunaux avait sur ce point suivi les recommandations du commissaire du gouvernement RIVET concluant sur l'affaire *Clef*⁹⁰³. Ce qui valait pour la police s'appliquait aveuglément aux services fiscaux, douloureusement aux services médicaux. D'où il résulte que, lorsqu'une telle faute est reconnue, le poids de la condamnation, statistiquement moins fréquente que l'hypothèse de faute simple, n'en est que plus grand.

Réintroduisant une logique de responsabilité dans un domaine de garantie, la faute qualifiée permet aussi de faire échec à certains plafonds législatifs d'indemnisation⁹⁰⁴. Il s'agit ici de l'utilisation la moins connue de la faute lourde. Insistons sur ce point, l'adjectif utilisé dans les domaines disciplinaires du droit n'est pas sans évoquer le blâme⁹⁰⁵. Mais la dissuasion ne doit pas se réduire à la seule stigmatisation des fautes car elle serait alors limitée à la seule responsabilité pour faute, elle peut aussi se développer dans la responsabilité sans faute.

B) La fonction de dissuasion dans la responsabilité sans faute du responsable

Le jugement peut-il être déclaratif de tort sans la reconnaissance d'une faute ? Comme nous l'avons vu, si le responsable est condamné sans reconnaissance d'un quelconque manquement, il n'est pas exclu que le montant de la condamnation puisse constituer à lui seul

⁹⁰² En ce sens D. LOCHAK, *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation*, in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993, p. 290.

⁹⁰³ « pour s'acquitter de la lourde tâche de maintenir l'ordre dans la rue, les forces de police ne doivent pas voir leur action énervée par des menaces de complications contentieuses », concl. RIVET sur C.E., 13 mars 1925, *Clef*, S. 1926,3, p. 36.

⁹⁰⁴ M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, th., L.G.D.J. 1994, p. 53.

⁹⁰⁵ Voir C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, collec. Systèmes, L.G.D.J. 1996, p. 177.

une désapprobation implicite de l'activité dommageable. Mais ce que nous envisageons à présent est la question de savoir si dans la responsabilité sans faute, supposée telle en tout cas, la dissuasion peut être marquée par d'autres éléments que la faute « subjective ». Par faute subjective nous entendons la faute de service, c'est-à-dire la faute qui emporte une stigmatisation d'un comportement même si juridiquement elle est imputée à une personne dénuée de conscience. Bien sûr cela ne correspond pas à ce que la distinction faute objective ou subjective recouvre chez des auteurs classiques pour lesquelles la faute objective est simplement celle que l'on peut commettre sans conscience⁹⁰⁶. La faute véritablement objective est pour nous celle qui ne fait même pas l'examen du comportement de son auteur mais qui permet toutefois de lui imputer un échec. Ceci étant précisé nous apercevons que la dissuasion peut être atteinte par le droit de la responsabilité lorsque celui-ci met en lumière les causes des dommages aux yeux des responsables eux-mêmes et provoque chez eux le sentiment de responsabilité (1). Ensuite, il est possible dans un droit de la responsabilité se voulant social et contractuel d'imaginer que toute responsabilité est en réalité une responsabilité pour faute non subjective (2).

1) Le sentiment de responsabilité dépassant le domaine de la faute reconnue judiciairement

Nous pensons que le sentiment de responsabilité peut s'emparer d'une personne en dehors de toute reconnaissance juridique de sa faute, de même que la reconnaissance d'une faute juridique peut laisser insensible son auteur. Car ce qui compte ce n'est pas tant en soi qu'il y ait eu faute mais bien que le dommage soit imputable au responsable. En effet, le sentiment de responsabilité procède de l'embarras, de la gêne, de la mauvaise conscience d'avoir été la cause d'un préjudice. Si une personne est capable de se reprocher un dommage, ce n'est pas nécessairement sa conduite qu'elle regrette, mais toujours elle déplore que sa conduite ait engendré tel résultat⁹⁰⁷. Cependant, l'inverse est plus fréquent ; en présence d'un dommage, on ne ressent aucun regret si l'on sait que l'on n'y peut rien. Autrement dit, il se peut qu'un fait dommageable ne soit pas reconnu comme faute en droit, mais néanmoins

⁹⁰⁶ Cf. par exemple : H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t.2, *obligations théorie générale*, 7^{ème} éd. Montchrestien 1985, p. 445.

⁹⁰⁷ De mauvais agissements avec de bons résultats ne causent parfois aucun émoi à leurs auteurs, sauf si la morale à elle seule les sensibilise à ces fautes. Une faute sans préjudice n'est pas prise en compte par le droit civil mais par le droit pénal.

qu'un sentiment de responsabilité en soit né. Dès lors, on peut imaginer que la condamnation sans faute constitue aussi une sanction.

La fonction préventive de la responsabilité civile n'a pas disparu avec la socialisation des risques, elle se collectivise avec elle. La faute devient une condition beaucoup plus relative de la responsabilité soit, mais son recul constaté par les civilistes n'est pas si dramatique au regard de la fonction sanctionnatrice et il ne doit pas permettre qu'on se prétende « responsable mais pas coupable ». Qu'un préposé agent ne commette pas de faute n'empêche pas l'imputation « morale » du fait causal à une entité collective. C'est parce que cette « responsabilité-sanction » des collectivités est, dans les faits, concevable et ressentie comme telle, que la faute a pu s'éclipser un peu. Il est donc bon que la responsabilité civile soit sortie de la faute, pour étendre son action régulatrice à des comportements situés à tout niveau de conscience. Cependant, la faute demeure l'instrument privilégié de la sanction⁹⁰⁸. Dans l'opinion publique, c'est une donnée incontestable que la doctrine occulte par déformation mais que le juge n'ignore pas. C'est pour cela que le juge administratif ne s'est jamais affranchi de son emploi, pourtant non indispensable sur le plan d'une théorie juridique se voulant autonomiste. Quitte à encourir les critiques doctrinales, il a opté pour cette « monstruosité » juridique : la faute de service. Que n'aurions nous préféré la reconnaissance que c'est dans la causalité que doit transparaître l'idée de réprobation. On aurait pu s'inspirer de ce que le concept de « faute » signifie dans l'esprit du commun des justiciables. Le terme faute n'évoque pas toujours au sens étroit le sentiment de pécher, c'est aussi dans le langage courant un synonyme de « cause ». « De qui est-ce la faute ? », demande-t-on suite à des événements accidentels. « Ce n'est pas sa faute », déclare-t-on pour expliquer que malgré les apparences une personne n'a été qu'un élément dans une chaîne de causalité. « Je n'y suis pour rien » veut-on en réalité dire lorsqu'on emploie le terme de faute. Certes, voilà un domaine dans lequel la richesse de notre langue avoue ses limites. Mais c'est peut-être une chance plus qu'un handicap pour les victimes de dommages.

Dans ses multiples sens, le mot faute renvoie à la causalité. Or, la causalité permet la sanction. On peut se sentir coupable et pétri de remords d'avoir causé un dommage par un comportement pourtant non répréhensible. Par exemple, si je renverse avec mon véhicule une personne qui se sera jetée devant moi, je pourrai certainement me reprocher d'être trop paresseux et individualiste au point d'utiliser intempestivement des engins qui peuvent causer

des dommages. Ne puis-je marcher ou prendre les transports en commun ? Cela m'aurait évité de causer quelque peine à autrui. L'exemple est extrême et tout le monde n'a pas le souci de son prochain, tout le monde ne peut pas être le « meilleur » père de famille, il est déjà difficile d'être « un bon père de famille ».

Si la causalité permet la sanction, il faut préciser qu'il ne peut s'agir de n'importe quelle causalité. C'est la causalité adéquate qui peut le mieux correspondre aux objectifs de sanction et de prévention de la responsabilité civile⁹⁰⁹. De cet impératif découle l'exigence naturelle que les préjudices soient les conséquences relativement directes des faits dommageables. N'est ce pas cela qu'il faut comprendre à la lecture du principe général du droit repris dans l'article 1382 du code civil ? La cause est la condition première de toute responsabilité et la faute ne fait que présumer une causalité plus adéquate⁹¹⁰.

2) *Le dépassement de la faute subjective par le droit contractuel*

Dans la responsabilité contractuelle, la sanction paraît exister en dehors de la faute du débiteur⁹¹¹. Parmi les civilistes, le débat sur l'autonomie de la responsabilité contractuelle a fait couler beaucoup d'encre. Certains des plus célèbres ont établi que « lorsque le débiteur a assumé une obligation déterminée, l'inexécution, donc la faute, se constate, en quelque sorte, automatiquement : il suffit de constater que l'acte promis n'a pas été accompli, il n'y a pas à apprécier la conduite du débiteur, à rechercher s'il a agi avec prudence et diligence. »⁹¹². Mais chacun doit admettre que cette proposition ne se vérifie pas aussi bien lorsque c'est une obligation de moyens et non de résultat qui était contractée par le débiteur.

⁹⁰⁸ Dans un enchaînement de causes, la faute désigne la cause la plus déterminante, le moment où le cours des événements bascule, parce qu'elle consiste à ne pas avoir agi de sorte à éviter le dommage évitable.

⁹⁰⁹ Pierre VIALLE partage cet avis, *Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative*, R.D.P. 1974, p. 1280.

⁹¹⁰ La faute présume la causalité adéquate car si un acte est considéré par la société comme une faute, c'est parce que cet acte augmente les risques de danger, c'est-à-dire qu'il est cause d'effets négatifs compte tenu des intérêts que la société protège. Donc si un dommage survient dans la sphère d'activité de l'acte, on lui en attribuera *a priori* la causalité. En ce sens B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Rodstein 1947, p. 161 ; P. LAMOUREUX, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en droit privé et en droit public*, th. dactyl., Paris, 1951, p. 2.

⁹¹¹ B. STARCK, *op. cit.*, p. 293.

Même les plus farouches partisans de la garantie contractuelle ne nient pas toute subjectivité dans la responsabilité contractuelle et toute influence de la notion de faute⁹¹³. Pour nous, le débat n'a pas d'autre intérêt que de montrer la nature profonde de la responsabilité contractuelle qui n'est qu'une sanction « destinée à réaliser, à matérialiser, la force obligatoire de l'engagement contractuel. »⁹¹⁴. C'est pourquoi, en droit administratif comme en droit privé, la responsabilité contractuelle est étudiée dans le régime du contrat. Si la faute joue un rôle dans la responsabilité issue du contrat, ce ne serait qu'un rôle accessoire car elle ne serait pas le fondement, la justification de la sanction. Tout ceci n'est pourtant pas suffisant à établir l'autonomie conceptuelle, car ce qui diffère réellement, ce sont certaines règles précises applicables en matière de contrat⁹¹⁵. Mais, d'une part, il n'est pas démontré que ces règles là n'ont pas leur équivalent dans les responsabilités non conditionnées par un contrat spécifique, et d'autre part, il reste très contesté que la faute soit un fondement de la responsabilité extra-contractuelle ; elle n'est qu'une condition de celle-ci⁹¹⁶. A la vérité, il existe des cas de responsabilité contractuelle et extra-contractuelle pour faute comme il existe des cas de responsabilité contractuelle et extra-contractuelle sans faute, parce que la distinction des obligations de résultats et des obligations de moyens est universelle⁹¹⁷. On a parfois l'impression que le juge administratif raisonne de cette façon en dehors des cas de stricte responsabilité contractuelle. Dans ces hypothèses qui excluent *a priori* le plus l'idée de faute, le juge prend le plus grand soin de détailler en quoi le dommage est directement imputable à l'action publique, comme pour montrer que l'on peut faire l'économie de l'examen du comportement du responsable à condition qu'il soit bien la source du dommage. Il s'agit de la responsabilité du fait de décisions normatives régulières ayant engendré une rupture d'égalité devant les charges publiques. Dans de telles hypothèses, il faut que le préjudice soit grave, spécial et anormal d'après les arrêts, et surtout que le requérant n'ait pu en aucune manière répercuter le coût du dommage sur d'autres personnes⁹¹⁸. Bref, il ne faut

⁹¹² H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t.1, n°670.

⁹¹³ B. STARCK, p. 470 et s. S'il y a faute dans l'exécution d'un contrat la peine privée resurgit et fait échec aux clauses d'irresponsabilité.

⁹¹⁴ B. STARCK, précité, p. 292.

⁹¹⁵ Surtout parmi elles, la limitation des dommages et intérêts au dommage prévisible comme le commande l'article 1151 du code civil.

⁹¹⁶ Voir infra p. 386.

⁹¹⁷ Ceci est en tout cas fortement vérifié en droit administratif et expliquera la survivance résiduelle des fautes qualifiées.

⁹¹⁸ Voir la jurisprudence française et européenne touchant surtout des opérateurs économiques puisque ceux-ci peuvent répercuter leur préjudice sur leurs prix. Cf. G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Masson 1990, p. 255, 6^{ème} éd. Armand Colin 1998.

pas qu'une cause intermédiaire soit retenue comme explicative du dommage. De sorte que si la victime subit le dommage c'est bien uniquement par le fait déterminant du responsable⁹¹⁹.

En droit administratif français pour ce qui nous intéresse, il faut préciser que la responsabilité contractuelle sans faute trouve de nombreuses applications dont l'une a été celle encourue par l'Etat à raison d'une convention internationale. Avant même que cela soit confirmé par le célèbre arrêt *Cie Générale d'énergie radioélectrique*, l'Etat fut condamné à indemniser la SNCF des conséquences d'un accord international comme cela était entendu dans un contrat entre eux⁹²⁰. A bien examiner la jurisprudence, on se rend compte que c'est même dans le contentieux contractuel que toutes les hypothèses de responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques ont été inaugurées. Ainsi, c'est en raison de la théorie du fait du prince que l'Etat est condamné en 1907 à réparer les conséquences d'un règlement légal sur un contrat⁹²¹. Selon Philippe TERNEYRE le fait du prince est bien un cas de responsabilité contractuelle sans faute car elle ne peut être la simple conséquence abstraite d'un droit à l'équilibre financier puisque l'imputabilité du préjudice au fait du *solvens* est exigée⁹²².

Le champ d'application qu'il faut donner à la responsabilité contractuelle est vaste en droit administratif, malgré son formalisme sur ce point. D'une manière générale, on peut y inclure toutes ces hypothèses où l'administration est tenue d'indemniser ses cocontractants lorsqu'elle fait usage de pouvoir de résiliation dans l'intérêt général, c'est-à-dire sans faute du débiteur. Pour Ph. TERNEYRE la résiliation unilatérale emporte toujours responsabilité⁹²³. Plus surprenant encore car inattendu, dans un arrêt du 16 juillet 1857 le Conseil d'Etat accorda des « indemnités » à raison des conséquences d'une loi nouvelle venue modifier les conditions d'exécution d'un contrat⁹²⁴.

En dehors des hypothèses que nous venons d'évoquer, il paraît difficile de soutenir que la responsabilité sans faute puisse sanctionner le responsable, sauf à considérer de façon

⁹¹⁹ Le dernier arrêt ayant admis la responsabilité de l'Etat du fait de la loi laisse entendre que la charge subie par le requérant, du fait des dégradations par les flamands roses de ses cultures, trouve son origine dans l'impossibilité pour lui de chasser ces animaux protégés par la loi du 10 juillet 1976. D'où il résulte que cette charge qui est « la cause directe mais non voulue » d'une mesure édictée par le législateur dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité », nonobstant le fait que les premiers auteurs des dégradations soient bien les animaux. C.A.A. Lyon, 1er fév. 1994, *Sieur Plan*, D. 1994, p. 442.

⁹²⁰ C.E., 22 déc. 1961, *SNCF*, R.D.P. 1962, p. 646, avec un article de R.-M. CHEVALLIER : *Le droit de la communauté européenne et les juridictions françaises*.

⁹²¹ C.E., 6 déc. 1907, *Grandes cles de chemin de fer*, cité par DUGUIT, R.D.P. 1910, p. 656 et 653.

⁹²² Ph. TERNEYRE, thèse précitée p. 164.

⁹²³ Précité p. 147 à 149.

⁹²⁴ Rec. p. 547, cité par P. TIRARD, th. citée, p. 239

pragmatique que toute responsabilité sans faute a aussi un effet préventif puisqu'en facilitant l'action des victimes, elle dissuade les auteurs d'activités dommageables et réduit le nombre des dommages⁹²⁵.

Mais, en tout état de cause, si l'on admet que c'est toujours pour une violation du contrat social que les responsables sont condamnés, alors on peut dire que la responsabilité est une sanction de cette violation, faute objective. Rompre le principe d'égalité, n'est-ce pas commettre une illégalité donc une faute⁹²⁶ ? Le droit allemand distingue la responsabilité pour faute et la responsabilité pour résultat⁹²⁷, ce qui évite d'avoir à affirmer de manière présomptueuse l'inexistence de toute faute. Dans la responsabilité pour résultat, le dommage aurait dû être prévu⁹²⁸. S'il ne l'a pas été, l'auteur est responsable. Cette conception est intéressante, car si on la transpose au cas de responsabilité du fait des lois, on peut soutenir que la loi devrait toujours anticiper ses effets dommageables. Si elle ne le fait pas, doit-on déclarer qu'elle engendre la responsabilité de l'Etat, ou plutôt en déduire qu'elle a forcément exclu l'indemnisation ? Dans quelles conditions la réponse à cette question variera-t-elle ? Nous ne pouvons approfondir ces pistes avant d'avoir précisé certains particularismes du droit administratif, notamment dans la fonction qui lui est indiscutée, et qui n'est pas remise en cause par notre théorie donnant pourtant un large champ à la faute, celle d'indemnisation des victimes.

⁹²⁵ Cette "théorie de la prévention" développée par G. RUMELIN, *Culpahaftung und Causalhaftung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1898, p. 285 à 316, est critiquée par B. RAMSES, *La responsabilité sans faute en droit privé et en droit public*, 1953, p. 58-59.

⁹²⁶ Idée avancée par T. DEBARD, *L'égalité des citoyens devant les charges publiques: fondement incertain de la responsabilité administrative*, D. 1987, chron. p. 157.

⁹²⁷ Voir E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, traduit par M. FROMONT, Bruxelles, Bruylant 1969 ; G. WILMS, *Le droit allemand*, in *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruylant, 1997, p. 65 et s.

⁹²⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit. p.168.

Chapitre 2

LA FONCTION INDEMNISATRICE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF

L'idée que la responsabilité administrative assume une fonction d'indemnisation ne pose bien entendu aucune difficulté. Elle découle même de l'idée très privilégiée par le juge administratif selon laquelle la responsabilité de l'administration doit d'abord être recherchée sur le terrain de l'absence de faute car elle n'a pas pour fonction de punir. Mais nous avons montré que loin d'être totalement indolore, la responsabilité de l'administration peut être une responsabilité authentiquement réprobatrice et préventive. Se pose alors la question de savoir comment cela se concilie avec la théorie selon laquelle la responsabilité de l'administration n'est qu'une vaste garantie, une grande socialisation des risques dont la règle d'or est l'équilibre des charges publiques entre les citoyens.

Il nous apparaît que la fonction indemnitrice s'accommode de la fonction sanctionnatrice si le système de la responsabilité s'organise en une vaste assurance et non en une simple socialisation objective. L'assurance préserve en effet la fonction préventive de la responsabilité, car si elle calcule en terme de risque, elle ne fait pas disparaître l'intérêt d'une référence à la faute du responsable⁹²⁹. Ainsi en est-il par exemple, lorsque le responsable est incité à modifier son comportement de sorte à ne pas alourdir ses charges d'assurance, et lorsque l'assureur, qui sera l'assuré lui-même s'agissant de l'Etat⁹³⁰, impose l'aménagement des conditions d'exercice de l'activité assurée afin de la rendre moins risquée. Par ailleurs, la logique de l'indemnisation procède, elle aussi, de la prévention. Elle permet d'empêcher que les dommages causés s'aggravent et que les victimes se marginalisent, voire se révoltent. Le droit administratif doit donc tout naturellement satisfaire à la logique prépondérante de l'assurance (Section 1), bien que celle-ci puisse être tempérée, et il doit permettre une indemnisation efficace des dommages (Section 2).

⁹²⁹ Cf. F. EWALD, *L'Etat Providence*, Grasset 1986, p. 538.

⁹³⁰ Mais pas toujours car la règle n'est que le résultat de la pratique réaliste consistant à dire que l'importance et la diversité de son patrimoine place l'Etat dans la même situation qu'un assureur. D'où il résulte que l'Etat peut s'assurer lorsqu'il l'estime opportun relativement à une activité spécifique. Voir F.-P. FRANC-VALLUET, *De la règle "L'Etat est son propre assureur"*, R.G.A.T. 1978, p. 596.

SECTION 1

LA PREPONDERANCE DE LA RESPONSABILITE-ASSURANCE EN DROIT

ADMINISTRATIF

Lorsque la doctrine évoque la fonction responsabilité-assurance, elle envisage généralement certains cas de responsabilité sans faute du responsable chargés de garantir les tiers contre certains risques de l'activité administrative⁹³¹, parmi lesquels figure celui de la faute personnelle de l'agent, celui des choses dangereuses etc⁹³². Une telle présentation répond au souci de distinguer précisément certains types de responsabilité par rapport à d'autres qui sont la responsabilité-sanction et la responsabilité-prix, mais c'est là sa faiblesse. En effet, il est peu probable que chaque hypothèse type de contentieux de la responsabilité réponde à une seule fonction exclusivement. Ainsi apparaît-il possible de donner un champ d'application beaucoup plus large à la fonction d'assurance de la responsabilité publique sans minimiser sa fonction préventive.

Comme nous le soutenons, la responsabilité au sens strict consiste à causer un dommage sans droit, c'est la définition qui découle naturellement de ce qu'elle provient de la violation d'une obligation du contrat social d'assurance contre le risque. Cette thèse concilie les deux fonctions pleinement préventive et indemnitrice de la responsabilité. Nous sommes conscient cependant qu'elle n'est pas celle du droit positif tel que présenté aux citoyens par la jurisprudence et une partie importante de la doctrine. Sans nier la logique de l'assurance qui résulte de la socialisation du risque, le droit administratif semble d'autant plus réduire sa place qu'elle favorise la thèse selon laquelle l'administration paye parfois des dommages et intérêts pour avoir le droit de mener certaines activités dommageables. Conçue ainsi, la responsabilité

⁹³¹ Voir D. LOCHAK, *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation*, in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993, p. 296.

⁹³² Par exemple L. DE GASTINES distingue « responsabilité-assurance du fait d'autrui » et « responsabilité-assurance du fait des choses ». Mais il inclut plus généralement dans cette fonction toute la responsabilité pour risque. Voir *La responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, R.D.P. 1992, p. 144.

est dénommée « responsabilité-prix »⁹³³. Cette conception d'une responsabilité monnayable est particulièrement choquante en ce qu'elle ne permet pas de remettre en cause les activités autorisées lorsqu'elles sont parfois nuisibles en occultant plus généralement l'idée de sanction. De plus, elle procède d'une doctrine n'ayant plus guère cours, celle de la toute puissance publique. Afin de montrer la prépondérance de l'idée d'assurance dans la responsabilité administrative nous pouvons donc réfuter la théorie de la responsabilité-prix (§1) puis préciser si la responsabilité-assurance englobe toutes les hypothèses de responsabilité fondées sur la mutualisation des risques (§2).

§1 Réfutation de la théorie de la responsabilité-prix en droit administratif

Certaines hypothèses de responsabilité sans faute de l'administration sont présentées aux administrés comme ne permettant pas de contester l'activité administrative. Elles apparaissent alors comme le prix à payer pour l'exercice d'un droit. L'hypothèse était vérifiée par le professeur Charles EISENMANN lorsqu'il déclarait reconnaître une responsabilité-prix dans les cas de réparation fondée sur l'inégale répartition des charges publiques, car alors la responsabilité « apparaît comme le prix à payer par la collectivité, pour une activité, pour des mesures régulières, régulières même si elles sont anormales ». Le paradoxe peut apparaître seulement léger, mais il devient gênant lorsque l'on réfléchit au sens général de la responsabilité que l'on dit fondée directement sur la rupture d'égalité devant les charges publiques⁹³⁴. C'est en effet que la condition d'anormalité ne permet plus de considérer comme une responsabilité-prix ce qui constitue la violation d'une norme du contrat social. Cependant, en admettant que certaines hypothèses de responsabilité administrative correspondent au

⁹³³ Appellation retenue par C. EISENMANN par comparaison avec la situation similaire en droit privé de l'industriel exploitant régulièrement une activité polluante et tenu de réparer les nuisances excessives qui en découlent. J.C.P. 1949, n°751, paragraphe n°22.

⁹³⁴ Bien qu'importante, seule une partie de la doctrine accorde au principe d'égalité devant les charges publiques valeur explicative pour toute la responsabilité publique : R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, Fasc. IV ; A. DE LAUBADERE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, L.G.D.J. 1984, p. 744 ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, Rép. Dalloz, Res. De la Puis. Publ., *responsabilité sans faute*, n°289 et s. J.-P. DUBOIS, *La responsabilité administrative*, coll.Repères, éd. La découverte 1996, p. 12-13.

mécanisme d'un prix payé (A), nous tenterons de montrer la véritable nature que ces cas d'indemnisation recouvrent en définitive (B).

A) Hypothèses supposées de responsabilité-prix

Des exemples concrets de responsabilité-prix en droit administratif, C. EISENMANN n'en a pas fourni. C'est la doctrine qui, s'intéressant depuis peu à la question des fonctions de la responsabilité, a étayé son propos en utilisant la jurisprudence⁹³⁵. Le droit administratif connaîtrait une responsabilité-prix semblable à celle existant en droit privé dans l'hypothèse de dommages nés d'activités matérielles tenues pour régulièrement exercées (1), mais aussi une responsabilité-prix typiquement de droit public dans le cas de dommages engendrés par des mesures normatives légales (2).

1) La responsabilité découlant des activités matérielles tenues pour régulières

Un seul auteur aujourd'hui range les hypothèses de dommages causés par les choses et méthodes dangereuses utilisées par l'administration dans la catégorie de la responsabilité-prix⁹³⁶. Mais en ce qui concerne les choses dangereuses, il ne cite que deux cas : l'affaire de l'explosion d'un hangar militaire du fort de la double couronne au début du siècle⁹³⁷ et celle d'une propagation involontaire d'un incendie à un immeuble voisin d'un bâtiment condamné à purification⁹³⁸. Pour ce qui est des méthodes dangereuses, c'est bien sûr la jurisprudence *Thouzellier* et ses extensions qu'il faudrait considérer comme le prix à payer pour une activité à risques⁹³⁹. A chaque fois, il faudrait y trouver indéniablement une « activité correspondant à

⁹³⁵ Précités L. DE GASTINES en 1992 puis D. LOCHAK en 1993.

⁹³⁶ L. DE GASTINES, op. cit.

⁹³⁷ C.E., 28 mars 1919, *Regnault-Desrozières*, S. 1918-1919,3, p. 25, note Hauriou ; D. 1920,3, p. 1, note Appleton ; R.D.P. 1919, p. 239 concl. Corneille, note Jèze.

⁹³⁸ C.E., 24 déc. 1926, *Walther*, Rec. p. 1140 ; S. 1927,3, p. 34.

⁹³⁹ C.E., Sect., 3 fév. 1956, *Min. de la Justice c/Thouzellier*, Rec. p. 49 ; A.J.D.A. 1956,II,p.96, chron. Gazier ; D.1956, p. 597, note J.-M. Auby ; J.C.P. 1956,II,9608, note Lévy ; R.D.P. 1956, p. 854, note M. Waline. et C.E., 9 mars 1966, *Garde des Sceaux-Ministre de la Justice c. Trouillet*, Rec. p. 201 : évasion d'un établissement d'éducation surveillée. C.E., 13 juil. 1967, *Département de la Moselle*, Rec. p. 341. et C.E., 13 mai 1987, *Mme*

la satisfaction d'un intérêt public » et « tenue pour régulière »⁹⁴⁰. Mais où classer les jurisprudences sur les ouvrages publics exceptionnellement dangereux⁹⁴¹, sur l'utilisation des armes à feu⁹⁴², sur les dommages accidentels causés aux collaborateurs occasionnels des services publics⁹⁴³ ? Nul ne les mentionne comme intégrant la responsabilité-prix. La doctrine les range plutôt dans la responsabilité-assurance⁹⁴⁴.

Voilà qui ne simplifie pas la représentation qu'on veut se faire des fonctions de la responsabilité car on ne doute pas que les activités ci-dessus visées remplissent un but d'intérêt public et soient régulières. Elles ne sont pas moins légitimes, pas moins légales que l'effort de guerre, la lutte contre les bâtiments contaminés, ou la réadaptation sociale. Leur seule originalité est qu'elles n'engendrent pas seulement une responsabilité facilitée à l'égard des tiers mais aussi au bénéfice des usagers. Ainsi, l'usage d'armes dangereuses par les forces de police justifie une responsabilité pour faute simple à l'égard des individus visés par elles⁹⁴⁵. On notera aussi que de plus en plus nombreuses sont les hypothèses de responsabilité sans faute en faveur d'autres victimes que les tiers. Outre la remarquable affaire *Dalleau* pour les dommages accidentels de travaux publics, on peut aujourd'hui mentionner l'essor des nouvelles responsabilités hospitalières en matière médicale⁹⁴⁶. Il apparaît par exemple, que la

Piollet, Rec. p. 172 : malade psychiatrique en liberté surveillée. C.E., 19 déc. 1969, *Etablissements Delannoy*, Rec. p. 595. et C.E., Sect., 5 déc. 1997, *Pelle*, R.F.D.A. 1998, p. 569, concl. Bonichot ; p. 574 obs. Dietsch ; p. 575 note C. Guettier : mineur placé.

⁹⁴⁰ Cette dernière expression est tout à fait adaptée car elle laisse entrevoir une certaine hypocrisie dans le système de responsabilité choisi. En effet, dans l'affaire *Regnault-Desroziers* des fautes de négligence très graves étaient à l'origine de l'explosion : caisses empilées sans précaution jusqu'au plafond du hangar, soldats juchés dessus en équilibre précaire, et fatigués de surcroît. De même on peut difficilement expliquer sans faute la communication d'un incendie à un bâtiment voisin lorsque celui-ci est provoqué, il semble possible de prendre alors toutes les précautions nécessaires, celle d'être accompagnés de pompiers par exemple. En somme il ne faut pas comprendre l'expression « responsabilité sans faute » au sens littéral mais bien comme le cas d'une responsabilité sans recherche de faute.

⁹⁴¹ C.E., 6 juil. 1973, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Dalleau*, Rec. p. 482 ; A.J. 1973, p. 588 chron. Franc et Boyon ; D. 1973, p. 740, note Moderne ; J.C.P. 1974,II,17625, note Tedeschi. Voir O. RENARD-PAYEN, *Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics. Dommages subis par les usagers*, J.-Cl. Ad., fasc. 932, n°8 à 10.

⁹⁴² C.E., A., 24 juin 1949, *Lecomte*, Rec. p. 307 ; S. 1949,3,61, concl. Barbet ; D. 1950, p. 5, chron. Berlia et Morange ; R.D.P. 1949, p. 583, note Waline ; J.C.P. 1949,II,5092, concl. Bardet, note Georges.

⁹⁴³ C.E., A., 22 nov. 1946, *commune de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec. p. 279 ; S. 1947,3,105, note F.P.B. ; D. 1947, p. 375, note Blaevoet.

⁹⁴⁴ D. LOCHAK, *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation*, in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993, p. 300 à 306.

⁹⁴⁵ C.E., Sect., 27 juil. 1951, *Dame Aubergé et Dumont*, Rec. p. 447 ; D. 1952, p. 108, concl. Gazier, note Morange. - C.E., 14 déc. 1952, *Epoux Roth*, R.D.P. 1952, p. 1071. - C.E., 5 oct. 1960, *Ministre de l'intérieur c/ époux Rigollet*, Rec. p. 515 ; A.J. 1960,I,157. - C.E., Sect., 29 nov. 1963, *Epoux Marchon*, Rec. p. 581 ; A.J. 1964, p. 27. - C.E., 13 oct. 1982, *Berrandou*, Rec. p. 340.

⁹⁴⁶ Il faut ici évoquer la condamnation des centres publics de transfusions sanguines à raison des risques que présente la manipulation de tels produits : C.E., A., 26 mai 1995, *Consorts Nguyen Jouan, Pavan*, Rec. p. 221 ; R.F.D.A. 1995 p. 748, concl. Daël ; J.C.P. 1995,II,22468 note Moreau ; A.J.D.A. 1995, p. 508 ; R.D.P. 1995, note de Lajartre.

jurisprudence *Bianchi*⁹⁴⁷ est loin d'être une hypothèse d'école, puisqu'elle s'applique aux accidents opératoires liés à l'anesthésie et même au profit des usagers dont l'opération n'apparaît pas véritablement nécessaire⁹⁴⁸.

Ces arrêts facilitant l'indemnisation des usagers du service montrent que ce qui caractérise la responsabilité en ce domaine, c'est le caractère dangereux des choses en elles-mêmes, quelle que soit la qualité de tiers ou non de la victime, et non l'existence d'un risque lié à un certain voisinage des choses⁹⁴⁹. Or, la notion de danger intrinsèque à la chose ou à la méthode employée par le service public ne semble guère compatible avec l'idée d'une responsabilité-prix dans une société où la santé elle-même n'a pas de prix et où le principe de progrès impose toujours le maximum de précaution et de prévention. Une classification dans la fonction assurantielle de la responsabilité semble effectivement mieux convenir. C'est le parti adopté par D. LOCHAK qui lui permet de ranger là toutes les hypothèses de responsabilité découlant d'un risque depuis l'affaire *Cames*⁹⁵⁰.

Un autre cas de responsabilité-prix résiderait dans l'hypothèse des dommages permanents de travaux publics. La doctrine désigne ainsi les gênes et nuisances constantes liées à une activité publique, c'est-à-dire les dommages non accidentels de travaux ou d'ouvrages publics. Dès lors qu'une personne souffre des effets nuisibles d'un ouvrage public auquel son voisinage l'expose, elle a droit à indemnisation si le dommage est anormal et spécial⁹⁵¹. Il est tenu compte de la situation des lieux, de leur proximité et du niveau relatif et constaté des nuisances. Peuvent ainsi être indemnisés les riverains situés à moins de 50 mètres d'une autoroute⁹⁵², les commerçants qui connaissent une perte de clientèle suite à un accès

⁹⁴⁷ C.E., A., 9 avr. 1993, *Bianchi*, Rec. p. 126, concl. Daël ; A.J.D.A. 1993, p.383, chron. Mauglié et Touvet ; R.D.P. 1993 p.1099, note Paillet ; D. 1994,S.C., p.65, obs. Bon et Terneyre ; J.C.P. 1993,II,22061, note Moreau.

⁹⁴⁸ Première application en cas d'anesthésie : T.A., Lille, 22 sept. 1994, *Cts Prévost c/Centre hospitalier de Seclin*, Rec. p. 705. Puis le Conseil d'Etat étend cette jurisprudence à l'accident survenu au cours d'une anesthésie pratiquée sur un enfant pour réaliser une circoncision rituelle : C.E., Sect., 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, A.J.D.A., 1997, p. 1016 ; Gaz. Pal. 8-10 mars 1998, p. 31, note Hermon ; D. 1998, J, p. 146, note P. Chrestia.

⁹⁴⁹ C'est le commentaire éclairé des auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* sous l'arrêt *Regnault-Desroziers*. Dalloz 1999, commentaire n°37, p. 210.

⁹⁵⁰ D. LOCHAK, *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation*, in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993, p. 300 à 306.

⁹⁵¹ Depuis C.E., 31 janv. 1890, *Bompoint-Nicot*, Rec. p. 112. Cité par R. CAPITANT à la R.D.P. 1929 dans son article consacré à la double notion de travail public.

⁹⁵² C.E., 9 nov. 1984, *Société concessionnaire française pour l'exploitation et la construction du tunnel routier du Mont-Blanc*, D.A., 1984, n°487. - C.E., 5 nov. 1982 *Société des autoroutes du Sud de la France*, n°23912. - C.E., 19 janv. 1990, *Ministre de l'Équipement*, n°79282.

rendu très difficile⁹⁵³. Tout est affaire d'espèce et l'indemnisation doit être refusée dès lors que le juge considère les nuisances comme ne dépassant pas le seuil normal des sujétions que les riverains d'un même type d'ouvrage peuvent supporter⁹⁵⁴. C'est en outre ainsi que sont traditionnellement sans recours les victimes d'allongements de parcours ou de pertes de revenus consécutivement à une modification dans l'assiette ou la direction de la voie publique⁹⁵⁵. En somme, il y aurait des activités nuisibles payantes et d'autres gratuites pour l'administration qui les exercent. Cette conséquence de l'idée de responsabilité-prix est surprenante, mais de même il existerait des actes légaux engendrant néanmoins une obligation d'indemnisation alors que le droit commun de la responsabilité exige la commission d'une illicéité.

2) La responsabilité découlant des mesures administratives régulières

Cette traduction jurisprudentielle du principe de rupture de l'égalité devant les charges publiques est peu fréquente. La condition d'anormalité et de spécialité du préjudice est ici rarement admise parce que l'on conteste, soit les effets de décisions individuelles de carence dites non fautives, soit ceux de décisions impersonnelles considérées comme légales.

Observons tout d'abord le cas de responsabilité issue d'une décision individuelle légale manifestant une carence excusée. Il s'agit d'une des jurisprudences les plus énigmatiques et les plus passionnantes du droit administratif français. L'affaire *Couitéas* qui l'inaugure en 1923 concernait la responsabilité encourue par l'Etat français à raison d'un acte administratif individuel refusant à un propriétaire en Tunisie l'usage de la force militaire d'occupation pour expulser un très grand nombre de nomades présents sur ses terres⁹⁵⁶. Au vu du risque important de conflit armé qui aurait découlé de l'exécution de la décision judiciaire

⁹⁵³ C.E., 20 mars 1978, *Institution interdépartementale des barrages réservoirs du Bassin de la Seine c/Brussol*, Rec. tables p. 963 : perte de clientèle ayant engendré une diminution de la valeur du fond de commerce d'un boulanger de 50% suite à l'immersion de plusieurs villages dans un barrage de réservoir.

⁹⁵⁴ C.E., 24 mars 1978, *Institution interdépartementale des barrages réservoirs du Bassin de la Seine c/Advenier*, Rec. tables p. 963 : la réduction de 8,5% de l'activité d'un vétérinaire suite à l'immersion de villages dans un barrage de réservoir ne constitue pas un préjudice anormal.

⁹⁵⁵ C.E., 2 avr. 1965, *Boudy*, Rec. p. 222. – C.E., 20 fév. 1970, *Société Burin des Rozières*, Rec. p. 130 ; A.J.D.A. 1970 p. 633.

⁹⁵⁶ C.E., 30 nov. 1923, Rec. p. 789 ; D. 1923,3, p. 59 concl. Rivet ; S, 1923,3, p. 57 note Hauriou, concl. Rivet ; R.D.P. 1924, p. 75 et 208, concl. Rivet note Jèze.

d'expulsion, le Conseil d'Etat absout la puissance publique de tout excès de pouvoir⁹⁵⁷, mais constate que les droits individuels du requérant ont été sacrifiés dans l'intérêt général⁹⁵⁸. Ceci constitue une charge anormale dès lors que la privation du droit excède une certaine durée, au point de devenir aussi une charge spéciale.

Ce raisonnement a été appliqué par la suite aux solutions des demandes en réparation de propriétaires d'entreprises paralysées par des grèves illicites et n'ayant pu obtenir le concours de la force publique⁹⁵⁹. Il a même permis que soit indemnisé sans faute le dommage subi par une société empêchée de liquider une de ses activités irrémédiablement non rentable. L'Etat souhaitant éviter l'embrasement social ne peut néanmoins faire pression sur une société par des garanties irréalistes pour la contraindre à céder son activité à une coopérative d'ouvriers sans engager sa responsabilité à raison du non-respect de ses promesses⁹⁶⁰. Il ne peut pas mieux échapper à sa responsabilité sans faute s'il s'abstient pour les mêmes raisons légitimes de permettre à une entreprise de licencier sa main-d'œuvre excédentaire⁹⁶¹. Cette jurisprudence, autrefois marginale, permet plus occasionnellement aujourd'hui l'indemnisation des compagnies victimes du refus de la puissance publique de faire cesser les conséquences de grèves illégales, en procédant à des réquisitions ou en poursuivant pénalement ou disciplinairement les auteurs de celles-ci lorsqu'elles ont lieu dans le service public⁹⁶².

Ces arrêts peuvent se réclamer alternativement ou cumulativement de la jurisprudence *Couitéas* originaire, ou bien de son prolongement. Il peut sembler établi que le comportement

⁹⁵⁷ On ne peut reprocher à l'Etat sa non intervention dans la mesure où celle-ci aurait été contraire à son rôle essentiel et constitutionnel de maintien de l'ordre propre à préserver la continuité de l'Etat lui-même. Le commissaire du gouvernement RIVET n'avait pas manqué de relever qu'en cette affaire on pouvait s'inspirer de la jurisprudence inaugurée pendant la guerre : « qu'il vous est apparu que, si essentiels que fussent les principes dont on invoquait la violation, il en était un qui, par son importance, devait les primer tous, à savoir la nécessité pour la société de vivre, et le devoir pour le gouvernement, chargé par la Constitution d'assurer en tout temps la marche de la machine administrative, de recourir à l'occasion, aux moyens exceptionnels qui, seuls, peuvent en empêcher l'arrêt ».

⁹⁵⁸ « Considérant que la privation de jouissance totale et sans limitation de durée résultant pour le requérant, de la mesure prise à son égard, lui a imposé, dans l'intérêt général, un préjudice pour lequel il est fondé à demander réparation pécuniaire ».

⁹⁵⁹ C.E., 9 juin 1938, *Société La Cartonnerie et imprimerie Saint-Charles*, Rec. p. 521 ; D. 1938,3,65, note Appleton ; S. 1939,3,9, concl. Dayras ; R.D.P. 1938, p. 375, note Jèze ; J.C.P. 1938,II,834 note Mihura.

⁹⁶⁰ C.E., 21 nov. 1947, *Société Boulenger et Cie*, S. 1948,3,21 concl. Odent, note A. Mathiot.

⁹⁶¹ C.E., 28 oct. 1949, *Société des Ateliers du Cap Janet*, Rec. p. 450 ; J.C.P. 1950,II,5861.

⁹⁶² Ex. C.E., 6 nov. 1985, *Ministre des Transports c/ Touraine Air Transport*, Rec. p. 312 ; A.J.D.A. 1986, p. 84 chron. Hubac et Azibert ; D. 1986, p. 584, note Rainaud : indemnisation des compagnies aériennes qui desservait les aéroports français paralysés par les conflits sociaux. - C.E., 24 oct. 1986, *Secrétaire d'Etat auprès du ministre des transports chargé de la mer c/ Société Angleterre-Lorraine-Alsace*, N°59170. - C.E., 7 janv. 1987, *Secrétaire d'Etat auprès du ministre des transports chargé de la mer c/ Société Lauritzen-France*, N°59169. - C.A.A., Nancy, 8 oct. 1992, *Société Sollac*, Rec. tables, p. 1012 : indemnisation de compagnies maritimes.

administratif est dans ces espèces irréprochable, car justifié par des considérations d'ordre public telles que celles qui ont prévalu dans la jurisprudence *Couitéas*. Mais, il se peut aussi que la solution soit justifiée en application de la jurisprudence *Sastre Navarra*⁹⁶³, lorsque ce n'est pas à une impossibilité matérielle (insuffisance de moyens propres à imposer une solution en minimisant toute opposition), mais à une incapacité juridique que se heurte l'administration. Ainsi, la responsabilité publique est encourue aussi lorsque la puissance publique ne peut pas faire respecter une réglementation, faute d'efficacité des sanctions pénales et faute de pouvoir recourir à l'exécution forcée. Mais le doute surgit alors. En effet, on peut croire que l'incapacité dans laquelle la puissance publique se trouve de faire régner l'ordre légal est constitutive d'une faute. Or, dans l'affaire *Navarra* le tribunal administratif avait justement reconnu la carence fautive de l'Etat qui avait laissé s'implanter une construction illégale. D'ailleurs, on doit se souvenir que le plus souvent le Conseil d'Etat engage la responsabilité de l'Etat pour faute lourde dans des situations semblables⁹⁶⁴. Doit-on alors réellement considérer cette responsabilité comme étant une responsabilité sans faute ?

En réalité, il semble que le juge suprême marque ici sa préférence pour des régimes de responsabilité qui ne font pas apparaître le mauvais fonctionnement du service public, qui ne font pas peser sur lui d'obligations trop intenses alors qu'en réalité des fautes pourraient lui être reprochées. Mais cette conception française de la responsabilité-prix trouve désormais ses limites dans les exigences de rigueur du droit d'origine extra-national⁹⁶⁵. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme et surtout la Cour de Justice des Communautés Européennes n'ont pas manqué de condamner l'extension donnée par la France à l'idée de carence excusable pour se dispenser de faire respecter la libre circulation sur son sol au motif des troubles causés par des barrages routiers, ouvrant ainsi la possibilité pour les requérants d'obtenir de futures condamnations pour faute dans le cas où l'administration invoquerait trop systématiquement la jurisprudence *Couitéas*⁹⁶⁶. Ainsi, la supposée responsabilité-prix

⁹⁶³ C.E., A., 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des finances et ville de Bordeaux c/Sastre*, Rec. p. 334 concl. GENTOT; R.D.P. 1972 p. 443 note Waline; J.C.P. 1971, I, 2246 note Lochak. Et C.E., A., 20 mars 1974, *Navarra*, Rec. p. 200, concl. Rougevin-Baville; Chron. A.J.D.A. 1974, p. 303; R.D.P. 1974, p. 924.

⁹⁶⁴ C.E., Sect. 14 déc. 1962, *Doublet*, Rec. p. 680; D. 1963, p. 117; S. 1963, p. 92 concl. Combarnous; A.J. 1963, p. 85, chron. Gentot et Fourré. – C.E., 8 avr. 1987, *Mme Virmaux*, Rec. p. 140; L.P.A. 1987, n° 123, p. 4 concl. Fornacciari.

⁹⁶⁵ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Quel avenir pour la jurisprudence Couitéas?*, D.A. oct. 1998 p. 4. L. DUBOIS, *La guerre de la fraise : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire*, R.F.D.A. 1998, p. 120.

⁹⁶⁶ Dans un arrêt *Hornsby c/ Grèce* du 19 mars 1997, la C.E.D.H. déclare que le droit à l'exécution des jugements fait partie du droit à un procès équitable : D.A. 1997, n° 185. Dans l'affaire de « la guerre de la fraise », la C.J.C.E. reconnaît la faute de la France qui a n'a pas cherché à débloquer point par point les barrages routiers et s'est contentée d'invoquer une situation globalement risquée pour l'ordre public : C.J.C.E., 9 déc. 1997, *Commission c/République française*, R.F.D.A. 1998, p. 131.

recouvrira parfois son visage de responsabilité-sanction. Par ailleurs, en tout état de cause, certains de ces cas de figure sont rattachables désormais à la responsabilité-assurance, depuis que la loi portant réforme des procédures civiles d'exécution a précisé que le refus de concours de la force publique pour l'exécution des jugements ouvre toujours droit à réparation⁹⁶⁷.

L'examen de la responsabilité découlant de dispositions générales et impersonnelles régulières mais dommageables ne nous retiendra pas longtemps car la jurisprudence en la matière est très restrictive. Pourtant, fréquents sont les dommages causés à quelques uns au bénéfice de tous par les lois et les règlements, ainsi que de plus en plus par les accords internationaux. Ces textes sont seuls capables de modifier les destinées économiques de manière parfois brutale, et c'est dans ce domaine qu'un administré peut écopier d'un dommage d'une manière spéciale. En France, les grands choix économiques sont réservés au législateur par l'article 34 de la constitution, et il lui appartient de plus de ratifier les conventions qui ont un effet sur le budget de l'Etat. Or, on sait bien que les mesures économiques accompagnées par des mesures financières sont d'un usage courant aujourd'hui. C'est dire si la place du règlement autonome est réduite en ce secteur. S'il survient une interdiction générale de se livrer à une activité, il se peut qu'une société isolée en souffre cruellement. C'est ce qui arriva à la société des produits laitiers *La Fleurette*, cette histoire là se termina bien puisque cette société fut la première justiciable indemnisée des conséquences du fait non fautif d'une loi⁹⁶⁸. Certes, le principe de liberté du commerce et de l'industrie limite l'interdiction officielle d'une activité pour des raisons autres que celle tirées de la sécurité publique. Or, dans de tels cas de figure la jurisprudence exclut le droit à réparation à raison de l'objet de grand intérêt général du texte législatif, duquel on peut présumer la volonté du législateur de causer les dommages en connaissance de cause⁹⁶⁹. Le juge peut relever évidemment « l'intérêt général prééminent » qui préside à l'adoption de lois en matière de santé ou de sécurité publiques mais aussi en matière économique⁹⁷⁰, intérêt décelé notamment dans les travaux préparatoires

⁹⁶⁷ Art 16 loi n°91-650 au J.O. du 14 juil. 1991. Pour un exemple d'application positive voir T.A. Versailles, 23 juin 1995, *Caisse de mutualité sociale agricole du Loir-et-Cher c/ Préfet des Yvelines*, A.J.D.A. 1995, p. 947.

⁹⁶⁸ C.E., A., 14 janv. 1938, *S.A. des produits laitiers "La Fleurette"*, Rec. p. 25; S. 1938,3,25, concl. Roujou, note P. Laroque; D. 1938,3,41, concl. Roujou, note Rolland; R.D.P. 1938, p. 87, concl. Roujou note Jèze. G.A.J.A. 1999, p. 325.

⁹⁶⁹ Voir J. KAHN, *L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois*, E.D.C.E., 1962, p. 63.

⁹⁷⁰ C.A.A., Paris, 21 mars 1996, *Mme Kalck-Moreaux*, N 95PA00459: « qu'il ressort en particulier des travaux préparatoires de l'article 8 de la loi du 19 décembre 1989 que le législateur a entendu créer pour la profession (commissaire-priseur) un cadre juridique lui permettant de procéder à une modernisation nécessaire et de se

de la loi. Ainsi n'est-il pas permis de réclamer réparation des conséquences de l'interdiction des « machines à sous » pour une société fabriquant ces appareils⁹⁷¹. Cette jurisprudence est donc tout à fait marginale dans ses applications positives⁹⁷². Par conséquent, c'est lorsque certaines conséquences défavorables d'un texte sont tout à fait involontaires et accidentelles que l'indemnisation peut être admise.

Il en est ainsi lorsque que des considérations de police ont motivé la réglementation indirectement dommageable. L'indemnisation est alors envisageable à la condition toujours que le législateur n'ait pas entendu l'exclure. Cet obstacle n'existe pas lorsque c'est un arrêté de police qui occasionne le préjudice. La jurisprudence *La Fleurette* a trouvé là une nouvelle application. Ainsi, une modification des conditions de circulation sur une commune qui prive un commerce de l'essentiel de son activité peut, si le préjudice est spécial et grave, obliger le maire à faire droit à la demande en réparation subséquente. C'est le site touristique de la commune de *Gavarnie* victime de son succès qui conduisit le maire à réserver des voies d'accès aux seuls visiteurs piétons et à en condamner une autre à ces mêmes personnes, ce qui provoqua la déconvenue financière de boutiques de souvenirs⁹⁷³. Mais l'espèce n'a pas réellement fait école. On en relève de trop rares applications positives pour cela⁹⁷⁴. D'où il ressort que cette responsabilité est très marginale. En tout état de cause, les évolutions récentes de notre droit permettent de repenser la valeur de cette supposée responsabilité-prix.

préparer dans des conditions optimales à l'ouverture à la concurrence internationale et qu'il n'a pas entendu accompagner cette mesure d'un régime d'indemnisation spécifique ; qu'eu égard à l'objet de la disposition législative contestée et à l'objectif d'intérêt général prééminent ainsi poursuivi par le législateur et non seulement, contrairement à ce que soutient Mme KALCK-MOREAUX d'intérêt d'une profession, voire de certains de ses membres, la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée sur le fondement de la rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques. »

⁹⁷¹ C.E., 11 juil. 1990, *Société Stambouli*, Rec. p. 214.

⁹⁷² Voir R. CHAPUS qui dans son manuel évoque une responsabilité « produit de luxe ». *Droit administratif général*, t. 1, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°1518.

⁹⁷³ C.E., 22 fév. 1963, *commune de Gavarnie*, Rec. p. 113 ; A.J. 1963, p. 208 ; R.D.P. 1963, p. 1019, note Waline.

⁹⁷⁴ Cependant C.E., 13 mai 1987, *Aldebert*, Rec. p. 924 ; J.C.P. 1988,II,20960, note Pacteau ; R.F.D.A. 1988, p. 950, note Rihal : à propos d'un restaurant de routiers qui avait perdu sa clientèle après que le maire ait obligé à un contournement de son agglomération. Et récemment C.E., Sect., 31 mars 1995, *Lavaud*, Rec. p. 155 ; L.P.A. 5 juil, 1995 concl. Bonichot, et 1er août 1995, note Deguerge ; A.J.D.A. 1995, p. 384,

B) La prétendue valeur de la responsabilité-prix

La question est pour nous de savoir si l'administration est bien dans son droit dans les hypothèses dites de responsabilité-prix. De deux choses l'une ; ou bien l'action préjudiciable n'est que la traduction d'une position juridique de grande supériorité dans laquelle l'administration possède un droit exorbitant de nuire, ou bien l'action en indemnité fait du *solvens* un responsable soumis aux principes généraux communs à toute responsabilité. Dans le premier cas la responsabilité-prix qui débouche sur un dédommagement prévu ou prévisible dans une opération administrative régulière recouvre en réalité une expropriation (1), dans d'autres cas elle ne peut être qu'une responsabilité-sanction (2).

1) La responsabilité-prix « expropriation »

Si une administration condamnée à indemniser a agi dans son droit et non au delà, alors son obligation de réparer est un prix. Mais dès lors, il ne s'agit plus d'une responsabilité⁹⁷⁵. Il s'agit d'un cas d'expropriation. Payer pour attenter aux droits subjectifs de l'individu, pour le bien de la communauté, c'est exproprier ce droit.

Songons à ces quelques décisions administratives individuelles qui ont rompu l'égalité devant les charges publiques et dont on considère un peu vite qu'elles ont engendré la « responsabilité » de l'administration. Soit le préjudice résultant de la réquisition de bâtiment par un maire en vue du relogement de personnes évacuées d'immeubles menaçant ruine⁹⁷⁶, on peut voir dans le refus d'indemniser les propriétaires victimes un défaut de versement du prix d'une expropriation temporaire. C'est le même raisonnement qui devrait conduire à expliquer l'obligation d'indemniser le propriétaire d'un hôtel restaurant partiellement ruiné par une procédure d'expropriation finalement abandonnée⁹⁷⁷. C'est bien d'ailleurs ainsi que le droit allemand considère les cas de « responsabilité-prix ».

⁹⁷⁵ Cf. R. CHAPUS, th. précitée, p. 342 à 346.

⁹⁷⁶ C.E., 15 fév. 1961, *Werquin*, Rec. p. 118; R.D.P. 1961, p. 321, concl. Braibant; A.J. 1961, p. 197, chron. Galabert et Gentot; D. 1961, p. 611, note P. Weil; J.C.P. 1961, II, 12259, note J.-M. Auby.

⁹⁷⁷ C.E., 23 déc. 1970, *EDF c/ Farsat*, Rec. p. 790; A.J.D.A. 1971, p. 96 concl. Kahn; J.C.P. 1971, II, 16820, note Beaugrève.

Outre-Rhin la responsabilité-prix donne lieu à un « dédommagement » et non à une réparation⁹⁷⁸. Cependant, il faut reconnaître l'intérêt qu'il peut y avoir pour le juge administratif à ne pas voir dans ce cas l'indemnisation d'une expropriation, car il est entendu que l'expropriation doit être *a priori* indemnisée⁹⁷⁹. Le coût que représenterait la réparation automatique des expropriations temporaires paraît certainement dissuasif au juge administratif. Pour cette même raison, le législateur a entendu que les servitudes légales d'urbanisme ne soient pas en principe indemnisables⁹⁸⁰. Or, reconnaître la nature expropriante d'une telle atteinte partielle à la propriété serait faire un parallèle avec le statut des servitudes, ce serait ériger un obstacle supplémentaire à l'indemnisation. Mieux vaut qualifier l'obligation de payer le prix du dommage de responsabilité ce qui permet la satisfaction des victimes dans certains cas seulement, sans automaticité, et dispense de faire son rapprochement avec des servitudes qui ne sont pas indemnisables. En Allemagne, le dédommagement intervient moins souvent qu'en France parce que le juge allemand n'inclut pas de responsabilité pour risque dans la responsabilité-prix⁹⁸¹. C'est qu'il fait bien la distinction entre responsabilité et expropriation.

Pour exprimer notre idée l'emploi du terme « expropriation » est équivoque mais nous n'en possédons pas d'autre. En effet, l'expropriation *stricto sensu* désigne la saisie d'un droit de propriété, d'un droit réel immobilier précisément. Or, nous envisageons aussi des cas dans lesquels l'administration ne commet pas de faute, est néanmoins responsable, mais sans que soit atteint un droit de propriété. Envisageons l'obligation d'indemniser les conséquences anormales et spéciales des abandons de projets à l'initiative de l'administration. L'obligation de réparer existe dès lors que l'abandon trop brutal ou tout à fait inattendu peut être considéré comme fautif⁹⁸², mais elle s'impose aussi en cas de renoncement justifié par l'existence de risques financiers importants, lorsque la victime était tout spécialement bénéficiaire du projet sans qu'aucun de ses droits de propriétaire ne soit piétiné⁹⁸³. L'expropriation, au sens ou nous

⁹⁷⁸ Voir E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, traduit par M. FROMONT, Bruxelles, Bruylant 1969, p. 475 et s.

⁹⁷⁹ Ainsi le droit français est ambigu lorsqu'il emploie le terme indemnité à propos des nationalisations : ex. C.E., 5 mars 1954, *Société fiduciaire interassurances*, R.D.P. 1954, p. 822.

⁹⁸⁰ Art. L. 160-5 code de l'urbanisme.

⁹⁸¹ E. FORSTHOFF, précité.

⁹⁸² Voir par exemple C.E., 10 déc. 1986, *Département de la Moselle*, Lexilaser n°46629 : une commune ayant refusé au dernier moment de signer un contrat pour un projet qu'elle a décidé très soudainement d'abandonner commet une faute engageant sa responsabilité extra-contractuelle. Cf. infra sur l'atteinte à la confiance légitime, p. 397 et s.

⁹⁸³ C.E., 17 mars 1989, *ville de Paris c/ Société Sodevam*, Rec. p. 96 ; A.J.D.A. 1989, p. 472, concl. Stirn ; D. 1990, S.C., p. 295, obs. Bon et Termeire.

l'entendons, peut s'appliquer au droit subjectif en général lorsqu'il y est porté une atteinte excessive sans faute.

2) La responsabilité-prix-sanction

Selon nous, étant convaincu qu'il n'y a pas de responsabilité sans illicéité, il n'est possible de conclure à l'existence d'une responsabilité-prix de l'administration que dans les cas où celle-ci a agi hors de son droit, hors de son droit d'exproprier au sens que nous avons défini plus haut, de sorte que la condition d'illicéité de la responsabilité est remplie bien qu'aucune faute ne soit déclarée. Dans cette perspective, le raisonnement traditionnel du droit administratif français dévoile son paradoxe. En effet, la jurisprudence présente une contradiction lorsqu'elle indemnise pour rupture de l'égalité devant les charges publiques des dommages qui seraient le résultat d'une activité prétendue parfaitement licite. Comment concevoir que puisse être violé un principe juridique au point de devoir réparer les conséquences de cette méconnaissance et, en même temps considérer que le fait générateur du dommage était licite ? Faut-il imaginer que l'administration peut légalement causer un préjudice sans avoir un véritable droit dans la mesure où elle serait le bras d'une volonté supérieure ? Faut-il penser que ce qui est interdit dans la responsabilité-prix, ce n'est pas de causer un préjudice mais de le laisser sans réparation ? Nous le croyons, et sommes conduit à envisager ici la thèse de l'accident, commis sans illégalité mais engendrant un dommage illicite, ce qui ouvre sur le débat de la distinction entre la faute qui résulte d'une illicéité mais pas nécessairement d'une illégalité.

La seule explication satisfaisante de la responsabilité-prix réside donc dans cette conclusion : c'est une faute de causer un dommage anormal sans le réparer. Sur ce point, nous partageons l'opinion de Georges RIPERT pour qui l'article 1382 du code civil n'interdit pas forcément de causer un dommage, mais oblige seulement à réparer les conséquences de ses fautes. Cette vision de la responsabilité s'applique, il est vrai, au cas de responsabilité fondée directement sur la faute⁹⁸⁴. Mais on peut aussi soutenir avec RIPERT que, d'une manière générale, le fait de causer un dommage sans le réparer est fautif. Le principe de l'article 1382 nous semble à la réflexion très universel parce qu'il énonce une règle incitative,

⁹⁸⁴ En outre cette optique est fortement remise en question par d'éminents auteurs tel que KELSEN ou STARCK.

sanctionnatrice par essence, elle permet indirectement une prévention des dommages. La responsabilité nous apparaît toujours comme une responsabilité pour faute au sens large, c'est-à-dire pour fait illicite. Si le responsable est condamné, c'est parce qu'il n'a pas réparé spontanément sa victime. Cette affirmation se vérifie à l'évidence en droit public où la règle de la liaison nécessaire du contentieux par une demande préalable en indemnité adressée à l'administration⁹⁸⁵ s'impose naturellement comme conséquence de ce principe.

Mais, prise comme la conséquence d'une simple obligation secondaire, la responsabilité semblerait assez décevante dans sa fonction préventive. Défendre l'idée que ne pas réparer le dommage causé est illicite apparaît profitable si l'on peut l'adjoindre à cette autre : le fait de causer un préjudice sans droit est déjà une faute. Pour résumer notre propos, on avancera que la responsabilité est une sanction en deux temps. Une première obligation est négative : causer un dommage sans droit est illicite. Une seconde obligation, positive celle-là, se formule ainsi : ne pas réparer le dommage qu'on a causé sans droit est illicite. Il peut paraître illogique de formuler deux obligations pour parvenir à un même résultat, mais c'est le pragmatisme qui conduit à cette conclusion. L'homme n'est pas parfait et en même temps que l'on pose un interdit on doit déjà prévoir sa transgression par l'édiction d'une sanction. La responsabilité-prix, lorsqu'il s'agit bien de responsabilité et non d'expropriation, n'est pas autre chose qu'une responsabilité-sanction, ce qui n'est pas incompatible avec l'idée d'assurance. L'assurance en effet est un phénomène de mutualisation des risques qui dispense d'établir une culpabilité mais qui ne la détruit pas. Elle la préserve par les actions récursoires, les calculs de primes et les conditions d'assurabilité qu'elle impose, alors que l'idée pure de responsabilité-prix prétend dispenser le payeur de sa pleine responsabilité et l'exclure de la responsabilité-assurance au prétexte qu'elle se rapporte à des dommages non accidentels mais permanents ou inhérents à l'activité licite⁹⁸⁶. Mais ce n'est pas parce qu'un dommage n'est pas le résultat d'un accident mais d'une activité permanente qu'il ne peut pas entrer dans la catégorie de l'assurable. En effet, bien qu'une activité soit continuellement nuisible, l'aléa demeure quant à l'étendue de ses conséquences qui peuvent varier avec les époques et les victimes dans leur seuil de tolérance physique ou psychologique des nuisances. De plus, la notion de responsabilité-assurance est susceptible de recouvrir des réalités assez variables dans l'étendue de la mutualisation des risques.

⁹⁸⁵ Sauf l'exception des dommages de travaux publics qui ne s'explique que par des considérations d'opportunité ou historiques, actuellement codifiée sous l'article R.102 du c. trib. Adm., mais dont le Conseil d'Etat a préconisé la suppression dans un rapport de 1993 : *Régler les conflits autrement*, Documentation française.

⁹⁸⁶ Voir. L. DE GASTINES, *La responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, R.D.P. 1992, p. 135s.

§2 L'étendue variable de la responsabilité-assurance

Toute hypothèse de responsabilité publique ne peut être rapprochée d'une sorte d'assurance que si le poids de la réparation qui se trouve réparti entre la communauté des contribuables devrait peser sur autrui. Il faut donc distinguer les hypothèses où le *solvens* répond à la place d'un responsable parce qu'il est lui-même responsable et celles où il répond sans avoir aucun rapport de responsabilité avec la victime, il y aurait alors divers degrés d'assurance dans la responsabilité.

A propos de la responsabilité civile, toutes disciplines confondues, certains auteurs parlent de fonction de « garantie »⁹⁸⁷, d'autres de fonction de « dilution des dommages »⁹⁸⁸. Envisagent-ils la même chose ? Sans doute veulent-ils tous se référer à cette idée bien connue de socialisation des risques, mais ils nous fournissent deux termes différents pour distinguer des nuances entre les degrés de socialisation⁹⁸⁹. Dans la garantie, le garant n'a rien à voir avec la source du préjudice, il tient une promesse qui ne naît pas avec le fait dommageable, soit son obligation provient d'un engagement de couvrir une personne, futur auteur de dommages, soit d'une promesse faite aux victimes de leur venir en aide (A). En revanche, derrière la locution « dilution » figure la volonté de laisser le coût des réparations à la charge du groupe social en épargnant tout tiers responsable sans que cela signifie que le groupe incarné par une personne morale soit étranger à la survenance du dommage, de sorte que la nature de ce régime apparaît mixte, en partie garantie et en partie responsabilité diluée (B).

⁹⁸⁷ Il s'agit de la majorité des auteurs. Par exemple D. LOCHAK, op. cit.

⁹⁸⁸ *Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile*, article d'André TUNC, Bâle p. 33.

⁹⁸⁹ Les publicistes distinguent d'ailleurs bien aujourd'hui ce qui relève du droit de la réparation et ce qui est du ressort de l'indemnisation. Voir M. PAILLET qui distingue dans les régimes législatifs de responsabilité, les régimes de réparation et les régimes d'indemnisation : *La responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1996, p.172 à 190. Voir M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, th. L.G.D.J. 1994.

A) Hypothèses de responsabilité-assurance pure garantie

Comment reconnaître un pur régime de garantie ? Nous savons que dans un régime de responsabilité pure, on est responsable dans la mesure où l'on a causé le dommage. Pour autant, être obligé au-delà de la part que l'on a eu dans la production du dommage, est-ce être garant ? Oui, assurément, mais cela ne fait pas de l'ensemble du régime un pur régime de garantie. Dans un tel cas, il y a ce degré intermédiaire de socialisation du risque que nous appelons le régime de dilution des dommages. Afin de reconnaître la garantie, il faut donc examiner dans quelle mesure le *solvens* peut s'exonérer de la part causale qui n'est pas son fait dans la réalisation du dommage. Un premier obstacle à la reconnaissance d'authentiques régimes de garantie est la possibilité jamais démentie de mettre à la charge de la victime fautive une part de responsabilité. Même si parfois elle doit être inexcusable voire intentionnelle, la faute de la victime exonère toujours le garant. Comment l'expliquer ? Bien que nous soyons d'avis que les tribunaux partagent en définitive la responsabilité en fonction de la part de causalité de chacun dans le dommage⁹⁹⁰, nous pensons que cette part correspond souvent à la gravité des fautes en présence. En somme, ce que le droit cherche, c'est à punir. En effet, la loi pénale peut difficilement poursuivre les auteurs de leur propre dommage accidentel. Ainsi, l'exonération par la faute de la victime s'explique à l'intérieur d'un système de garantie, elle serait une peine privée chevauchant un mécanisme d'indemnisation. Quant aux autres possibilités très spécifiques d'exonération prévues par quelques textes, elles ne remettent pas en cause la reconnaissance d'un régime de garantie. Ces décharges recouvrent en fait des événements dommageables tout à fait exceptionnels qui seront de toute façon pris en charge par d'autres textes ponctuels en vertu du principe de solidarité nationale.

On le voit, il n'est pas aisé de tracer une ligne de partage toujours nette entre les différents degrés de socialisation des risques. L'idée communément admise selon laquelle les régimes législatifs relèveraient plutôt de la garantie tandis que ceux d'origine jurisprudentielle relèveraient de la dilution des dommages ou de la responsabilité *stricto sensu* n'est pas toujours vérifiée. Au sein de la responsabilité-assurance, nous constatons l'existence de cas de garantie non seulement dans les régimes législatifs d'indemnisation (1), mais aussi dans les hypothèses de dilution des dommages d'origine jurisprudentielle (2)⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ Voir infra p. 463 et s.

⁹⁹¹ A propos de ces régimes législatifs, il faut avertir qu'ils ne se rapportent pas spécifiquement à l'étude du droit administratif puisqu'ils mettent en place des règles spéciales et qui plus est souvent devant le juge judiciaire.

1) *Les régimes législatifs de responsabilité-assurance pure garantie*

Les régimes d'indemnisation sont parfois rattachés à la responsabilité par l'idée de risque-profit. Certes, on ne peut évidemment pas invoquer pour eux l'idée de risque-créé s'agissant d'obligation de réparer sans causalité, mais nous verrons à propos du fait des choses que la théorie du risque-profit ne joue pas en matière de responsabilité administrative et l'on confirmera donc que les régimes en cause ne relèvent pas de la responsabilité *stricto sensu*.

Les régimes législatifs de responsabilité répondent à des préoccupations hétérogènes, parfois obscures et concernent tout type de mécanisme, cependant ils peuvent tous s'inscrire dans la responsabilité-assurance si l'on considère que leur mise en œuvre répond à la promesse de solidarité inscrite dans le contrat social.

La loi du **31 décembre 1957** sur les dommages causés par les véhicules a conduit à la mise en œuvre d'un régime de garantie lorsqu'un véhicule terrestre à moteur est impliqué dans un dommage. En effet, la loi a commandé au juge judiciaire d'appliquer les règles du droit commun. Or, depuis la loi du **5 juillet 1985**, c'est un véritable système de garantie qui couvre ces règles d'indemnisation. Le *solvens* obligé à la dette est ici un assureur puisque l'assurance automobile est obligatoire. En ce domaine la jurisprudence judiciaire a dû, pour rester fidèle à l'esprit de la loi, lutter contre ses tendances naturelles à déclarer le dommage imputable au seul véhicule qui avait contribué à le causer. On sait aujourd'hui que la réparation est due par tout propriétaire d'un véhicule y compris l'administration se trouvant impliqué dans le processus accidentel même sans lien de causalité avec le préjudice dont il est réclamé indemnisation⁹⁹².

Le mouvement législatif d'extension de la garantie devient la solution toute trouvée en cas de dommages dont la réparation s'impose en urgence. Ainsi, la loi du **31 décembre 1991** relative à l'indemnisation des victimes contaminées par transfusion de produits sanguins ou

C'est alors dans la délimitation des compétences juridictionnelles respectives ainsi que dans l'application de certaines notions de droit public que le droit administratif intervient.

⁹⁹² Les autres actions que soulèvent les accidents de véhicules administratifs bien que mettant en œuvre une responsabilité objective ne sont pas des cas de garantie car la possibilité pour le responsable d'éviter de causer le

injection de produits dérivés inaugurerait un véritable système reposant sur la garantie⁹⁹³. La preuve en peut être déduite de l'absence de recherche systématique de causalité, celle-ci étant présumée dès lors qu'on ne peut établir la séropositivité antérieure du requérant⁹⁹⁴. Ce mécanisme a été complété par la loi du 4 janvier 1993 prévoyant la responsabilité même sans faute des établissements de transfusion sanguine à l'égard des donneurs⁹⁹⁵. En ce dernier cas chaque centre de transfusion sanguine est obligatoirement couvert par une assurance de responsabilité mais il ne s'agit pas de garantie puisque la loi fonde la responsabilité sur le risque encouru par les donneurs. Or, le risque est créé, géré et assumé par le centre qui n'est en cela pas étranger à la production du dommage. Comme on ne le dira jamais assez, la souscription d'une police d'assurance oblige le souscripteur à réduire au maximum les risques de son activité afin de payer les primes les moins élevées possible.

Si on regarde maintenant du côté des réparations forfaitaires automatiques accordées sous forme de pensions aux agents victimes de dommages corporels dans leur service, on dira qu'il s'agit là aussi de garantie. On en veut pour preuve que cette responsabilité joue évidemment souvent pour les accidents de trajet, or ces dommages là ne sont pas liés au service par une causalité adéquate.

La garantie est poussée plus loin encore s'agissant des règles d'indemnisation des élus locaux. Ceux-ci sont protégés depuis longtemps par la loi départementale du 10 août 1871 et par celles du 5 avril 1884 et du 8 novembre 1941⁹⁹⁶, et aujourd'hui ce sont tous les titulaires de mandats locaux qui sont couverts par le code général des collectivités territoriales pour les accidents qu'ils subissent en mission⁹⁹⁷. Or, pour encourager le dévouement citoyen, rien

dommage conserve un rôle dans l'engagement de la responsabilité. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 mai 1982, *commune de Monnetier-les-bains*, Bull. Civ. I, n° 158. projection de neige par un chasse-neige.

⁹⁹³ En ce sens : M. DEGUERGUE, *Le contentieux de la responsabilité: politique jurisprudentielle et jurisprudence politique*, A.J.D.A. 1995, n° spécial p. 222 ; M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996, n° 412 et s.

⁹⁹⁴ J.-M. PONTIER, *S.I.D.A., de la responsabilité à la garantie sociale*, R.F.D.A., 1992 p. 535. En pratique l'indemnisation est accordée dès lors que la preuve de la séronégativité de tous les donneurs du lot transfusé n'est pas rapportée. En somme l'indemnisation repose sur une présomption de causalité, ce qui ne signifie donc pas qu'il s'agisse d'une responsabilité sans causalité.

⁹⁹⁵ Actuel art. L. 668-10 code de la santé publique.

⁹⁹⁶ Complétées par l'ordonnance du 5 janv. 1959. Voir C. LAVIALLE, *La responsabilité légale de des communes pour les accidents subis par les élus locaux*, L.P.A. 20 juil. 1983 ; J. MOREAU, *Dommages causés ou subis par les élus locaux*, J.-Cl. Coll. Territoriales, fasc. 945. Cette responsabilité s'applique surtout aux accidents de trajet. Voir parmi de nombreux exemples : C.E., 17 mars 1967, *Commune de Saint-Momelin c. Ryckelincq*, Rec. tables p. 719 ; J.C.P. 1967, n° 15142 : Art. 70 du code de l'administration communale appliqué au profit d'un maire victime d'un accident de trajet en allant constater l'état d'une voirie publique à la demande de ses administrés.

⁹⁹⁷ C.G.C.T. Art. L.2123-33 pour les conseillers municipaux, L.3123-26 pour les conseillers généraux, et L. 4135-26 pour les conseillers régionaux, L.5211-8 pour les délégués des établissements publics de coopération

n'est laissé à la charge des élus victimes en cas d'accidents, dommages corporels ou non sont réparés sans limitation de forfait⁹⁹⁸, et les frais médicaux sont payés par les collectivités directement aux pharmaciens et aux établissements de santé⁹⁹⁹. De son côté, la jurisprudence respecte l'esprit de la loi en donnant une interprétation large de l'exercice des fonctions ou de celui d'un « mandat spécial » au titre duquel l'élu victime pourra prétendre au bénéfice de l'indemnisation¹⁰⁰⁰. Ces régimes que nous venons d'évoquer relèvent de la garantie sociale car ils semblent être l'équivalent dans le secteur public de la législation sur les accidents du travail. Mais d'autres régimes législatifs pourraient n'avoir de la garantie sociale que l'apparence.

La loi du 3 janvier 1977 sur la réparation socialisée par l'Etat des dommages causés par des auteurs d'infractions pénales non connues ou insolvables, permet à titre subsidiaire aux victimes de dommages non indemnisés par le responsable ou d'autres procédés, de réclamer une indemnité à une commission d'indemnisation ayant le caractère de juridiction civile¹⁰⁰¹. Il s'agit d'une garantie supplétive et les deux ordres de juridiction affirment de concert qu'il ne s'agit pas de responsabilité. Pour la Cour de cassation, l'indemnité n'a pas le caractère de dommages et intérêts mais de secours apportés par l'Etat¹⁰⁰². Selon le Conseil d'Etat, le recours ne présente pas le caractère d'une action dirigée contre l'Etat en vue de la réparation d'un dommage¹⁰⁰³. Les juges sont confortés dans leur position depuis que la loi du 6 juillet 1990 a transféré la mission d'indemniser les victimes d'infractions au « Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions »¹⁰⁰⁴.

Le même mécanisme appliqué aux victimes d'actes de terrorisme par la loi du 9 septembre 1986 doit-il conduire à la même conclusion quant à sa nature ? On doit le penser

intercommunale. Pour la responsabilité endossée par un syndicat intercommunal à raison du décès accidentel d'un de ses délégués en retour de réunion : C.A.A., Nantes, 22 juil. 1999, *Consorts Deleu*, N°96NT01504.

⁹⁹⁸ A condition que les dommages matériels aient un lien avec l'exercice des fonctions. Voir C.E., A., 6 juin 1969, *Commune de Sains*, Rec. p. 289, concl. Théry; J.C.P. 1969, II, 15960, note P.L.; A.J.D.A. 1969, p. 506, note Delcros; R.D.P. 1970, p. 206.

⁹⁹⁹ Loi n°92-108 du 3 fév. 1992 art. 44.

¹⁰⁰⁰ C.E., 29 juil. 1953, *Cts Jasse-Mialhe*, Rec. p. 406 : conseiller municipal blessé à l'occasion de l'organisation d'un feu d'artifice. C.E., 27 mars 1991, *Commune de Garde c/M. Louis Dorel*, N°71.860 : conseiller municipal blessé en descendant d'un autocar au retour d'une visite de station d'épuration. – C.A.A., Bordeaux, 21 fév. 1995, *Commune de Fonsac*, N°93BX01244 : conseiller municipal blessé en effectuant le réglage d'un projecteur à la demande verbale de la commune.

¹⁰⁰¹ Article 706-3 du code de procédure pénale.

¹⁰⁰² Cass. 2ème civ., 21 oct. 1987, 3 arrêts., Bull. civ. n°204 ; et 4 janv. 1989, *ibid.*, n°3.

¹⁰⁰³ C.E., 28 sep. 1990, *Centre hospitalier spécialisé d'Armentières et Mutuelle Générale Française Accidents*, Rec. p. 260.

¹⁰⁰⁴ Art. 13 loi n°90-586 du 6 juil. 1990 modifiant le code de procédure pénale et le code des assurances et relatives aux victimes d'infractions, J.O. 11 juil. 1990, p. 8175.

évidemment¹⁰⁰⁵, d'autant que la jurisprudence administrative exclut toute responsabilité sans faute dans ce domaine¹⁰⁰⁶, ce qui veut dire que sans une faute des forces de sécurité publique, le juge estime que l'Etat n'est pas responsable des conséquences d'actes de terrorisme, car il n'est pas la cause du dommage¹⁰⁰⁷.

N'y a-t-il pas un parti pris un peu rapide dans ces positions ? L'Etat organise l'indemnisation sans que son comportement soit discuté, certes, mais cela ne signifie pas forcément que son comportement soit indiscutable. L'Etat ne conduit-il pas la politique de répression et de prévention des infractions ? Bien sûr, le maintien de l'ordre est sa mission essentielle, ce qui nous permet de douter par exemple que les dommages causés par des attroupements relèvent aussi d'un régime de pure garantie¹⁰⁰⁸. L'Etat n'a-t-il pas en charge le développement social et économique en vue d'assurer le bonheur des individus et des familles ? Si ce bonheur est à un tel point inaccessible qu'il conduit à commettre des crimes, et si l'Etat n'est pas capable d'empêcher leur commission ou d'en retrouver les auteurs n'est-il pas responsable ? La véritable question est de savoir si le droit doit prendre en compte le déterminisme qui conduit un individu à agir dans l'illégalité. Le droit de la responsabilité ne le peut pas car une causalité trop extensive en serait réduite à son expression la plus simple, jusqu'à perdre son sens¹⁰⁰⁹. Néanmoins le droit de l'indemnisation doit-il occulter cette dimension ?

Si l'on peut reprocher quelque chose à ces régimes sur le plan des principes, c'est bien qu'ils permettent que soient gardés sous silence des cas, fondus dans la masse des régimes dits de pure garantie sociale, qui pourraient pourtant révéler pourquoi la collectivité doit réparer. Cela étant, c'est un réflexe bien humain du législateur qui, en cela, perpétue une tendance du juge administratif d'éviter de souligner certaines défaillances de notre système administratif et politique.

¹⁰⁰⁵ Cf. T. RENOUX, *L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme. Un nouveau cas de garantie sociale*, R.F.D.A. 1987, p. 909.

¹⁰⁰⁶ C.E., Sect., 29 avr. 1987, *Consorts Yener et Erez*, Rec. p. 151.

¹⁰⁰⁷ Position convergente de la Cour de cassation : Cass. 2^{ème} civ., 28 nov. 1984, J.C.P., 1985, II, 20438.

¹⁰⁰⁸ Voir contra: M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996, p. 182. Mais implicitement M. SOUSSE, op. cit. p. 201 qui relève que le Conseil d'Etat accepte le recours subrogatoire de l'assureur contre l'Etat responsable des dommages : C.E., avis, 16 fév. 1990, J.-O., 2 mars 1990, p. 2646.

¹⁰⁰⁹ Ce qui explique qu'on puisse distinguer un régime de garantie d'un régime de responsabilité grâce aux possibilités d'exonération ouvertes par la loi. Lorsque le défendeur ne peut s'exonérer par le fait d'un tiers mais seulement par la faute de la victime ou la force majeure.

2) Les régimes jurisprudentiels de responsabilité-assurance pure garantie

Lorsque la causalité retenue par le juge apparaît artificielle, en tout cas éloignée par rapport au fait imputable à la puissance publique, on peut expliquer la responsabilité par la fonction d'assurance. Quelques hypothèses montrent en effet que la puissance publique est condamnée parfois, non pas comme « responsable » des agissements d'autrui, mais comme « garant ». Nous songeons aux cas où l'administration sera condamnée alors que le premier responsable du dommage aurait pu être une personne privée non liée à l'administration. Par exemple, une jurisprudence de 1949 a admis de manière très lâche le rattachement au service public d'un dommage causé par un particulier¹⁰¹⁰. Dans ce cas, un collaborateur de l'administration est reconnu comme tel de sorte que le dommage puisse être imputé au service public alors que sans cette qualification, il n'y aurait même pas eu de causalité entre le service et le dommage. Dans un tel cas, il n'existe aucun lien de droit entre l'auteur du dommage et le service public, celui-ci n'ayant été ni requis ni appelé, ni même utile.

A fortiori la garantie est reconnaissable lorsque le lien de droit existe entre le premier responsable et la puissance publique. Les situations de délégation de service public peuvent fournir un exemple particulier de garantie. En effet, en cas d'insolvabilité du délégataire responsable, la collectivité délégante peut être condamnée à la demande de la victime à l'indemniser à la place de son débiteur principal, même si sa responsabilité ne peut être engagée¹⁰¹¹. Pourtant le principe n'est fortement établi que sans le cas où c'est bien une personne juridique distincte qui assure le service public puisque c'est alors elle seule qui est responsable de son fonctionnement. Or, on ne peut même pas expliquer cette jurisprudence par le principe de continuité du service public, puisque les arrêts concernent souvent l'organisation ponctuelle de fêtes locales, qui peuvent être confiées à un autre délégataire si l'insolvable disparaît. Peut-on penser qu'il ne s'agit pas d'une véritable garantie mais de la sanction d'une erreur dans le choix du délégataire de service public, aussi mauvais gestionnaire qu'incompétent ? Voilà qui est concevable, mais on ne pourrait reconnaître là une erreur inexcusable, et il n'y aurait en tout cas probablement pas de faute imputable à l'administration, compte tenu de la difficulté qu'on rencontre dans le contrôle d'un tiers¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ C.E., 21 oct. 1949, *La Mutuelle du Mans c/ Ministre de l'agriculture*, Rec. p. 427; D. 1950, p.162

¹⁰¹¹ C.E., Sect. 13 nov. 1970, *ville de Royan*, Rec. p. 683. - C.E., 21 avr. 1982, *Dames Daunes et Bareille*, Rec. p. 745.

¹⁰¹² Pas de faute lourde aurions-nous dit il y a encore quelques mois. Mais nous verrons que le changement de vocabulaire ne provoque pas une révolution du système et ne remet pas en cause notre remarque, car la faute dans le contrôle d'un tiers ne s'apprécie pas par rapport à une obligation de résultat. Cf. infra p.330.

Mais ces hypothèses sont rares et même si elles traduisent la recherche d'un mécanisme collectif d'indemnisation, elles ne se distinguent pas franchement des cas où l'administration est condamnée par le fait de ses agents. Ces cas ne relèvent pas de la responsabilité au sens strict mais de la garantie, même s'ils reposent à un moment donné sur un même fondement qui est celui de solidarité et qui permet de les classer dans la responsabilité-assurance. A ce titre, ils doivent être distingués d'autres régimes de responsabilité-assurance qui ne font que diluer sur le groupe social, sous couvert d'un pur régime d'indemnisation, en réalité une véritable responsabilité pour faute de l'auteur du fait dommageable que l'on écarte du débat.

B) Hypothèses de responsabilité-assurance dilutive de responsabilité

Après avoir envisagé les régimes d'indemnisation qui se distinguent le plus de la responsabilité dans son sens étroit et dans sa fonction sanctionnatrice tout en pouvant relever de la fonction assurancielle de la responsabilité au sens large, examinons à présent les hypothèses de loin les plus fréquentes où la socialisation du régime de réparation apparaît comme une simplification des règles de responsabilité classique. Dans un régime de dilution de responsabilité à la charge du patrimoine public, l'administration condamnée apparaît comme responsable à la place de quelqu'un d'autre, mais en réalité la collectivité a bien une part propre de responsabilité à assumer. Seulement cette part est difficile voire impossible à déterminer. La socialisation du risque opérée par le droit administratif de la responsabilité permet au moins dans la phase de l'obligation à la dette l'économie d'une recherche des fautes respectives des personnes impliquées. Dans certains régimes législatifs, il s'agit souvent d'ignorer complètement le problème de la faute ayant engendré le dommage (1). Dans le droit commun jurisprudentiel, il s'agit d'imputer la responsabilité à la faute du service et non à la faute de service de l'agent (2).

1) Les régimes législatifs de responsabilité-assurance dilutive de responsabilité

Différents secteurs d'activité sont concernés par des régimes législatifs de dilution des dommages. Le législateur édicte les règles au fur et à mesure des besoins les plus pressants sans s'assurer forcément de la cohérence de l'ensemble du droit de la responsabilité. Il apparaît donc important que l'exégèse replace le régime législatif dans une perspective de responsabilité cohérente autant qu'il est possible.

En matière médicale, les occasions de dommages sont nombreuses et donnent lieu à des solutions juridiques de plus en plus inspirées par l'idée de garantie sociale¹⁰¹³. Pourtant, la plupart des régimes législatifs de réparation relève dans le domaine médical d'une authentique responsabilité. Parmi ces derniers, la loi sur la réparation des conséquences de vaccinations obligatoires sert notre propos. Cette législation cautionne directement l'atteinte à l'intégrité corporelle et à la liberté des individus dans l'intérêt de la communauté. La responsabilité qui est assumée n'obéit pas aux règles du droit commun ; il suffit d'établir le lien direct de causalité entre la vaccination et le préjudice¹⁰¹⁴. A l'origine, le texte ne va guère au-delà des solutions établies par la jurisprudence administrative qui posait une présomption de faute très difficile à renverser¹⁰¹⁵. Certes, un pas est accompli vers la garantie lorsque la responsabilité est étendue aux vaccinations obligatoires pratiquées par les praticiens en clientèle privée¹⁰¹⁶. Nous sommes néanmoins toujours en présence d'un régime de responsabilité quand on sait que les risques vaccinatoires que l'Etat fait courir aux citoyens ne sont pas tous connus à plus long terme. L'Etat assure sa propre responsabilité par ces mécanismes ainsi que la légitimité de son pouvoir mutilant¹⁰¹⁷. La méfiance suscitée par la manipulation du sang avait déjà inspiré une loi du **2 août 1961** instaurant la première responsabilité sans faute des établissements de transfusion ou organismes dont ils relèvent à raison « des risques courus par les donneurs ». Ce texte ne concernait que des opérations précises et l'on comprend qu'il s'agissait surtout de rassurer les bénévoles. La loi du **4 janvier 1993** est venue compléter le dispositif puisqu'elle oblige les établissements de santé à souscrire une assurance pour les

¹⁰¹³ Voir par exemple : D. PHILIPP, *De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques*, R.D.P. 1999, p. 593 ; A. DE LAJARTRE, *La responsabilité hospitalière relative aux "premières" médicales*, A.J.D.A. 1997, p. 562.

¹⁰¹⁴ Loi du 1^{er} juillet 1964, actuellement art. L. 10-1, code santé publique.

¹⁰¹⁵ C.E., 7 mars 1958, *Dejours*, Rec. p. 153.

¹⁰¹⁶ Loi n°75-401 du 26 mai 1975. Voir F. MODERNE, *La responsabilité généralisée de l'Etat à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires*, D. 1975, chron., p. 161. Voir C.E., 3 avr. 1981, *Marcel Burmann*, N°19435 : la loi de 1975 ne peut s'appliquer qu'aux vaccinations postérieures à son entrée en vigueur.

¹⁰¹⁷ Cf. C. SCHAEGIS, *Progrès scientifique et responsabilité administrative*, th. CNRS 1998, p. 160 et s.

risques qu'ils font courir aux donneurs de sang¹⁰¹⁸. Mais, la responsabilité des établissements de soins comme illustration d'un régime législatif de dilution assurancielles des dommages ne se cantonne pas à la prestation de soins.

Utilisant la formule « de plein droit » la loi du **6 juillet 1992** consacre la responsabilité des établissements hospitaliers à raison des pertes d'objets qui leur sont confiés. La responsabilité de l'établissement apparaît bien reposer en réalité sur une présomption de faute de ses préposés puisqu'elle est encourue pour les objets remis entre leurs mains¹⁰¹⁹. Mais de manière extensive et contrairement à ce qu'il en est des obligations du dépôt civil, l'établissement est responsable pour le fait d'autrui comme pour le sien propre. Cette disposition est apparue nécessaire au législateur pour restaurer la confiance entre les patients et les établissements publics de santé peu efficaces et mal organisés pour assumer cette mission. Rappelons que la garde gratuite des affaires des malades est une tâche accessoire mais qui entre nécessairement dans le rôle du service public. Or, nous l'avons dit, dès lors que celui-ci promet une prestation, il doit la mener avec efficacité.

Lorsque la machine judiciaire de l'Etat broie la vie d'un innocent ayant fait l'objet d'une plus ou moins longue détention provisoire, la loi du **17 juillet 1970** accordant quelques minimes espoirs de compensation s'est toujours départi de la garantie. En effet, initialement elle ne prévoyait l'indemnisation qu'en cas de préjudice « manifestement anormal et d'une particulière gravité »¹⁰²⁰. Ce n'était déjà en somme que la juste responsabilité de l'Etat à raison des fautes les plus graves commises par le service public judiciaire. L'on a beau rapporter cette disposition à l'idée de rupture d'égalité devant les charges publiques, cette rupture a toujours souvent résulté d'une faute. En effet, des deux exigences de gravité et d'anormalité, celle de gravité du préjudice ne semblait pas déterminante puisque les réparations accordées ont été longtemps d'une « remarquable minceur »¹⁰²¹. La contradiction entre l'exigence d'un dommage grave et une réparation minime conduit à penser que c'est donc le caractère choquant, anormal du préjudice subi qui semblait déterminant pour la

¹⁰¹⁸ Loi n°93-5 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament. Article L. 668-10 code de la Santé publique.

¹⁰¹⁹ Loi n° 92-614 du 6 juillet 1992. Art. 1er. - Les établissements de santé, ainsi que les établissements sociaux ou médico-sociaux hébergeant des personnes âgées ou des adultes handicapés, sont, qu'ils soient publics ou privés, responsables de plein droit du vol, de la perte ou de la détérioration des objets déposés entre les mains des préposés commis à cet effet ou d'un comptable public, par les personnes qui y sont admises ou hébergées.

¹⁰²⁰ Cette exigence a été supprimée par la loi du 30 déc. 1996 relative à la détention provisoire. Actuellement art. 149 et s. code pénal. Cette responsabilité est mise en œuvre par une commission composée de magistrats judiciaires statuant souverainement.

¹⁰²¹ R. CHAPUS., *Droit administratif général*, t.1, Montchrestien, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°1481.

justice. Or, une telle pratique renvoie aux éventuelles fautes non reconnues des services judiciaires¹⁰²². La réforme de ce régime d'indemnisation adoptée dans le cadre de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, qui prévoit l'obligation de motiver les décisions d'octroi de l'indemnité et la possibilité d'en faire appel¹⁰²³, pourrait permettre de prendre officiellement en compte les dysfonctionnements de la procédure pénale dans la fixation du montant des indemnités accordées¹⁰²⁴.

Une même préoccupation de faire l'économie du débat de la faute inspire la législation en matière d'accidents dus à l'usage de navires ou d'installations nucléaires à l'origine desquelles se trouvent diverses conventions internationales. C'est bien une responsabilité objective que les lois du 12 novembre 1965 et 30 octobre 1968 ont instaurée. On pourrait y voir un strict régime de garantie dans la mesure où ce sont toujours des personnes publiques qui seront tenues à réparation et ceci pour tout dommage aux personnes et tout dommage aux biens. En effet, de fait les exploitants sont des personnes publiques, et seul l'Etat use de navires à propulsion nucléaire. De plus, c'est à l'échelle nationale qu'est pris en charge le complément des indemnités plafonnées par la loi en cas de besoin. Mais nous sommes encore ici dans un domaine où la puissance publique assume en réalité la responsabilité de ses choix en matière de politique énergétique. Elle ne fait pas ici la charité. C'est bien elle qui a pris le parti d'une domination de la technologie potentiellement la plus destructrice. De plus, on notera dans le texte des lois qu'il faut être en présence d'un accident « causé » par une exploitation ou un navire, c'est-à-dire qui ne vient pas de nulle part.

2) Les régimes jurisprudentiels de responsabilité-assurance dilutive de responsabilité

On ne peut pas énumérer ici toutes les hypothèses de régime jurisprudentiel de dilution assurancielle de responsabilité car c'est le droit commun de la responsabilité administrative qui en relève. Sur ce plan donc la jurisprudence reste assez homogène, dans son principe il

¹⁰²² Cf. M. PAILLET, op. cit., n°376 p. 175. René CHAPUS pense que la reconnaissance de responsabilité par une décision souveraine et non motivée évite d'avoir à se prononcer sur le caractère éventuellement fautif de la mise en détention provisoire, *ibid.*

¹⁰²³ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000, art. 70 et 71.

¹⁰²⁴ Toutefois, en faisant du principe même de l'indemnisation un véritable droit qui n'est plus soumis à l'existence d'un préjudice anormal, la loi nouvelle risque d'empêcher que le débat ait lieu officiellement sur la nature des dysfonctionnements constatés.

s'agit de la responsabilité pour faute, au sens large que le droit administratif est contraint de lui donner.

Avant d'exister en droit, la possibilité pour l'administration de garantir certains dommages a pénétré la pratique administrative¹⁰²⁵. A l'aube de la Révolution française, le Bureau de la ville de Paris avait pris l'habitude d'offrir aux victimes la somme que les entrepreneurs privés de travaux publics leur refusaient¹⁰²⁶. L'administration souhaitait que son geste soit compris comme une charité non obligatoire, mais nous avons montré que l'obligation existait pour l'administration parce qu'elle avait contribué à l'existence du dommage. D'ailleurs, le maître de l'ouvrage public est solidairement responsable avec l'entrepreneur depuis très longtemps¹⁰²⁷. Il n'est donc pas facile *a priori* de classer ce type de responsabilité dans notre typologie. Ce qui nous intéresse ici, c'est que dans ces affaires, l'entrepreneur seul était désigné comme véritablement responsable à l'origine. C'est sans doute ce qui explique cette rédaction « maladroite » de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui prévoyait la seule responsabilité de l'entrepreneur et non celle de l'administration, laissant croire qu'il s'agissait d'un régime de garantie. En fait, tout se passait depuis le début en jurisprudence comme si l'administration était responsable des entrepreneurs assimilés à ses préposés. Au fond, la différence entre cette responsabilité solidaire et la responsabilité pour faute de service des agents est bien mince, sauf à ne pas oublier que vis-à-vis des tiers la responsabilité pour dommages de travaux publics est sans faute à prouver. Mais pour ce qui est du cas le plus fréquent de dommages causés à un usager, de la même façon les juges perpétuent la croyance qu'il relève intégralement de la responsabilité sans faute alors que l'administration peut s'exonérer en prouvant le bon entretien de ses ouvrages.

Généralement et paradoxalement peut-être, c'est ainsi la notion de faute qui a été utilisée pour parvenir à un système de responsabilité-assurance. Ainsi par exemple, en cas d'autorisation illégale de licenciement d'un salarié protégé, c'est l'Etat qui est responsable aux yeux du juge prud'homal et non le congédieur¹⁰²⁸. Le juge judiciaire refuse tout net de considérer que l'employeur est responsable. Nul ne connaît véritablement les raisons de cette

¹⁰²⁵ Voir supra partie 1, titre 1, chapitre 1.

¹⁰²⁶ M. BOUTEL-SAUTEL, *Une responsabilité de l'Etat sous l'Ancien Régime? Dossiers parisiens. In La responsabilité à travers les âges*, Economica 1989, p. 108.

¹⁰²⁷ Une loi des 6-7-11 sept. 1790 prévoyait déjà que les dommages provenant du fait personnel de l'entrepreneur étaient susceptibles d'une demande d'indemnité devant la municipalité. Voir M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994, p. 77 ; M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996, n° 165.

¹⁰²⁸ Cass. Soc. 1^{er} juil. 1964, *Felback*, D. 1964, p. 578 ; Dr. Soc. 1965, p. 52, obs. Savatier. Cass. Soc. 9 oct. 1980, *Terrié*, D. 1981, p. 385, note Pelissier. Confirmé régulièrement. Cf. J. SAVATIER, *Les effets de*

jurisprudence dérogatoire au droit commun. En effet, l'annulation par le juge administratif de l'autorisation de licenciement n'affectera pas la régularité du congédiement, l'effet rétroactif est alors tenu en échec. La cause réelle du dommage c'est le licenciement qui en lui-même est illégal. A ce titre, pertinente fut la remarque du commissaire du gouvernement ARRIGHI de CASANOVA, concluant dans une récente affaire, « on pourrait voir dans la seule décision de l'employeur de faire usage de l'autorisation obtenue la cause adéquate du préjudice du salarié »¹⁰²⁹. Ce qui est significatif dans ce genre d'hypothèse, c'est qu'il n'y a pas d'action récursoire possible devant le juge judiciaire à l'encontre du congédieur. Il s'agit en réalité d'un cas de socialisation des risques provoqués par cette jurisprudence systématique de la Cour de cassation¹⁰³⁰.

Il arrive aussi que l'administration soit condamnée à la place de particuliers responsables plus directement qu'elle mais insolvable. Il en est ainsi lorsqu'elle a commis une faute de service en ne vérifiant pas que l'auteur d'un accident était assuré alors qu'elle avait le pouvoir de le savoir et de l'y contraindre par retrait d'autorisation. La jurisprudence *protectorat de l'Annam* aboutit à ce résultat¹⁰³¹. Des voyageurs avaient été blessés dans un accident causé par un transporteur autorisé bien que non assuré. On peut estimer que si ce dont il est demandé réparation n'est pas du dommage accidentel mais du fait que l'assureur ait refusé de payer, alors le dommage se rattache bien directement à l'activité administrative¹⁰³². Celle-ci est responsable. Toutefois, dans ces hypothèses, on peut penser que la cause première du préjudice est l'insolvabilité de l'auteur du sinistre et non le défaut d'assurance. En ce cas, c'est la puissance publique qui fait en quelque sorte office d'assureur secondaire¹⁰³³.

Enfin, le juge administratif, lui, dilue les dommages en matière de responsabilité pour faute de service. Cette faute qui, bien que commise par un ou des agents est attribuée toujours à la personne morale, pose bien des difficultés à la doctrine qui s'accorde à y voir bien sûr une garantie.

l'annulation d'une autorisation administrative de licenciement d'un représentant du personnel, Dr. Soc. 1980, spéc., p. 331.

¹⁰²⁹ Concl. Sur C.E., Sect., 9 juin 1995, *Ministre des affaires sociales c/ M. Lesprit*, A.J.D.A. 1995, p. 745.

¹⁰³⁰ D. COHEN, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, th. Economica 1987, p. 279.

¹⁰³¹ C.E., 2 juin 1933, Rec. p. 611 ; D.H., 34,3, p.61 note Appleton.

¹⁰³² C.-A. COLLIARD, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, th. Paris, Dalloz, 1938, p. 39 et 40.

¹⁰³³ Voir aussi C.E., 5 nov. 1937, *Caire*, D. H. 1938, p. 88.

En Allemagne, la responsabilité de l'administration pour le fait des fonctionnaires est aussi perçue comme une garantie mais l'idée que l'administration a aussi causé le dommage est nette¹⁰³⁴. Il s'agit donc d'un mécanisme de dilution. Même implicitement, l'analyse du système français doit aboutir à la même conclusion. Les fautes commises par des agents, identifiés ou non¹⁰³⁵, sont imputables à la fois au service et à l'agent mais c'est le groupe social qui sera choisi comme unique débiteur. Pour parvenir à ce point de vue, il faut tenir compte de certaines réalités psychologiques indéniables, bien que difficiles à mesurer. Les actes des agents sont conditionnés par leur environnement professionnel. Ce n'est pas leur volonté propre que les agents mettent en œuvre. C'est une volonté qui leur appartient mais qu'ils n'ont pas forgé. Telle est la valeur qu'il faut donner à cette construction.

Le doyen HAURIUO a formulé une proposition très audacieuse pour son époque dans laquelle il résumait toutes les obligations de réparer mises à la charge de l'Etat sous l'idée d'une sorte d'assurance généralisée. Cet auteur visionnaire fut l'un des premiers à imaginer qu'en cas de responsabilité sans faute le risque résulte de la spécialité du préjudice imposé et qu'en cas de responsabilité pour faute celle-ci peut être elle-même considérée comme un risque¹⁰³⁶. Manquant d'échos parmi ses contemporains, il lui a fallu se rétracter dans les éditions ultérieures de son précis. Sa conception n'était pourtant pas si révolutionnaire. Elle conservait une dimension pénalisante puisque HAURIUO précisait qu'il ne s'agissait pas pour la puissance publique d'assurer un sinistre dans la mesure où le débiteur de réparation était obligé parce qu'il aurait pu éviter le dommage. Telle est l'analyse que l'on doit faire si l'on adhère à l'idée que la faute qui engage la responsabilité de l'administration est bien aussi et au moins en partie la sienne propre.

Cette conception a été âprement discutée. Avec toute l'autorité de son expérience, le professeur WALINE a enseigné que l'administration n'est jamais responsable pour son fait personnel mais seulement du fait d'autrui¹⁰³⁷. De sorte qu'elle répare toujours au titre de garante les dommages causés par ses agents ou ses services. Cette obligation de garantie s'explique dans la responsabilité pour faute d'autrui et dans la responsabilité sans faute aussi,

¹⁰³⁴ E. FORTSHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, précité, p. 466.

¹⁰³⁵ Avec la loi du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relation avec l'administration, l'anonymat deviendra une hypothèse plus marginale, puisque désormais « toute personne a le droit de connaître le prénom, le nom, la qualité et l'adresse administratives de l'agent chargé de sa demande ou de traiter l'affaire qui la concerne ». Voir Art. 4 de la loi n°2000-321 pour les modalités et les exceptions.

¹⁰³⁶ *Les actions en indemnité contre l'Etat pour les préjudice causés dans l'administration publique*, R.D.P. 1896, VI, p. 51.

¹⁰³⁷ *Traité de droit administratif*, 9^{ème} éd., Sirey 1963, p.785 et 786. Position admise par un fort courant doctrinal dont G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit, Dalloz 1996, p. 8; J.-P. DUBOIS, *La responsabilité administrative*, La Découverte, p. 8.

car un dommage est toujours produit par un agent ou un groupe d'agents auteurs des actes dommageables. Si l'éminent professeur soutient qu'il n'existe jamais de « responsabilité du fait personnel des personnes morales », ce n'est pas tant parce que les personnes morales ne pourraient commettre des fautes juridiques, mais parce que toute entité juridique morale ne peut agir que par des intermédiaires physiques, et donc même si ces personnes morales commettent des fautes elles ne les commettent jamais sans recourir à des agents. Ce serait donc *a priori* une pure vue de l'esprit de dire qu'un service a « commis » une faute¹⁰³⁸. Ce raisonnement vaut pour les agissements ou les décisions régulières qui engagent la responsabilité sans faute de l'administration. Mais il nous paraît difficile de balayer d'un trait de plume des milliers de jugements et de conclusions qui traitent exactement la faute de service de l'agent comme une faute du service dans son ensemble¹⁰³⁹.

La proposition de M. WALINE occulte une partie certaine de la réalité qu'avaient laissée percevoir les théories organicistes. Un dommage n'a jamais une cause unique. Certes la responsabilité des personnes morales est toujours une garantie que sera réparé tout dommage causé par un agent ou un organe administratif, mais ce n'est pas une véritable « garantie » pour autant car il est possible d'imputer causalement la responsabilité à la personne morale. L'opinion de Marcel WALINE a eu une grande influence sur les auteurs mais aucune sur la jurisprudence. Cela nous invite à la relativiser. Pourquoi doit-on toujours penser que la responsabilité du fait d'autrui exclut la responsabilité du fait personnel ? Reconnaître que l'auteur matériel du dommage est autrui implique-t-il absolument que celui qui répare n'ait aucun fait personnel à son actif qui puisse contribuer à causer le dommage ?

En théorie, il n'y a d'authentique responsabilité du fait d'autrui que si le responsable n'a aucun fait causal à son actif, sans quoi il s'agit d'une responsabilité personnelle du fait d'autrui et non d'une responsabilité du fait d'autrui. Or, nous avouons avoir du mal à penser que les personnes morales n'agissent jamais, qu'il n'existe pas de fait des personnes morales puisque, en tout état de cause, elles ont des obligations à assumer. La position de WALINE est réductrice et « minimaliste ». Elle occulte la responsabilité personnelle des personnes morales, ne prend en compte que la fonction réparatrice de la responsabilité et exclut *a priori* toute fonction sanctionnatrice, alors que les deux nous paraissent conciliables. De plus, elle méconnaît certaines données essentielles de la jurisprudence, confirmées par quelques

¹⁰³⁸ Cela vaut même si on considère que le service ne désigne pas la personne morale mais les agents. La faute du service est encore une fiction qui évite d'avoir à dire faute de l'agent ou faute de l'Etat. J. LUCHET, *L'arrêt Blanco, La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*. Les presses modernes, Paris 1935, p. 16.

¹⁰³⁹ Pour un approfondissement de la question de la responsabilité du fait d'autrui. Cf. infra p. 485 et s.

régimes législatifs. Considérant que la socialisation des risques a toujours été recherchée par nos règles de responsabilité publique, nous voyons finalement une raison supplémentaire pour imaginer que tout repose sur un vaste contrat social dont un volet assurantiel a fait que « l'Etat est son propre assureur »¹⁰⁴⁰.

Au terme de notre réflexion sur la nature fonctionnelle de la responsabilité en droit administratif, nous sommes conduit à partager une position qui n'est pas totalement nouvelle en doctrine. Ainsi, éliminant la responsabilité-sanction du champ du droit administratif, accordant une place résiduelle à la responsabilité-prix, Charles EISENMANN énonce que la responsabilité administrative est toujours une responsabilité-assurance. Mais, nous notons que curieusement, l'auteur n'accorde dans le même temps au principe d'égalité devant les charges publiques qu'une place très restreinte parmi les fondements de la responsabilité, ce qui n'est pas notre avis. Nous pensons que la responsabilité en droit administratif peut-être en toute occasion une responsabilité-assurance mais pour une raison fort différente de celles qu'adoptait Charles EISENMANN. Si tout se passe comme si l'Etat gérait une assurance commune, c'est uniquement dans le cas où le contrat social contient des clauses relatives à cette assurance. Voilà un contrat innomé, qui en plus de porter représentation, mandat et gérance pour l'Etat relativement aux affaires des citoyens, emporte assurance entre les souscripteurs associés. De la sorte nous nous réconcilions avec l'idée que la responsabilité remplit une fonction de garantie des dommages tout en n'excluant pas une part de culpabilité de la puissance publique, et nous conservons à la fonction sanctionnatrice de la responsabilité une grande place dans notre théorie. Si l'administration est responsable, c'est aussi et à condition qu'elle ait manqué à une des obligations « contractuelles » inscrites dans le pacte social de solidarité. Ainsi, la responsabilité-assurance est susceptible d'englober toute la responsabilité administrative, malgré ses finalités parfois sanctionnatrices. Cela confirme la conception qui est notre, que la responsabilité résulte d'un contrat fondamentalement mutualiste dans lequel l'efficacité de l'indemnisation du dommage est la préoccupation première.

¹⁰⁴⁰ Adage et règle jamais démentis. Cf. C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, p. 138. Règle qui permet de saisir l'influence quasi-nulle de l'existence de contrat d'assurance de responsabilité dans les solutions du droit administratif.

SECTION 2

L'EFFICACITE DE LA FONCTION INDEMNISATRICE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF

De l'avis quasi général de la doctrine, le droit administratif de la responsabilité est marqué par sa fonction indemnificatrice, pour la bonne raison que la mutualisation des risques y est devenue la règle¹⁰⁴¹. Pourtant, l'efficacité indemnificatrice du contentieux administratif a été souvent mise en doute. D'ailleurs, cette efficacité contestée a autrefois justifié des attributions de compétence au profit du juge judiciaire en matière de dommages causés par des services publics, tant sous l'effet de la jurisprudence¹⁰⁴², que sous celui de la loi¹⁰⁴³. Qu'en est-il aujourd'hui en droit administratif ? La réponse implique la comparaison avec la situation en droit civil. La question est d'ailleurs une des plus transversales du thème de la responsabilité. En effet, si la théorie du fait générateur se démarque aisément en droit public car impliquant l'analyse du côté du responsable, en revanche celle de l'indemnisation conduit à examiner le sort de victimes tout à fait similaires dans les deux droits. D'ailleurs en droit privé, la fonction indemnificatrice semble aussi avoir pris le pas sur les fonctions responsabilisantes¹⁰⁴⁴.

La logique de l'indemnisation finira-t-elle par faire disparaître celle de la réparation ? Nous ne le pensons pas pour deux raisons. D'une part, si les deux logiques sont distinctes, il demeure qu'elles assurent la même fonction plus ou moins conciliée avec l'impératif sanctionnateur du droit de la responsabilité. D'autre part, les deux systèmes apparaissent complémentaires et tendent vers une meilleure prise en compte des besoins des victimes et de la société. En réalité, c'est en raison de la nature des dommages que l'on peut préférer le système de la réparation ou celui de l'indemnisation. La juxtaposition des deux systèmes est le résultat du progrès de la responsabilité dans notre société. Afin de pallier le caractère

¹⁰⁴¹ Voir M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, th. L.G.D.J. 1994, p. 213 et s.

¹⁰⁴² En cas de voie de fait et d'emprise. Cf. C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1996, collec. Systèmes, p. 63-67.

¹⁰⁴³ Ce fut le cas de la loi du 31 déc. 1957 transférant tout le contentieux des accidents de véhicules au juge judiciaire en raison de la parcimonie avec laquelle les juridictions administratives indemnisaient les victimes. Voir G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit Dalloz 1996, p. 56.

¹⁰⁴⁴ Pour Geneviève VINEY : « dans l'optique actuelle, c'est l'indemnisation des dommages qui est considérée comme l'objectif essentiel de la responsabilité civile. En effet le déclin du rôle de la faute dans la mise en jeu de la responsabilité a donné un relief tout particulier à cette fonction » *Traité de droit civil*, par J. GHESTIN, *la responsabilité civile*, par G. VINEY, t.1, Conditions 1982, n°36.

parfois peu satisfaisant du système de la réparation (§1), la fonction indemnificatrice progresse en le complétant par des régimes d'indemnisation (§2).

§1 Le caractère satisfaisant de la réparation

La satisfaction de la victime donne son sens à la réparation civile. Celle-ci est donc guidée dans tout le droit de la responsabilité par le principe de la réparation intégrale¹⁰⁴⁵ (A). Mais en droit administratif, la mise en œuvre satisfaisante du principe apparaît pour le moins perfectible (B).

A) Le principe de la réparation intégrale

La règle est bien établie depuis les origines de la responsabilité en ce qu'elle est une règle naturelle et équitable du droit (1). Cependant, avec les mutations de la société et de la responsabilité, elle est devenue un principe d'application délicate (2).

1) Un principe naturel

C'est une constante longtemps indiscutée en droit privé et en droit public que la simple équité et le sens commun imposent. Une victime doit se voir rétablie au plus près de la situation qui était la sienne avant l'accident qui la touche¹⁰⁴⁶, sans quoi on fait peser sur elle la

¹⁰⁴⁵ E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. L.G.D.J. 1974, p. 442.

¹⁰⁴⁶ Cela implique de mettre la victime à l'abri de la dévaluation monétaire. Pour cela le juge peut décider d'allouer un capital ou d'indexer la rente de réparation. C.E., Sect., 12 juin 1981, *Centre hospitalier de Lizieux*, Rec. p. 262. De même, la réparation intégrale justifie l'octroi d'intérêts moratoires avec la possibilité d'en

responsabilité de son dommage¹⁰⁴⁷. Mais on doit se demander ce que signifie ce principe et envisager sa valeur juridique de sorte à fixer le cadre dans lequel le droit positif de la responsabilité doit rester. On l'a vu, c'est cette intégralité de la réparation qui permet de distinguer les régimes de secours de la responsabilité proprement dite. Pour la doctrine, ce principe s'impose comme une évidence naturelle dans le cas de stricte responsabilité¹⁰⁴⁸. Pour certains la réparation intégrale constitue un véritable principe général du droit¹⁰⁴⁹. Toutefois, selon quelques auteurs, le Conseil Constitutionnel refuserait d'y voir un principe de valeur constitutionnelle¹⁰⁵⁰. Il en serait ainsi parce que le législateur est libre d'y déroger en établissant des régimes d'indemnisation forfaitaire¹⁰⁵¹.

Le principe de la réparation intégrale impose non seulement la prise en compte des gains effectivement manqués mais aussi celle de la « perte d'une chance » d'éviter un dommage ou de réaliser un gain. Par cette expression on désigne un préjudice certain, bien qu'abstrait, qui consiste en la perte d'une possibilité¹⁰⁵². Exprimable en terme de probabilités, ce préjudice reste une approximation qui doit être inférieure au préjudice trop éventuel pour être indemnisé en lui-même¹⁰⁵³. Par exemple, une faute du service a privé un candidat de la possibilité de passer les épreuves d'un concours qu'il préparait depuis longtemps et à l'égard duquel il avait des « chances réelles et sérieuses » de réussite¹⁰⁵⁴. Cependant, il demeure pour tout concours un facteur important d'aléa qui fait que l'on ne peut pas réparer le préjudice équivalent à l'échec soit disant provoqué¹⁰⁵⁵. Accorder dans un tel cas une compensation

demander la capitalisation pour chaque année écoulée depuis la première demande de réparation faite à l'administration ou devant le juge. Voir M. PAILLET, op. cit., n°587.

¹⁰⁴⁷ C'est l'argument invoqué par JOSSERAND pour étendre la responsabilité du code civil au fait des choses. Cf. *Les transports*, Paris 1910, p. 458.

¹⁰⁴⁸ Par exemple M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. Paris L.G.D.J. 1974, p. 442, cité par M. SOUSSE, op. cit., p. 103.

¹⁰⁴⁹ Cf. L.-M. BOUCRAUT, *La réparation des atteintes aux biens dans les jurisprudences administrative et judiciaire*, Litec 1993, p. 9 et 10.

¹⁰⁵⁰ S. DION-LOYE, *Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité*, L.P.A., 1992, n°91 p. 17.

¹⁰⁵¹ M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, th. L.G.D.J. 1994, p. 95 et s.

¹⁰⁵² Voir F. SALLET, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, Travaux et Recherches Panthéon-Assas, L.G.D.J. 1994.

¹⁰⁵³ Cf. R. SAVATIER, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, D.1970, chr. p.123.

¹⁰⁵⁴ C.E., 18 oct. 1968, *Duborgnon et ville de Pau*, Rec. p. 499. - C.E., 24 oct. 1973, *Secrétaire d'Etat auprès du Premier Ministre chargé de la jeunesse, des sports et des loisirs*, Rec. tables p. 1026, R.D.P. 1974 p. 1498, note Auby. - C.E., 3 déc. 1975, *Placide*, R.D.P. 1976, p. 923. - C.E., 6 mai 1977, *Préfet de police c/ dame Fesneau*, R.D.P. 1977, p. 1101. - C.E., 2 avr. 1990, *Ministre du Temps libre c/ Garcia*, D.1991, S.C. p. 283. Voir G. GEST, *Violation d'un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique*, R.D.P. 1981, p. 1645.

¹⁰⁵⁵ On note toutefois une tendance à la mauvaise utilisation par le juge administratif de ce remarquable outil toutes les fois qu'il en use comme substitut du lien de causalité afin de réparer des préjudices pourtant virtuels.

seulement symbolique serait inique, d'ailleurs mal ressentie comme niant la réalité du préjudice. Avec des indemnités plus conséquentes, le candidat peut financer une nouvelle préparation au concours. La Cour de cassation avait montré la voie au XIX^{ème} siècle¹⁰⁵⁶, et cette notion a particulièrement plu au juge administratif. Avec ce type de préjudice on atteint les limites de la réparation intégrale dans une logique perfectible mais satisfaisante pour l'équité.

2) *Un principe d'application délicate*

Il est certainement très sage de ne pas conférer valeur constitutionnelle au principe de réparation intégrale des préjudices car celui-ci se heurte à la diversité de situations créée par l'extension de la responsabilité. Ainsi, on peut réfléchir à l'opportunité de réparer différemment selon le régime de responsabilité applicable. Remarquons tout d'abord que s'agissant de limiter la réparation à hauteur des préjudices subis, notre droit français manque parfois à l'un des objectifs préventifs de la responsabilité dans les cas de dommages causés volontairement dans un but lucratif. En cas de responsabilité pour faute on pourrait souhaiter une fixation d'indemnité au-delà du préjudice subi. Il s'agirait de dissuader les comportements antisociaux par l'attribution de dommages et intérêts punitifs tels qu'ils existent en droit anglais. En effet, on constate que la fonction préventive de la responsabilité n'est pas remplie lorsque l'on condamne à des montants d'indemnités moindres que le gain réalisé par l'activité nuisible. Nous avons déjà évoqué ce problème et notre droit n'est pas prêt de franchir ce cap, officiellement tout du moins¹⁰⁵⁷.

Le préjudice doit être réparé et le juge ne peut pas condamner au-delà de ce que la victime subit effectivement comme perte. Il est par conséquent en outre impossible en droit public comme en droit privé de cumuler la réparation avec les indemnités versées par un tiers payeurs pour un même dommage¹⁰⁵⁸. En revanche, une différence dans la mise en œuvre de la

Bien souvent en matière de perte d'une chance, comme l'avouait R. ODENT, « il accorde tout ou refuse tout », fasc. 4, p. 1517. Il arrive cependant qu'à l'instar de son collègue judiciaire, il opère une réfaction pour tenir compte de ce qu'il y avait chance sérieuse et non certitude ; voir concl. Latournerie sur C.E., 28 mars 1980, *Centre hospitalier de Seclin*, Marchés publics, n°176 p. 24.

¹⁰⁵⁶ Cass. Req., 17 juil. 1889, S. 1891,1, p. 399.

¹⁰⁵⁷ Cf. supra p. 197.

¹⁰⁵⁸ C'était implicitement le sens de l'arrêt *Lemonnier* : C.E., 26 juil. 1918, Rec. p. 761 ; D.1918,3, p.12. Mais cette règle souffre des exceptions de plus en plus nombreuses en raison de l'existence des régimes législatifs

réparation intégrale existe bien en droit public dans certains cas de responsabilité sans faute. En cas de responsabilité fondée directement sur la rupture d'égalité devant les charges publiques et conditionnée par la preuve d'un préjudice spécial et anormal, la jurisprudence doit laisser une partie du préjudice à la charge de la victime¹⁰⁵⁹, comme elle le fait par ailleurs dans la théorie de l'imprévision. Ne constitue le préjudice réparable que la partie excédant ce que les administrés peuvent s'attendre à supporter. C'est alors la logique juridique qui commande la réparation du préjudice effectivement subi et non celle du dommage¹⁰⁶⁰. La jurisprudence est claire sur ce point lorsqu'elle précise que l'indemnisation doit être limitée « à la partie du préjudice revêtant un caractère anormal »¹⁰⁶¹. C'est encore plus sûrement que le principe est remis en cause par les interférences des systèmes d'indemnisations¹⁰⁶². Mais nous avons vu que le problème de la réparation ne peut rigoureusement se poser que dans les régimes de responsabilité et non dans les régimes d'indemnisation.

La réparation intégrale devient délicate avec l'extension de la responsabilité au niveau des faits générateurs et des dommages indemnisables. En fonction des différents types de dommages à envisager, le principe peut manquer de pertinence. Comment réparer intégralement le préjudice moral ? Toutes les juridictions ont reconnu que cela était impossible¹⁰⁶³. Dans de telles conditions la réparation du préjudice ne peut avoir qu'un caractère forfaitaire¹⁰⁶⁴. Les mêmes incertitudes apparaissent avec le développement du préjudice de perte de chance qui résulte par exemple de l'accroissement des recours en cas

d'indemnisation. C.E., 13 juin 1958, *Caisse primaire de sécurité sociale de Valenciennes c/Secrétaire d'Etat aux Forces armées*, S.1958,2, p. 317, concl. Braibant. Voir M. SOUSSE, op. cit., p. 172

¹⁰⁵⁹ Selon le commissaire du gouvernement ARRIGHI DE CASANOVA, la condition tenant à l'existence d'un dommage anormal et spécial a en pour corollaire une limitation de fait du montant de la réparation, celle-ci étant accordée non pas pour l'intégralité du préjudice mais pour la partie à partir de laquelle il est anormal. Cf. conclusions sur C.E.,A., 20 fév. 1998, *Sté études et construction de sièges automobiles*, Rec. p. 60.

¹⁰⁶⁰ Sur la distinction entre les notions de préjudice et de dommage voir M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, th., L.G.D.J. 1994, p. 1 à 7.

¹⁰⁶¹ par ex. C.E., 6 nov. 1985, *Ministre des Transports c/ Touraine Air Transports*, Rec. p. 312, à propos d'une grève des contrôleurs de la navigation aérienne. Ceci se traduit par l'application d'un critère comme celui tiré de la durée du dysfonctionnement administratif. C'est seulement au bout de quelques jours que l'on peut se plaindre du blocage d'un port : C.E., 12 oct. 1988, *Secrétaire d'Etat à la mer c/ Compagnie nationale algérienne de navigation*, Rec. p. 339. Voir M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, p. 261.

¹⁰⁶² Cf. M. SOUSSE, *La notion de réparation des dommages en droit administratif français*, op. cit., p. 103.

¹⁰⁶³ Si le juge administratif en a longtemps tiré argument pour refuser toute indemnité. Le juge judiciaire s'est positionné différemment. La Cour de Cassation l'a reconnu en ces termes : « l'impossibilité pratique de réparer le préjudice moral ne dispense pas le juge d'en évaluer souverainement l'importance réelle afin d'assurer, dans toute la mesure du possible et non pas seulement pour le principe, la réparation intégrale ». Cass. crim., 15 mai 1957, D. 1957, p. 530 ; Gaz. Pal. 1957.2.155.

¹⁰⁶⁴ B. STIRN, Rep. Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, *Evaluation du préjudice*, n°56.

d'évincement des marchés publics¹⁰⁶⁵, ou encore de l'extension de l'obligation d'information¹⁰⁶⁶. Ainsi désormais, en matière de responsabilité médicale, les victimes peuvent invoquer la perte d'une chance d'avorter¹⁰⁶⁷, ou la perte d'une chance de ne pas consentir à une opération comportant un aléa thérapeutique¹⁰⁶⁸. Comment évaluer cette perte d'une chance ?

Confrontés aux mêmes interrogations, les civilistes sont partagés. Certains optent comme la Cour de cassation le fait parfois d'ailleurs pour une réparation du seul préjudice moral causé par le défaut d'information préalable à l'opération¹⁰⁶⁹. D'autres estiment que la réparation intégrale des préjudices est justifiée par le fait que le médecin n'a pas permis à son malade d'accepter les risques et que par conséquent ceux-ci doivent peser sur lui¹⁰⁷⁰. De son côté, le Conseil d'Etat vient de choisir une position intermédiaire en recommandant de calculer d'abord le montant total des dommages subis, puis d'apprécier la probabilité que le patient aurait eu de refuser l'intervention et enfin de fixer le montant de la réparation à la fraction correspondante de cette probabilité¹⁰⁷¹.

Reste à déterminer si cette probabilité doit s'apprécier *in concreto* ou *in abstracto* en référence aux statistiques de refus de soins des personnes convenablement informées. En tout état de cause, l'inflation du nombre des préjudices indemnisables et de leur montant risque de remettre en cause le principe même de la réparation intégrale dans la mesure où sa mise en œuvre dépend de considérations budgétaires. Dès lors, l'extension de la réparation ne risque-t-elle pas de tuer la réparation au profit d'un système indemnitaire de forfait¹⁰⁷²? Cela nous le regretterions car la responsabilité et son principe de réparation multiforme du préjudice conservent le plus fort potentiel satisfaisant pour les victimes.

¹⁰⁶⁵ Voir C.E., 30 juin 1999, *Sarfati*, D.A. 1999, n°247. Suite à la reconnaissance de l'illégalité de la procédure d'attribution du marché de concession du Stade de France, un architecte invoque la perte d'une chance d'être choisi par l'administration, en vain cependant en raison du caractère insuffisamment sérieux des chances invoquées.

¹⁰⁶⁶ Sur l'évolution de l'obligation d'information voir infra p. 332 et s.

¹⁰⁶⁷ C.E., Sect., 14 fév. 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c/Quarrez*, Rec. p. 44 ; D.A. 1997 n°4, p. 28 ; Gaz. Pal. 1997 ; R.F.D.A. 1997 p. 375 concl. Péresse ; R.D.P. 1997, p. 1139, note J. Waline.

¹⁰⁶⁸ C.E., Sect. 5 janv. 2000, *Assistance Publique-Hopitaux de Paris et cts Telle*, A.J.D.A. 2000, p. 180 ; J.C.P. 2000,II,10271 note J. Moreau. Déjà C.A.A., Paris, 9 juin 1998, *Guilbot*, R.F.D.A. 2000, p. 640, concl. Corouge.

¹⁰⁶⁹ Ex. Cass. 1^{ère} civ., 14 fév. 1973, Gaz. Pal. 1973, I., p. 34. – Cass. 1^{ère} civ. 7 fév. 1990, D. 1991, S.C., p. 183, obs. Penneau. Voir aussi KORNPROBST, *Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Paris 1957, p. 443 et 447.

¹⁰⁷⁰ B. RAJBAUT, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, th. Paris XII, dactyl. 1981, p. 299 et s ; F. CHABAS, *L'obligation médicale d'information en danger*, J.C.P. 2000, I, 212 p. 459.

¹⁰⁷¹ C.E., Sect. 5 janv. 2000, *Assistance Publique-Hopitaux de Paris et cts Telle*, A.J.D.A. 2000, p. 180 ; J.C.P. 2000,II,10271 note J. Moreau.

¹⁰⁷² En ce sens, M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, th., L.G.D.J. 1994, p. 103 ; G. VINEY, *La responsabilité : conditions*, L.G.D.J. 1982, p. 86.

B) Les modalités satisfaisantes de la réparation

Quelle forme doit prendre la réponse du responsable aux dommages qu'il a causés pour que l'on puisse parler de véritable réparation ? Notre droit ne distingue qu'entre la réparation en nature et la réparation par compensation financière. En théorie, si un préjudice peut être réparé en nature, il n'a pas à être compensé financièrement¹⁰⁷³. Le droit administratif pratique trop peu la réparation en nature qui devrait pourtant être la règle dans un droit contractuel(1), mais il faut reconnaître que la réparation en argent présente de multiples commodités (2).

1) Le principe de la réparation en nature

On considère qu'une réparation est en nature lorsque la condamnation revêt toute autre forme que le paiement d'une somme d'argent. Dans l'absolu, c'est la satisfaction idéale pour une victime, car le but ultime de la réparation est bien de faire comme si le dommage n'était jamais intervenu. En quelque sorte, la réparation en nature se voudrait le rétablissement de la licéité de manière rétroactive. Toutefois selon quelques civilistes, la condamnation à exécuter les obligations met certes fin à une situation illicite dommageable, mais ne constitue pas une réparation en nature¹⁰⁷⁴. On pourrait pourtant se référer à la jurisprudence judiciaire pour surmonter la difficulté. La cessation des dommages est une forme de réparation en nature qui répond en même temps à la fonction préventive de la responsabilité. Les juridictions civiles ne craignent pas de rappeler cet idéal : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir l'équilibre [...] replacé dans la situation si l'acte dommageable ne s'était pas produit »¹⁰⁷⁵. La Cour de cassation dissocie deux situations¹⁰⁷⁶. Dans le cadre extra-contractuel où la cessation du fait dommageable est une réparation en nature, celle-ci relève du pouvoir souverain du juge dans le choix de la réparation, donc il n'y a pas droit à voir cesser la situation illicite. En

¹⁰⁷³ Voir E.P. LUCE, *Nouvelles réflexions sur la réparation de la douleur morale par le juge administratif*, J.C.P. 1962, n°1685.

¹⁰⁷⁴ M.-E. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. Paris L.G.D.J. 1974. La distinction du rétablissement de la légalité par l'obligation de faire cesser le fait dommageable et de la réparation permet que le juge puisse toujours l'ordonner.

¹⁰⁷⁵ Cass. Civ. 2ème, 19 nov. 1975, D. 1976, p. 137, cité par D. COHEN, op. cit., p. 305 et 306.

¹⁰⁷⁶ J.-Cl. Responsabilité civile, fasc. 201, n°27s.

revanche, dans le cadre contractuel la Cour suprême judiciaire rappelle que « l'obligation de réparer le dommage est distincte de l'obligation contractuelle dont la violation a causé le dommage »¹⁰⁷⁷. Il en résulte que le juge ne peut refuser en principe de faire cesser le dommage, l'exécution forcée de l'obligation contractuelle peut même être poursuivie par le créancier sans que celui-ci ait à justifier d'un dommage¹⁰⁷⁸.

L'inconvénient de cette distinction est de laisser insatisfaites des demandes légitimes, lorsque par exemple un juge refuse d'ordonner la cessation de troubles anormaux de voisinage, se contentant d'allouer une indemnité¹⁰⁷⁹. Nous pensons que toute solution devrait se ramener à l'hypothèse du cadre contractuel. En effet, si obtenir une exécution forcée n'est pas une compensation, il n'empêche que cela peut être une réparation en nature puisque l'exécution correspond exactement au dommage. D'ailleurs, si un préjudice supplémentaire est né de l'inexécution, il y a compensation par équivalent au moyen de dommages et intérêts moratoires, c'est-à-dire d'une réparation complémentaire. Le cas échéant, la jurisprudence judiciaire n'hésite pas à condamner le débiteur contractuel à réaliser des travaux de réfection propres à effacer le dommage¹⁰⁸⁰. Bien qu'en matière contractuelle, le juge judiciaire se réserve toutefois la possibilité de refuser cette mesure¹⁰⁸¹, ce qui montre que dans ces cas d'exécution défectueuse de délivrer un corps certain, ordonner au débiteur des travaux de réparation ou de reconstruction, c'est bien prescrire une réparation en nature¹⁰⁸².

Si le rapprochement des deux domaines contractuel et extra-contractuel de la responsabilité nous semble possible dans les deux branches du droit, c'est parce que nous savons que c'est un même principe métajuridique qui fonde toutes les responsabilités. Qui commande que les pactes soient obligatoires, si ce n'est le principe de Vie ? Chacun doit pouvoir compter en toute confiance sur le serment des autres, parce que chacun est utile à la vie du groupe. Cet impératif de confiance légitime se comprend d'autant mieux que l'on sait le principe de Vie comme un moteur de progrès. Or, c'est par le contrat que les rapports sociaux et économiques se complexifient. Bien sûr, le régime des obligations varie selon

¹⁰⁷⁷ Cass. 3^{ème} civ., 28 fév. 1969, Bull. Civ. III, n°182 : en dehors de l'hypothèse où l'exécution en nature est offerte par le responsable ou demandée par la victime, les juges déterminent souverainement les mesures de nature à réparer le dommage.

¹⁰⁷⁸ G. VINEY, op. cit., *Effets*, p. 65, n° 46.

¹⁰⁷⁹ Ex. Cass. 2^{ème} civ., 8 oct. 1986, Lexilaser n° 1017.

¹⁰⁸⁰ Cass. Com., 11 juil. 1962, D. 1963, somm. p. 11 ; Cass. 3^{ème} civ., 25 oct. 1976, Bull. Civ., III, n° 367 ; Cass. 3^{ème} civ., 10 janv. 1990, Bull. Civ., III, n° 6.

¹⁰⁸¹ Cass. 3^{ème} civ., 4 fév. 1986, J.C.P. 1986, éd. G, IV, p. 103.

¹⁰⁸² ¹⁰⁸² J.-Cl. Responsabilité civile, fasc. 201, n°36.

l'intensité des rapports entre les personnes. Les obligations nées des contrats déterminés sont des obligations positives tandis que celles nées de la loi de responsabilité sont négatives. Mais quelle que soit l'origine immédiate de l'obligation de droit privé ou de droit public, sa source première est unique. Elle réside dans le contrat social. Cependant, ce rapprochement dépasse le champ de notre étude. Nous voulons seulement faire observer qu'en droit public le rapprochement entre responsabilité contractuelle et extra-contractuelle est facilité si l'on admet que toutes les obligations de réparer à la charge de la puissance publique sont issues d'un contrat social. Toute méconnaissance d'une obligation est la violation d'un droit de l'autre partie. Toute violation d'un droit engendre un préjudice, si difficile à évaluer en l'absence de conséquences particulières, que sa meilleure réparation est bien la réparation en nature. Le rattachement de la réparation à l'exécution d'un contrat est d'ailleurs beaucoup plus souvent l'occasion de prescrire une réparation en nature dans la jurisprudence¹⁰⁸³.

Mais la règle générale demeure pour l'instant la réparation par les dommages et intérêts. *Nemo potest praecise cogi ad factum*. Cet adage est parfois invoqué pour expliquer que les obligations civiles ne peuvent donner lieu qu'à ce type de compensation. En droit civil, l'article 1142 reprend effectivement cette vieille formule mais ce n'est que pour les cas où une contrainte directe ou indirecte à l'exécution en nature se heurterait à une impossibilité matérielle ou morale¹⁰⁸⁴. Contestable et contesté, ce principe est cependant seul à expliquer la réticence des juridictions civiles à condamner le débiteur de réparation à exécuter en nature, surtout en matière contractuelle. Il semble que de son côté le Conseil d'Etat n'applique pas l'adage¹⁰⁸⁵. En droit public, il n'y aurait nul besoin de cette disposition du code civil, puisque l'absence de contrainte à l'égard des personnes publiques demeure aujourd'hui encore largement de rigueur au nom de la séparation du juge et de l'administration active¹⁰⁸⁶. Pendant longtemps le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires et la précarité de son statut ont légitimé le juge administratif dans son refus d'adresser des injonctions à l'administration. Mais conscient du caractère éminemment satisfaisant de la réparation en nature le Conseil d'Etat prononçait à l'occasion une « obligation facultative » laissant le choix

¹⁰⁸³ Voir E. PITARD, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Fixation de l'indemnité*, n°20 à 29.

¹⁰⁸⁴ Art. 1143 et 1144 c. civ., Voir G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t.1, Sirey 1988, n°583.

¹⁰⁸⁵ C.E., 2 juil. 1956, *Derrien*, Rec. p.284.

¹⁰⁸⁶ Voir G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit, Dalloz 1996, p. 139. Mais on peut imaginer qu'avec la loi du 8 février 1995, la réparation en nature pourrait se développer fortement. Cf. J.-P. DUBOIS, *La responsabilité administrative*, op. cit. p. 40.

à l'administration de ne pas verser les dommages et intérêts et de réparer en nature¹⁰⁸⁷, au besoin en lui laissant un délai pour réaliser son choix¹⁰⁸⁸. Il a parfois encouragé l'administration qui réparait spontanément des dommages par un équivalent en nature. Il a ainsi tenu compte du fait que le service continuait d'employer un fonctionnaire handicapé dans les mêmes conditions de traitement alors qu'il n'y était plus tenu¹⁰⁸⁹. Enfin on notera que la jurisprudence homologue sans difficulté les contrats par lesquels les parties au litige ont disposé leur préférence pour une réparation en nature, soit à l'initiative de la victime¹⁰⁹⁰, soit à celle du responsable¹⁰⁹¹.

2) *Les commodités de la réparation en argent*

Le principe de la réparation par équivalent monétaire est plus que jamais inévitable dans nos sociétés. Même celui qui se blesse tout seul a besoin d'une réparation en argent, parce que notre économie a fait que l'individu est obligé pour sa survie de disposer de valeurs monétaires. Il n'est plus possible pour celui qui le souhaite de vivre en autarcie totale en dehors du système d'échange basé sur l'argent. On ne peut vivre dans la nature et s'y nourrir sans tomber sous l'inculpation de « mendicité », de « vagabondage », de « divagation », de « violation de propriété privée » etc. L'individu qui veut vivre, c'est-à-dire survivre dans sa descendance, ce qui implique les moyens d'en entretenir une, ne le peut plus s'il est victime d'un dommage important, de par la démultiplication du coût des dommages¹⁰⁹². A cette évolution économique s'ajoutent pour la réparation en argent de nombreux avantages pour le respect et la cohérence du droit.

¹⁰⁸⁷ Exemples classiques : C.E., 10 mars 1905, *Berry et Chevallard*, S. 1907,3, p. 65. note Hauriou ; C.E., 19 oct. 1966, *commune de Clermont*, Rec. p. 551.

¹⁰⁸⁸ Ex. C.E., 21 janv. 1976, *Commune de Margon*, Rec. tables p. 1135. Un arrêt d'autocar ayant été déplacé sans nécessité devant la façade d'une habitation et la cachant largement, la commune responsable de ce dommage d'ouvrage public anormal et spécial sera toutefois dispensée de payer si elle déplace l'ouvrage dans un délai de trois mois.

¹⁰⁸⁹ C.E., 7 mars 1951, *Garot*, Rec. p. 141.

¹⁰⁹⁰ C.E., 2 juil. 1956, *Derrien*, Rec. p. 284, précité.

¹⁰⁹¹ C.E., 22 oct. 1975, *Ville de Marseille c/Grué*, Rec. p. 525 *a contrario*.

¹⁰⁹² La santé coûte très cher à la collectivité et à l'individu. Il n'y a plus de médecins qui soignent gratuitement en dehors des institutions d'urgence sociale.

Tout d'abord, l'évaluation monétaire des préjudices permet le respect du principe d'égalité sur tout le territoire national par la comparaison des montants accordés par les tribunaux et les ordres de juridiction différents¹⁰⁹³.

Ensuite, l'argent est la forme la mieux adaptée pour tenir compte au stade de la liquidation de l'indemnité de l'évolution des dommages¹⁰⁹⁴, des retards dans l'exécution du paiement par le responsable, ou encore de la partie des préjudices déjà prise en charge par un tiers payeurs. Mais elle joue aussi contre la victime lorsque celle-ci est débitrice de l'administration condamnée envers elle, car alors peut jouer la compensation des créances réciproques sous certaines conditions¹⁰⁹⁵.

Enfin, la réparation en argent obéit à l'équité inspiratrice de la responsabilité lorsqu'elle débouche sur l'application des abattements de vétusté afin que la victime ne s'enrichisse pas lors du remplacement de ses biens détériorés¹⁰⁹⁶. M. PAILLET a remarqué dans ce domaine que l'abattement est systématiquement pratiqué en matière contractuelle, tandis qu'il l'est avec plus de circonspection en matière extra-contractuelle¹⁰⁹⁷. Nous pouvons expliquer cette différence par le principe de responsabilité civile classique selon lequel en matière contractuelle la réparation est limitée aux dommages prévisibles lors de la conclusion du contrat, car chacun doit pouvoir s'engager en connaissance des risques qu'il accepte. Cette explication vraisemblable nous incite à justifier alors le principe de l'abattement pour vétusté dans tout les cas de responsabilité administrative si celle-ci est bien de l'essence contractuelle que lui confère le pacte social de solidarité. En effet, en acceptant la vie en société, les victimes doivent prendre en compte de subir éventuellement des dommages par le fait de côtoyer les risques créés par l'activité administrative. Elles doivent alors entretenir leurs biens de sorte que ceux-ci soient le plus possible à l'épreuve des troubles provoqués par la puissance publique. De même, pour l'administration, la réparation ne devrait pas excéder ce à

¹⁰⁹³ C'est à la victime qu'il appartient en principe obligatoirement de chiffrer ses dommages lors de l'introduction de sa demande, et le juge ne peut statuer *ultra petita* c'est-à-dire au-delà de ses prétentions. Ces règles sont susceptibles d'expliquer des différences ponctuelles d'indemnisation pour des dommages semblables car la cohérence d'ensemble est assurée par des barèmes officiels que les tribunaux ont pu dresser au regard des montants accordés par leur cour suprême. Sur ces questions voir L.-M. BOUCRAUT, *La réparation des atteintes aux biens dans les jurisprudences administrative et judiciaire*, Litec 1993.

¹⁰⁹⁴ La technique de la rente annuelle paraît convenir particulièrement à la réparation des dommages corporels. On peut songer en outre qu'elle protège certaines victimes contre leur indigence personnelle.

¹⁰⁹⁵ Voir M. PAILLET, op. cit. n°604, p. 263.

¹⁰⁹⁶ C.E., 28 juil. 1951, *Marchese*, Rec. p. 834. - C.E., 4 oct. 1972, *Dame Peltier*, Rec. p. 612 : l'indemnité accordée ne saurait excéder la valeur vénale du bien endommagé à la date du fait dommageable. - C.E., Sect., 5 nov. 1982, *Ville de Dôle*, Rec. p. 375, concl. D. Labetoulle ; A.J.D.A. 1983, p. 263 note P. Subra de Bieusses ; C.J.E.G. 1983, p. 296, concl. : appréciation de la vétusté à la date du début de l'apparition des dommages et non à la date du jugement.

¹⁰⁹⁷ Op. cit. n°603.

quoi elle peut s'attendre en intervenant dans une situation ou un environnement donné, tel que d'ailleurs une réparation en nature l'impliquerait. La référence aux principes de la responsabilité contractuelle justifie donc non seulement l'abattement de vétusté mais encore la réparation en nature. La référence au principe premier de la réparation en nature par rapport à son palliatif commode de l'indemnisation financière permet en outre d'expliquer les exceptions au principe de l'abattement de vétusté. Parfois en effet, la victime ne peut pas remplacer son bien par un autre qui lui rendrait le même usage que celui détérioré s'il est fait application de l'abattement. Ainsi, le Conseil d'Etat, après avoir refusé de renoncer pour l'avenir à pratiquer l'abattement comme l'y invitait son commissaire du gouvernement, a décidé néanmoins de ne pas l'appliquer dans une espèce « compte tenu de l'usage » que les victimes avaient de leur bien¹⁰⁹⁸.

En définitive, bien que la réparation en argent soit plus adaptée à certains égards pour mettre en œuvre la responsabilité, il nous semble que cette solution devrait toujours être perçue comme un substitut et non comme une fin en soi, sans quoi la distinction entre les régimes de responsabilité *stricto sensu* et ceux d'indemnisation s'en trouvera perpétuellement obscurcie¹⁰⁹⁹, tandis que ces derniers prendront la place de la responsabilité puisqu'il est incontestable que sur le plan financier ils présentent de nombreux avantages.

§2 *Les avantages de la progression des systèmes d'indemnisation*

L'apparition des régimes de garantie sociale améliore considérablement la situation de toutes les victimes de dommages, que ceux-ci soient le fait de personnes privées ou celui de la puissance publique. Institués pour toutes sortes de situations, ces régimes ne sont que partiellement mis en œuvre devant le juge administratif (A). En principe, les préjudices indemnisés au titre de la garantie sociale sont ceux ayant un caractère objectif à l'exclusion

¹⁰⁹⁸ C.E., Sect., 7 oct. 1983, *Société Bancel et Choiset*, Rec. p. 404. Voir aussi C.E., 18 mai 1988, *Syndicat intercommunal d'hydraulique du plateau de Mauchamps c/Mme Stevenin*, N°82538. – C.E., 26 avr. 1989, *S.A. « Bâtiment industrie et réseau »*, N°75912. – C.E., 4 avr. 1990, *Commune de Cholet c/M. Miquel*, N°84956. – C.E., 1 juil. 1991, *M. Louis Verdotti*, N°71295. – C.E., 16 nov. 1992, *Mme Girard*, N°68822. – C.E., 25 mars 1994, *Min. de l'Équipement*, N°81259.

¹⁰⁹⁹ La réparation en nature ne peut en effet que mettre en présence le véritable responsable et sa victime.

donc des préjudices à caractère personnel. Pour fixer l'étendue des actions en garantie des tiers payeurs, le juge administratif a ainsi été contraint de préciser sa typologie des préjudices réparables et de rapprocher sa politique indemnitaire de celle du juge judiciaire (B).

A) Le principe de l'intervention des tiers payeurs en droit administratif

La question du droit de l'indemnisation et de ses interférences dans le droit de la responsabilité est complexe et a été détaillée dans des études précises¹¹⁰⁰. Aussi nous attacherons-nous seulement ici à montrer que même si cette forme de responsabilité-assurance à vocation indemnitaire s'éloigne des règles de la responsabilité administrative (1), le droit administratif veille de son côté à ce que la fonction sanctionnatrice de la responsabilité soit préservée (2).

1) L'intervention indemnitrice du débiteur primaire

Dans un régime de garantie, le débiteur primaire de l'obligation d'indemniser apparaît comme un tiers payeur par rapport à un débiteur secondaire responsable. Le tiers payeur étant tenu d'indemniser sans qu'aucune des conditions de mise en œuvre de la responsabilité ne soit à prouver pour l'y contraindre, les victimes sont donc indemnisées dans des conditions de rapidité très favorables et conformes aux exigences de qualité d'un Etat de droit. L'affaire du sang contaminé avait d'ailleurs au début montré les dramatiques limites du droit commun de la responsabilité s'agissant d'indemniser des victimes dont l'espérance de vie se trouvait considérablement réduite. La France avait d'ailleurs été condamnée par la Cour européenne

¹¹⁰⁰ C. BRECHON-MOULENES, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, Paris, L.G.D.J. 1974 ; M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, L.G.D.J. 1994.

des droits de l'Homme pour violation de l'article 6 §1 de la convention exigeant que dans de telles circonstances la justice fut rendue rapidement compte tenu de « la nature et de l'importance de l'enjeu du litige pour le requérant »¹¹⁰¹.

Depuis longtemps, la meilleure réponse à l'exigence d'efficacité de l'indemnisation consiste en la création de fonds spéciaux d'indemnisation. Devant eux, les victimes n'ont qu'à prouver la relation de causalité entre leur dommage et les faits dommageables couverts par le régime de garantie dont le Fonds a la charge, encore celle-ci est-elle parfois présumée¹¹⁰². Et non seulement l'indemnisation des dommages s'en trouve accélérée, mais surtout ces tiers payeurs mettent les victimes à l'abri du risque d'insolvabilité de l'éventuel débiteur secondaire de responsabilité¹¹⁰³. Sur ces points le droit administratif ne joue pas de rôle particulier dans la mise en œuvre de régimes qui sont pour la plupart issus de textes. En revanche, il apporte sa contribution à l'édifice lorsque par ses principes il déclare l'administration responsable des fautes personnelles de ses agents, soit qu'elles se cumulent avec une faute de service de l'administration¹¹⁰⁴, soit que celles-ci ne sont pas dénuées de tout lien avec le service public. Dans ces cas, aux yeux du juge administratif, l'administration joue en tout ou partie un rôle similaire à celui d'un tiers payeur, en conséquence de quoi il la considère subrogée dans les droits de la victime comme tout assureur de dommages peut l'être¹¹⁰⁵, ou comme elle-même peut l'être parfois en vertu de textes particuliers. Le mécanisme de la subrogation parfait l'efficacité de la fonction indemnificatrice en empêchant la victime de cumuler les réparations, et surtout il préserve la fonction sanctionnatrice de la responsabilité.

¹¹⁰¹ C.E.D.H., 31 mars 1992, *X c/ France*, n°81/1991/333/406. Affaire citée par M. SOUSSE, op. cit. p. 85.

¹¹⁰² Il en va ainsi pour l'indemnisation des victimes de contaminations sanguines auxquelles le doute sur la séro-négativité du moindre donneur profite.

¹¹⁰³ C'est d'ailleurs parfois l'insolvabilité de ces débiteurs qui justifie l'existence du fonds de garantie. Par exemple pour celui des victimes d'infractions pénales.

¹¹⁰⁴ Dans son arrêt *Lemonnier* le Conseil d'Etat déclare que le juge doit prendre les mesures nécessaires afin d'éviter que la victime puisse cumuler les indemnités dans la mesure où elle peut demander l'entière réparation de son dommage au choix à l'administration ou à son agent. Lorsqu'elle engage uniquement la responsabilité de l'administration, cette dernière se retrouve pour partie dans la situation du tiers payeur. C.E., 26 juil. 1918, Rec. p. 761 ; D.1918,3, p.12. Voir Y. WEBER, Répertoire Dalloz responsabilité de la puissance publique, *Actions en garantie*, n°118. L'interdiction du cumul d'indemnités est générale et logique car un préjudice indemnisé est un préjudice qui n'existe plus. C.E., 13 avr. 1983, *Min. Intérieur et décentralisation c/ Poux*, Rec. tables p. 868 ; D.A. 1983, n°214. Voir L. RICHER, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Préjudice réparable*, n°298 et s.

¹¹⁰⁵ C.E., A., 18 nov. 1949, *Melle Mimeur*, Rec. p. 492 ; D. 1950, p. 667 note J.G. ; R.D.P. 1950, p. 183 note Waline ; J.C.P. 1950,II,5286 concl. Gazier ; R.A. 1950, p. 38 note Liet-Veaux.

2) La préservation de la fonction sanctionnatrice par l'action subrogatoire des tiers payeurs

L'action subrogatoire est « l'action par laquelle le débiteur primaire ou *solvens*, subrogé dans la créance éteinte par lui du subrogeant victime, entend récupérer le montant de celle-ci dans la personne du tiers responsable ou débiteur secondaire. »¹¹⁰⁶. Comme en droit privé, la question de l'action subrogatoire se pose souvent devant le juge administratif lorsqu'un tiers ayant indemnisé une victime réclame contre l'administration responsable le remboursement de ce qu'elle a versé. Il peut s'agir d'un assureur¹¹⁰⁷, de la Sécurité sociale¹¹⁰⁸, ou de tout organisme jouant ce rôle pour la victime¹¹⁰⁹. Ces actions ne perturbent aucunement le jeu normal des règles de responsabilité puisque les tiers payeurs ne font qu'exercer les droits de la victime. L'hypothèse qui nous intéresse est celle où la puissance publique, responsable au titre de la garantie sociale, est subrogée dans les droits de la victime contre le tiers responsable. En effet, on peut remarquer dans ces cas que le droit de la responsabilité administrative permet à la collectivité de récupérer le cas échéant les sommes mises à sa charge. D'ailleurs, la possibilité exceptionnelle pour la victime d'agir pour l'entier dommage contre l'administration en cas de pluralité de coauteurs du dommage est subordonnée par la jurisprudence à la possibilité pour l'administration d'être subrogée dans les droits de celle-ci¹¹¹⁰.

Comme nous le savons, l'administration peut souhaiter se retourner contre son agent auteur d'une faute personnelle en exerçant les droits de la victime. Mais cette hypothèse est en pratique sans grande portée. D'abord elle a longtemps supposé que la victime ait préalablement fait reconnaître devant le juge judiciaire qu'elle possédait un droit à réparation

¹¹⁰⁶ Y. WEBER, op. cit., n°102.

¹¹⁰⁷ Pour le cas où la subrogation est d'origine conventionnelle, le juge administratif semble faire application du droit commun de la subrogation codifié au code civil art. 1249 et s. Voir Y. WEBER, Répertoire Dalloz responsabilité de la puissance publique, *Actions en garantie*, n°112. Pour les autres cas, c'est le code des assurances qui est applicable, par ex. l'art. L.121-12 voir C.E., 9 mars 1984, *Cie d'assurances LA FRANCE*, Rec. p. 98. - C.E., 16 oct. 1995, *Cie Via Assurances Iard Nord Monde SA*, N°133038.

¹¹⁰⁸ L'action en garantie de la Sécurité Sociale est subrogatoire en vertu des art. 29 et 30 de la loi n°85-677 du 5 juil. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

¹¹⁰⁹ Il s'agit essentiellement d'entreprises publiques disposant d'un statut particulier comme E.D.F., la S.N.C.F. ou la R.A.T.P. ; Voir M. PÉRIER, *Les tiers payeurs gérant un régime obligatoire de Sécurité sociale*, Assur. Franç., 1989, p. 862.

¹¹¹⁰ Il en va ainsi en cas de cumul d'une faute personnelle d'un agent avec une faute du service depuis l'arrêt *Anguet* C.E., 3 fév. 1911, Rec. p. 146, ou en cas de solidarité lorsque le dommage est causé par les fautes de plusieurs personnes publiques collaborant à un même service public : C.E., 24 mars 1978, *Laporta*, Rec. p. 159. Dans ces cas la victime peut obtenir d'une seule personne publique la réparation de l'ensemble de ses préjudices. Ces possibilités offertes aux victimes sont dérogoires au principe selon lequel une personne publique ne peut pas être contrainte de payer plus qu'elle ne doit. Voir M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, précité, p. 55.

contre l'agent¹¹¹¹. En outre, depuis 1951¹¹¹², elle a été supplantée par la reconnaissance au profit de l'administration d'une action récursoire directe en remboursement des sommes versées¹¹¹³, action qui n'est quasiment jamais engagée par la hiérarchie administrative. En fait, ce sont les subrogations issues des régimes législatifs de responsabilité qui sont les plus fréquentes. Ainsi, l'ordonnance n°59-76 du 7 janvier 1959 complétée par la loi 68-2 du 2 janvier 1968 dispose que lorsqu'un agent a subi un dommage corporel par un tiers, l'Etat, la collectivité locale, ou l'établissement public administratif ayant versé des prestations est subrogé dans les droits de l'agent victime contre le tiers. Les mêmes dispositions existent dans la plupart des textes de responsabilité-assurance¹¹¹⁴, depuis le dommage de guerre¹¹¹⁵ jusqu'à celui causé par la vaccination obligatoire¹¹¹⁶, en passant par celui concernant les victimes d'infractions pénales¹¹¹⁷. Toutefois, ces actions subrogatoires ne ressortent de la compétence du juge administratif que lorsque le tiers responsable est une autre personne relevant de la juridiction administrative pour sa mise en cause¹¹¹⁸. Sur ce point l'action subrogatoire se distingue de l'action récursoire par laquelle l'administration exerce un droit propre contre le tiers à raison du dommage qu'il lui a causé en l'obligeant à être responsable pour lui ou avec lui du dommage causé à la victime indemnisée par elle¹¹¹⁹. Les différences entre ces deux types d'action sont essentiellement cantonnées dans le domaine de la procédure, car pour

¹¹¹¹ Or, le plus souvent, la victime cherche d'abord la responsabilité de l'administration, en ce cas elle n'a plus aucun intérêt à agir contre l'agent puisqu'elle ne peut de toute façon pas obtenir du juge judiciaire un cumul d'indemnités. Voir Y. MADIOT, *La subrogation en droit administratif*, A.J.D.A. 1971, p. 325 ; M. DEGUERGUE, th. précitée p. 498 ; M. SOUSSE, op. cit. p. 161.

¹¹¹² C.E., A., 28 juil. 1951, *Delville*, Rec. p. 464, S. 1952,3,25 note Mathiot; S. 1953,3,57 note Meurisse; D. 1951 p. 620 note Nguyen Do; R.D.P. 1951 p. 1087 note Waline; J.C.P. 1951,II,6532 note J.J. R.; J.C.P. 1952,II,6734 note Eisenmann.

¹¹¹³ En théorie l'administration a le droit de choisir entre les deux types d'actions en garantie qu'elle peut d'ailleurs cumuler : C.E., 22 nov. 1955, *Dame veuve Paumier*, Rec. p. 564.

¹¹¹⁴ Voir Y. WEBER, op. cit., n°127 et s.

¹¹¹⁵ Art. 18 de la loi du 28 oct. 1946. Voir MAYRAS, *La réparation des dommages corporels et matériels causés par la guerre*, E.D.C.E., 1948, p. 54.

¹¹¹⁶ C.E., Sect., 10 avr. 1970, *Société médicale d'assurances "Le sou médical" et consorts Jorcin*, A.J.D.A., 1970 p. 444 obs. Moreau. Voir F. MODERNE, *La responsabilité généralisée de l'Etat à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires*, D. 1975, chron., p. 161.

¹¹¹⁷ Art. 706-11 code de procédure pénale issu de la loi n°77-5 du 3 janv. 1977.

¹¹¹⁸ En effet, même lorsque l'administration se retourne alors contre son agent, elle n'exerce que les droits de la victime, il s'agit alors d'un contentieux judiciaire mettant en cause la responsabilité d'une personne privée. Le fait que le tiers responsable soit demandeur en justice pour contester l'état exécutoire en vu de remboursement délivré à son encontre par l'administration ne change rien au fond du litige : C.E., 9 Juil. 1975, *Min. Economie et Fin. c/Société Ascinter-Otis*, A.J.D.A. 1975, p. 587, note F. Moderne.

¹¹¹⁹ Voir C.-A. COLLIARD, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, th. Paris, Dalloz, 1938, p. 43.

l'essentiel elles ont la même fonction de réintroduction d'une logique sanctionnatrice dans les mécanismes d'indemnisation¹¹²⁰.

Ce qu'il importe pour nous de remarquer, c'est que lorsqu'un tiers a indemnisé la victime de l'administration il peut se retourner contre elle, de la même façon que l'administration se retourne contre les tiers responsables. Il appartient alors aux deux branches du droit de la responsabilité de faire application des règles normales de sanction des comportements et des risques créés dans les solutions données à ces recours. Dans ces conditions, on peut penser que l'existence de ces mécanismes d'appel en garantie et de recours tend à rapprocher les contentieux public et privé de la responsabilité en forçant les juges à trancher entre des parties identiques sur des questions semblables. Notamment, par la question de l'étendue des sommes à restituer au débiteur primaire en fonction des types de préjudices que celui-ci est censé avoir pris en charge, le juge administratif est contraint de déterminer clairement les chefs de préjudice dont il accorde réparation et peut-être d'accorder des sommes à peu près semblables à celles accordées par son homologue judiciaire. Un éclaircissement sur la typologie des dommages apparaît ainsi possible en droit administratif.

B) Les éclaircissements induits sur la typologie des dommages

Avec la généralisation des régimes d'indemnisation automatique, le principe n'est plus celui de la réparation intégrale des préjudices mais d'une priorité faite à l'indemnisation des dommages corporels. Généralement, à l'égard de ceux-ci le principe de la réparation intégrale est préservé¹¹²¹. Ce n'est que relativement aux autres dommages que l'indemnisation est souvent plafonnée. Dès lors que les textes prévoient la subrogation des tiers payeurs dans les droits de la victime contre l'éventuel débiteur secondaire responsable, il importe de préciser la part sur laquelle s'exerce ce recours, car celui-ci empêche la victime de bénéficier d'une réparation complémentaire cumulée. En principe la règle est que le recours du tiers débiteur

¹¹²⁰ Seulement, l'action subrogatoire échoit le plus souvent au garant qui se retourne contre le responsable pour la totalité des versements effectués, tandis que l'action récursoire échoit plus souvent à l'administration co-responsable avec le tiers et ne pouvant en conséquence pas forcément récupérer la totalité des sommes versées.

¹¹²¹ Voir loi du 5 juil. 1985, loi du 9 sept. 1986, loi du 6 juil. 1990, loi du 31 déc. 1991.

ne s'exerce qu'à l'égard des prestations versées ayant un caractère indemnitaire et pour des préjudices non personnels. Cette règle a contraint le juge administratif à mieux détailler les chefs de préjudice dont il accorde l'indemnisation (1), et a contribué à ce que soit révélée la place des préjudices moraux dans le contentieux administratif (2).

1) La nécessaire adoption d'une typologie nuancée

Selon la loi du 5 juillet 1985 qui a vocation à régir toutes les actions subrogatoires de tiers payeurs en l'absence de dispositions spéciales¹¹²², les recours « s'exercent dans les limites de la part d'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurée et au préjudice esthétique et d'agrément ou, s'il y a lieu, de la part d'indemnités correspondant au préjudice des ayants droit »¹¹²³.

En droit administratif, préjudices matériels et dommages moraux ont toujours été distingués, à juste titre certes, mais à tort comme ne laissant pas place à d'autres distinctions. Pendant longtemps la majorité de la doctrine n'a distingué que ces deux seules larges catégories. Cette présentation répartie en préjudices moraux et matériels est simple, mais elle ne permet pas de répondre aux exigences des régimes d'indemnisation. Or, ceux-ci ont isolé le dommage corporel afin de mieux le garantir.

On pourrait tenir compte de cette réalité sans remettre en cause le bipartisme de la typologie. Boris STARCK, auteur très attentif au statut du dommage corporel, adopte ainsi une classification bipartite fondée sur l'observation des effets que le droit attache à la distinction des dommages¹¹²⁴. Pour lui, il est clair qu'il faut tenir compte dans la typologie de la plus ou moins grande protection accordée à la victime d'un type de dommage par le droit. Les dommages sont plus ou moins *a priori* licites, certains seront toujours illicites tandis que d'autres ne le seront qu'en fonction des circonstances de leur apparition... D'un côté figurent les préjudices corporels et matériels qui sont en principe illicites par le fait que nul droit

¹¹²² Art. 28 « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux relations entre le tiers payeurs et la personne tenue à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne, quelle que soit la nature de l'événement ayant occasionné ce dommage ».

¹¹²³ Art. 31 de la loi. Sur les détails des prestations à caractère indemnitaire et les exceptions au principe, voir M. SOUSSE, op. cit. p. 193 et s.

¹¹²⁴ *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Rodstein 1947, p. 47.

n'autorise à les causer. De l'autre, on trouve les préjudices de nature purement économique ou morale dont le caractère illicite dépend des droits du défendeur.

Il est certes vrai que tous les dommages ne jouissent pas de la même protection juridique, que certains sont licites et d'autres non, et ceci selon qu'ils sont attentatoires ou non au principe de vie, mais cette constatation est en partie subjective et soumise aux évolutions éventuelles du droit. La variation risque de dépendre par exemple de la valeur que l'on attribue au droit de propriété et au droit à l'intégrité physique. Il faut encore savoir en quoi le dommage subi dans le corps est différent de celui subi dans une chose. Le dommage corporel, comme d'autres dommages, peut avoir des répercussions morales et matérielles, ou seulement l'une d'elles. Inversement, le préjudice moral peut avoir sa source dans un dommage corporel ou non corporel¹¹²⁵. Certes nous pensons comme Boris STARCK que la propriété matérielle est très protégée en ce qu'elle est une nécessité de la vie biologique dans les sociétés humaines organisées, mais tout le monde n'assimilera pas de cette sorte l'atteinte au corps et l'atteinte aux biens. La typologie tripartite se justifierait mieux car elle rend compte de la particulière place qui fut faite croissante au préjudice moral.

Claude-Albert COLLIARD¹¹²⁶ et Georges MORANGE¹¹²⁷ avaient exposé l'intérêt d'une distinction tripartite. Selon le professeur MORANGE, est un préjudice d'ordre corporel le préjudice causé aux biens ou aux corps considérés comme biens, est d'ordre incorporel celui qui se traduit par la perte de droits patrimoniaux, de revenus, bien qu'il ne touche pas une chose. De ce point de vue par exemple, l'atteinte à la réputation peut être en partie constitutive d'un préjudice incorporel. Le préjudice moral quant à lui présente la particularité de sortir de cette classification en ce qu'il consiste en une « atteinte au sentiment ». Cette typologie qui consiste à distinguer les effets du dommage dans la personne juridique correspond plus alors à une typologie des préjudices qu'à une typologie des dommages. Ceci nous paraît juste. La typologie des dommages doit être affinée si l'on distingue effectivement les notions de dommage et de préjudice.

¹¹²⁵ Ce constat conduit certainement à critiquer l'analyse typologique binaire. C'est ce que fait J.-M. JOANNES dans sa thèse, marquant une légère préférence pour la typologie quadripartite des dommages proposée par L. RICHER au juris-classeur. Mais concluant à partir du constat que différentes sortes de préjudices peuvent découler de différents types de dommages initiaux, l'auteur constate qu'il n'est pas réellement possible d'établir de typologie simple. En tout état de cause, cette question ne soulevant aucune particularité en droit administratif, nous ne nous pouvons pas nous y attarder et préférons nous intéresser au cas du préjudice moral qui y a été beaucoup débattu. Cf. *Le préjudice immatériel dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, th. dactyl. Paris II, 1998, p. 26 et s.

¹¹²⁶ *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, th. Dalloz, 1938.

¹¹²⁷ *Le préjudice moral devant les tribunaux administratifs*, D. 1948, chron. p. 105.

Selon nous, on doit aussi tenir compte de ce qui peut être réparé par une indemnité objectivement appréciable et de ce qui ne peut l'être pour affirmer la supériorité de la classification tripartite. Il est des pertes qui ne se rattrapent jamais. Celles que l'on subit dans sa chair et celles que l'on subit dans son cœur. Entreprendre ainsi la classification des dommages devrait conduire à isoler les préjudices corporels et les préjudices moraux comme se distinguant des dommages matériels.

Aujourd'hui la Haute Juridiction administrative distingue avec soin le dommage matériel et le dommage corporel¹¹²⁸. Elle a sans doute connu des moments d'hésitation. On trouve d'ailleurs des exemples d'autonomie affirmée dans des arrêts anciens¹¹²⁹. Il faudra justifier cette spécificité confirmée dans la pratique contemporaine des tribunaux en nous intéressant aux effets juridiques de cette distinction¹¹³⁰. Pour l'heure, constatons simplement que parallèlement le Conseil d'Etat a conservé aussi la distinction entre le dommage matériel et le dommage moral. C'est que si elle mérite d'être affinée par la place que l'on peut réserver au dommage corporel parmi les dommages matériels, elle doit aussi être maintenue en ce que le dommage moral est bien un dommage particulier.

2) Le problème de la réparation du préjudice moral en droit administratif

Le préjudice moral n'a pas les faveurs du juge administratif français. Cette idée très répandue mérite d'être nuancée, notamment en raison de la très forte pression de l'exemple judiciaire¹¹³¹, même si elle reste assez vraie dans la mentalité des membres des juridictions administratives¹¹³². Des préjudices immatériels subis par la victime d'un dommage, celui qui pose le plus de problème reste le seul préjudice moral. Ce type de préjudice n'est pas

¹¹²⁸ Y. PITTARD et J. ROSSINYOL, *La responsabilité de l'Etat et des communes*, R.D.P. 1975, p. 696.

¹¹²⁹ C.E., 28 fév. 1934, *Ville d'Aix-en-Provence c/ sieur Espitalier*, Rec. p. 285 : « l'atteinte portée à l'intégrité physique de la victime d'un accident constitue un élément de dommage ouvrant droit à réparation par lui-même ».

¹¹³⁰ Cf. infra p. 479 et s.

¹¹³¹ Par exemple voir l'admission de la transmissibilité du préjudice à caractère personnel aux héritiers d'une victime qui n'a même pas manifesté s'en plaindre à l'administration : C.E., Sect., 29 mars 2000, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, D. 2000, comm. p. 563, note A. Bourrel.

¹¹³² Parmi les raisons passées ayant retardé l'indemnisation du préjudice moral, on a pu voir « l'avarice du juge administratif » telle que décriée par DE BAECQUE en 1944, la lenteur du juge administratif à suivre les évolutions sociales, et enfin le rôle « néfaste » de la notion floue de troubles dans les conditions d'existence qui a permis de retarder la reconnaissance explicite du préjudice moral. Cf. J.-M. JOANNES, op. cit. p. 9 à 13. Voir F. MODERNE, *Note sur le devenir de la notion de « troubles dans les conditions d'existence » dans le contentieux administratif de la responsabilité*, A.J. 1976, p. 240.

prioritaire dans les systèmes d'indemnisation¹¹³³, c'est alors au droit administratif de s'y intéresser puisque c'est devant le juge de droit commun de l'administration que la victime doit porter sa réclamation en complément d'indemnisation pour les préjudices personnels non indemnisés par les tiers payeurs.

La question que le juge de la puissance publique doit se poser est la suivante : quelle est la nécessité sociale de dédommager ce type de préjudice ? En quoi la collectivité a-t-elle intérêt à réparer des préjudices qui ne se manifestent pas *a priori* dans la sphère patrimoniale et économique des droits, qui ne permettent pas la reconstruction des éléments de l'économie nationale ? Autrefois, ce type de dommage n'était jamais pris en compte par les législations indemnisant au titre de la charité servant autant l'intérêt du prince que celui des victimes. On pourrait en conclure que la nécessité d'indemniser ces chefs de préjudices est d'un moindre intérêt pour le groupe social si on ne se réfère au principe de vie. Ces douleurs sont souvent passagères et n'aboutissent que rarement à la disparition des individus. En tout cas la preuve de cet effet est très difficile¹¹³⁴.

Ceci avait conduit le droit administratif à ne tenir compte que des effets patrimoniaux de ces dommages. Dans un premier temps, les dommages moraux n'étaient indemnisés que dans leurs conséquences financières liées à leur manifestation matérielle¹¹³⁵. Les douleurs étaient considérées comme des dommages moraux purs¹¹³⁶. Mais que l'on ne se méprenne pas, le seul dommage moral qui n'était pas réparé concernait le préjudice d'affection proprement dit¹¹³⁷.

¹¹³³ Par exemple les critères d'indemnisation des victimes d'infractions laissent sans indemnisation les victimes de souffrances morales. Voir B. PENAUD, *L'indemnisation des victimes d'infraction. Pour une réforme des critères*, D.A. août/sept 1999, p. 7. Toutefois les régimes législatifs plus récents prendraient plus en compte ces préjudices, ainsi la loi du 31 déc. 1991 accorde aux victimes de transfusion sanguine des indemnisations pour le « préjudice spécifique de contamination » qui consiste dans tous les troubles dans les conditions d'existence, y compris et principalement dans leur dimension psychologique et notamment infamante. De même la loi du 30 juin 2000 sur le renforcement de la présomption d'innocence et les droits des victimes prévoit désormais l'indemnisation du préjudice moral des victimes de détention provisoire et d'infractions pénales. Mais ce mouvement législatif constitue plutôt un alignement des textes sur le droit commun positif qu'un facteur d'émulation supplémentaire, de plus il ne regarde pas le juge administratif.

¹¹³⁴ Cela permettra-t-il encore longtemps au service de police d'échapper à sa responsabilité dans le suicide de ses agents ? Doit-on accepter une justice différente selon que ceux qui poussent au suicide comparaissent devant le juge pénal, ou devant le juge administratif ?

¹¹³⁵ Par exemple Roger BONNARD enseigne avant guerre que le préjudice moral donne lieu à réparation s'il entraîne un dommage matériel. *Précis de droit administratif*, p. 121.

¹¹³⁶ Ex. C.E., 16 juin 1937, *Ministre de la Justice*, Rec. p. 600, les souffrances causées par un accident constituent un dommage moral qui ne peut pas donner lieu à réparation.

¹¹³⁷ Voir G. RIPERT, *Le prix de la douleur*, D. 1948, chron. p.1.

Nous ne partageons donc pas l'opinion de G. MORANGE qui classe dans les dommages non moraux les préjudices de souffrances physiques, ceux nés de l'immobilisation de la victime, et plus largement les préjudices d'agrément¹¹³⁸. Faut-il considérer le corps humain comme une chose matérielle que l'on répare ? Le dommage causé à la plastique de la victime ou qui la contraint à rester inactive n'est un préjudice que de par l'importance que la victime attachait à sa beauté ou à son activité. Ce n'est donc pas un préjudice « dont l'individu a une perception physique »¹¹³⁹, mais dont l'individu a une perception psychologique. Si le dommage physique emporte des conséquences patrimoniales c'est autre chose, ce sont d'autres préjudices. On peut donc dire que pendant longtemps le seul préjudice purement moral qui n'était pas réparé était le préjudice d'affection. Les autres dommages purement moraux, tout aussi peu appréciables en argent étaient compensés : l'atteinte au sentiment de l'esthétique corporelle¹¹⁴⁰, l'atteinte au sentiment religieux¹¹⁴¹, à la dignité de la personne¹¹⁴², au sentiment de l'honneur¹¹⁴³.

Comment expliquer la réticence des tribunaux à l'égard de la réparation du seul préjudice d'affection ? On pourrait remarquer que la particularité de ce préjudice c'est qu'il est réfléchi¹¹⁴⁴. Mais cela ne peut constituer en soi l'explication puisque les troubles matériels qui naissent dans les conditions d'existence sont tout aussi indirects par rapport aux faits dommageables initiaux, et pourtant ils sont réparés. Il nous semble que la clef du problème se trouve du côté de la preuve. On présume facilement qu'une femme subisse un préjudice esthétique, qu'un abbé vive mal la remise en cause de ses préceptes, car ce sont des victimes directes. Avec la douleur d'affection se pose le problème de la délimitation du cercle des personnes réclamanes. En effet, la douleur morale dépend de circonstances autres que le seul lien familial. Avec l'élargissement de ce cercle, la preuve du préjudice devient délicate. Ont donc été en premier lieu réparées les atteintes à la réputation en ce qu'elles constituent une déconsidération de l'individu susceptible d'entraîner pour lui un manque à gagner¹¹⁴⁵. Quant à

¹¹³⁸ *Le préjudice moral devant les tribunaux administratifs*, D. 1948, chron. p.105. L'auteur range le préjudice d'agrément dans la catégorie des préjudices d'ordre corporel.

¹¹³⁹ G. MORANGE, *ibid.*

¹¹⁴⁰ C.E., 12 avril 1930, *Dame P*, Rec. p. 479 ; C.E., 7 avr. 1944, *Michelle*, Rec. p. 113. ; C.E., 11 juil. 1947, *Salgues*, Rec. p. 315.

¹¹⁴¹ C.E., 3 juin 1927, *abbé Peletier*, Rec. p. 636. - C.E., 7 mars 1937, *abbé Belloncle*, Rec. p. 309.

¹¹⁴² C.E., 5 juil. 1957, *Département de la Sarthe*, Rec. p. 454 ; C.E., 18 nov. 1949, *Carlter*, R.D.P. 1950, p. 181.

¹¹⁴³ C.E., 8 déc. 1948, *époux Brusteau*, Rec. p. 465.

¹¹⁴⁴ G. ISAAC, *Après l'arrêt Letisserand : dix années de réparation de la douleur morale par le Conseil d'Etat*, Mél. Couzinet, 1974, p. 387.

¹¹⁴⁵ C.E., 23 déc. 1927, *Mays Smith*, Rec. p. 1264 : un homme d'affaires qui a servi d'intermédiaire à l'Etat français pour une commande qui ne pouvait pas être certaine bien que présentée comme telle, obtient réparation

la possibilité que l'atteinte à la réputation soit réparée sans qu'elle ait eu des conséquences patrimoniales, il fallut attendre l'affaire *Carlier* de 1949 dans laquelle le Conseil d'Etat indemnisa pour la première fois l'atteinte à la réputation de manière substantielle¹¹⁴⁶.

Désormais, les dommages sont compensés même en dehors de leurs effets strictement patrimoniaux. Pourquoi ? Nous pensons trouver ici encore une confirmation du caractère symbolique et sanctionnateur de la reconnaissance juridictionnelle de responsabilité. Georges RIPERT avait souligné cet aspect de l'évolution de notre droit dans cette époque qui fut celle du développement des préjudices d'affection. Il s'agit de marquer la réprobation en accordant une indemnisation malgré le fait que le préjudice ne soit pas réparable et de produire un effet de catharsis sur les victimes.

Une fois le principe de l'indemnisation admis, demeure la question de l'appréciation de cette compensation. Il s'agit idéalement de procurer par l'allocation de dommages et intérêts la possibilité pour la victime de se livrer à des activités qui lui donneront le goût de la vie, qui la lui rendront suffisamment confortable, supportable. En cas de préjudice d'agrément dû à une incapacité physique, l'argent peut permettre de s'équiper en matériels ou techniques adaptés aux loisirs des handicapés. Il ne s'agit pas ici de compensation de frais déboursés pour l'aide d'une tierce personne, pour des soins à domicile, mais bien d'agrément que la compensation peut fournir¹¹⁴⁷.

Pour ce qui est du goût à la vie, perdu suite à un préjudice d'affection, il peut se restaurer par tous les moyens jugés bons par la victime. L'opportunité de voyager est souvent invoquée comme moyen de l'oubli, mais le plus important c'est de permettre un début d'épanouissement à la victime. Toutes les compensations qui viseraient à valoriser l'image qu'elle peut avoir de sa vie sont bonnes¹¹⁴⁸. De ce point de vue, on ne peut guère hésiter sur la

de son préjudice moral. Voir aussi C.E., 3 nov. 1933, *Gillard*, Rec. p. 995 : récoltes saisies à tort, le requérant obtient réparation de l'atteinte portée à sa réputation vis-à-vis des indigènes en Indochine. Ceil. préf. Montpellier, 9 déc. 1936, *Sudre c/ commune de Baixas*, Rec. p. 1091 : préjudice moral causé par une commune à un sculpteur dans sa réputation d'artiste. Dans toutes ces espèces les sommes allouées sont considérables pour l'époque, ce qui autorise à y déceler autre chose que la simple douleur à l'âme. Cf. C.-A. COLLIARD, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, th. Paris, Dalloz, 1938, p. 388.

¹¹⁴⁶ Voir C.E., 18 nov. 1949, *Carlier*, R.D.P. 1950, p. 181. Aujourd'hui, les juridictions ne précisent guère si ce préjudice est seulement moral ou si l'on exige qu'il ait des répercussions patrimoniales : C.A.A. Nancy, 2 mai 1996, *Commune de Sarre-Union c/Cts Koenig*, A.J.D.A. 1996 p. 950. Seul le montant des indemnités donne des indications.

¹¹⁴⁷ Par exemple, les techniques informatiques et robotiques peuvent soulager les souffrances morales dues à l'ennui ou à l'incapacité, appareillage de reconnaissance vocale, Internet, fax, aide à la lecture etc.

¹¹⁴⁸ Nous pensons que c'est un comportement attentif et gratifiant du responsable qui pourrait le mieux compenser la douleur morale. Ainsi l'octroi de décorations ou titres honorifiques facilités, la dispense de

forme idéale de la compensation. La réparation en nature devrait être toujours favorisée. Mais le principe de libre disposition de la réparation par la victime en pâtirait, et cela obligerait responsable et victime à entretenir des liens de concertation que des sentiments d'inimitié pourraient rendre impossibles. L'allocation d'une somme d'argent est loin d'être idéale mais elle est beaucoup plus souple.

certaines obligations à l'égard de la collectivité, seraient des mesures symboliques que de nombreuses victimes pourraient préférer à la remise d'un chèque. L'argent ne procure ni famille ni amitié sincère.

Conclusion du titre 2

L'étude des fonctions juridiques de la responsabilité administrative, nous conduit, comme nos prédécesseurs, à relativiser l'autonomie du droit administratif français, mais selon des contours fixés par notre théorie générale. Nous avons démontré que la fonction préventive de la responsabilité administrative existe au travers de pratiques jurisprudentielles subtiles mais occultes, n'ayant pas encore la notoriété doctrinale de leur équivalent en droit civil. Cette occultation s'explique par un manque de courage et par de vieux réflexes en voie d'être corrigés par des textes législatifs marquant une véritable révolution, donnant une chance au juge administratif de reprendre en main les affaires de l'administration soumises quasi inexorablement aux succès du droit pénal. Les lois adoptées par l'Etat en matière d'injonction, d'exécution des jugements et de référé, confirment qu'à l'aube du troisième millénaire la puissance publique attache de l'importance à voir les condamnations rendues contre elle effectivement suivies d'effets, quête de légitimité oblige.

Sur le plan de la fonction indemnitrice, nous avons défendu la prépondérance de la responsabilité-assurance en droit administratif sans remise en cause de la fonction sanctionnatrice des condamnations. Ce point de vue présente le mérite d'expliquer le mouvement constant d'extension de la responsabilité de l'administration. Il pourrait être interprété comme relativisant d'avantage encore l'autonomie du droit administratif, « contaminé » par la percée des systèmes d'indemnisation, par exemple par l'adoption d'une typologie standard des dommages et par la question du préjudice qui semble être au cœur des problèmes dans le droit de la responsabilité civile en général. On peut dès lors se demander si le développement des contrats d'assurance ne va pas finir de gommer la spécificité des problèmes de responsabilité en droit administratif. Certes, ponctuellement la police d'assurance de responsabilité gagne les faveurs de l'administration décentralisée depuis quelques années¹¹⁴⁹, et si dans une certaine mesure on peut admettre que cet instrument commode de gestion prévisionnelle des budgets influence la prise en compte de préjudices autrefois non réparés par la justice administrative, ainsi qu'une augmentation très sensible du

¹¹⁴⁹ Celles-ci sont incitées régulièrement par l'Etat lui-même à se garantir. Cf. circulaire du 25 nov. 1971, RGAT 1972, p. 320 ; circulaire du 26 oct. 1984, RGAT 1985, p. 450 ; circulaire du 11 nov. 1985, RGAT 1985, p. 611. Voir. F. VINCENT, J.-Cl. Ad., *Assurance de responsabilité des collectivités territoriales*, fasc. 848.

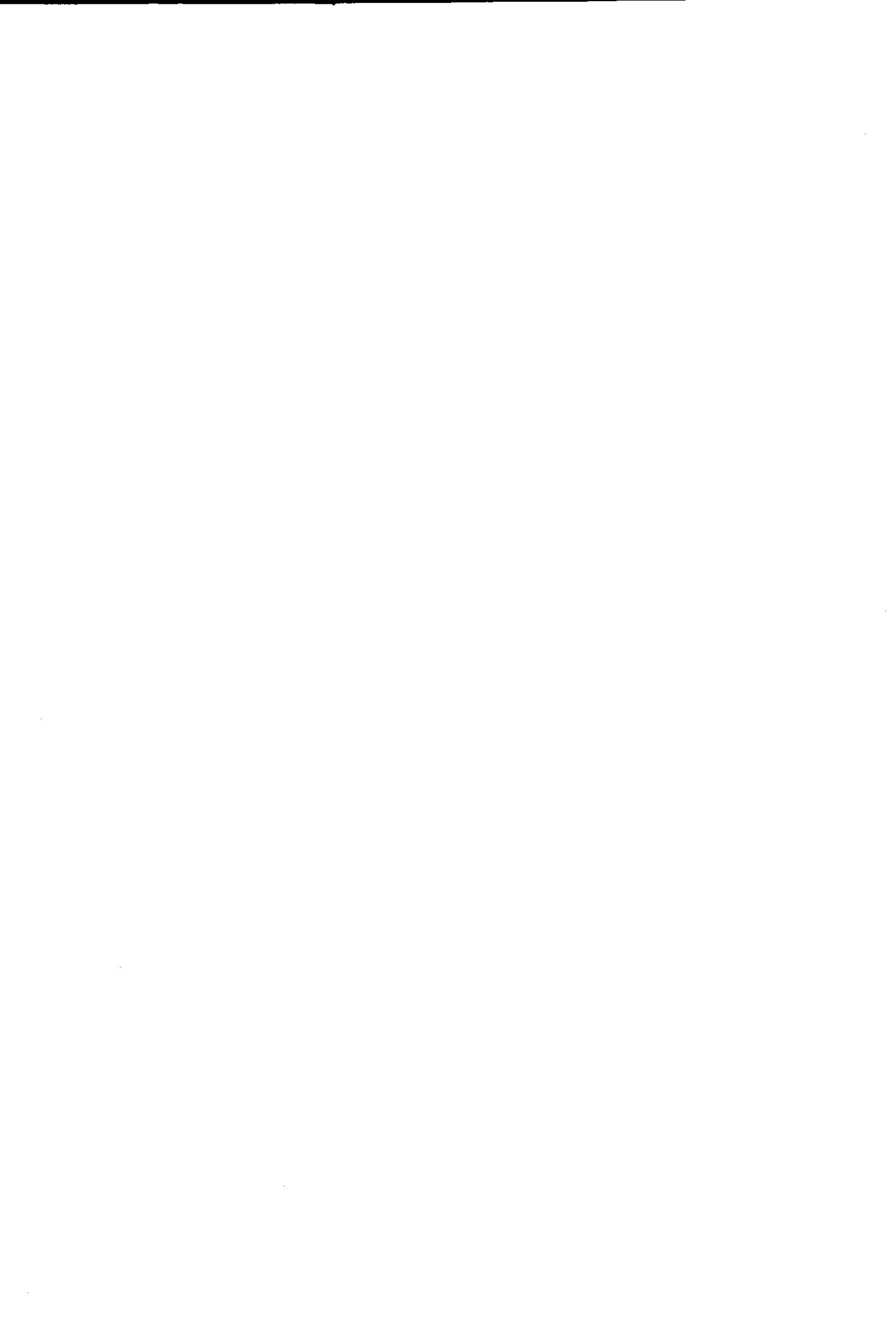
montant des dommages et intérêts accordés par les tribunaux, on doit en revanche dénier toute influence au phénomène sur le principe même de la déclaration de responsabilité¹¹⁵⁰. D'une part, la responsabilité ne doit pas se confondre avec une aide sociale, car dans un système basé principalement sur la faute, même objectivée, la souscription d'une assurance par le défendeur ne doit pas influencer le juge dans sa décision¹¹⁵¹. D'autre part, et contrairement à ce que laissent entendre les partisans de l'assurance de responsabilité comme explication de la jurisprudence, ce mécanisme ne préserve pas les deniers publics, puisque les assureurs fixent leurs primes en fonction des risques constatés pour une activité et dans une région données, et certainement jamais à perte, de sorte qu'affirmer que le paiement assumé par l'assureur n'obère pas les finances publiques serait un sophisme dans la mesure où ce sont bien les contribuables qui financent les primes d'assurance. Et c'est justement là toute l'intelligence de la règle « l'Etat est son propre assureur »¹¹⁵². Ceci nous amène à conclure que la responsabilité de la puissance publique étant déjà une vaste assurance contre le risque social, l'existence de contrats de garantie ne pourrait que faire double emploi avec le contrat social, ou pire encore pervertir la théorie générale en droit administratif¹¹⁵³. C'est bien là toute la différence avec le droit civil : les fonctions juridiques de la responsabilité administrative doivent être englobées dans un ensemble de finalités comprenant aussi les fonctions politiques établies et préservées par le contrat social.

¹¹⁵⁰ En tout état de cause, on peut imaginer que l'indifférence du juge administratif français à l'égard de la question de l'assurance s'explique par le fait qu'il s'agit d'un contrat de droit privé qui n'intéresse pas sa compétence.

¹¹⁵¹ C'est ainsi que raisonnent les juristes anglais, pour lesquels, tant que le droit anglais conservera la faute pour principe de responsabilité, peu importera strictement parlant, que le défendeur soit assuré ou non. Voir Ph. MEILLIER, *La responsabilité extra-contractuelle de l'administration en France et en Angleterre*, th. Lille 1997, p. 247.

¹¹⁵² La souscription d'une assurance par une personne publique n'est rendue obligatoire par la réglementation ministérielle que si le bilan cout/avantage de l'assurance est justifié par une activité particulièrement risquée sans rapport adéquate avec la capacité financière de la collectivité publique considérée. Le défaut d'assurance pourrait alors être reproché à l'administration. Par exemple, le Conseil d'Etat a reconnu fautif le fait pour un chef d'établissement scolaire de ne pas avoir veillé à la souscription d'une police d'assurance en faveur des élèves participant à des compétitions sportives. C.E., 16 fév. 1977, *Dame Archeray*, Rec. p. 88. Cependant, cet arrêt n'est guère topique puisque l'association du sport scolaire sur laquelle pesait l'obligation d'assurance était en l'espèce une personne privée sous contrôle de l'Etat. En tout état de cause, si la souscription d'un contrat d'assurance par une administration n'est pas justifiée, le ministère peut mettre celle-ci en demeure de se conformer à la règle de l'absence d'assurance et de résilier son contrat.

¹¹⁵³ Par exemple, l'art. L.121-12 al.3 du code des assurances, interprété par la Cour de cassation, autorise le recours de l'assureur contre l'assureur du préposé de son assuré en cas de malveillance à l'origine du dommage. Ainsi, il serait possible qu'une compagnie assurant un établissement public hospitalier puisse agir contre l'assureur d'un médecin public devant les tribunaux judiciaires. Le médecin assuré en subirait des conséquences que d'autres agents publics ne subiraient pas en l'absence d'action récursoire exercée contre eux par leur administration. Or, il semble que les établissements hospitaliers assurés incitent effectivement leur personnel soignant et médical à souscrire une assurance personnelle, de sorte qu'en cas de malveillance, l'assurance de l'hôpital puisse se retourner contre l'assureur de l'agent. Ceci est grave, car l'indemnisation n'est plus alors supportée par la collectivité mais par une frange très réduite de la population, les agents hospitaliers.



CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE:

L'erreur commise selon nous par la doctrine a été de croire que l'on pourrait se servir de ses fonctions pour classer les cas de responsabilité, comme si chaque cas ne répondait qu'à une seule sorte de préoccupation. Cette optique, lorsqu'elle a été adoptée correspondait à un choix volontaire propre à comparer le droit privé et le droit public et à mettre en lumière surtout les similitudes. Cette vision ne peut convenir à une recherche n'ayant pas d'*a priori* partisan sur les fondements de la responsabilité civile. Loin de permettre une classification indiscutable des hypothèses de responsabilité, l'étude des fonctions permet au contraire d'apercevoir la relative unicité des responsabilités. En définitive, il nous semble qu'en droit public elle remplit toujours trois offices mais différents selon les acteurs de sa formation.

Pour les auteurs de dommages elle est une sanction, qu'elle touche l'individu isolé ou bien l'individu percevant sa part de responsabilité collective, celui qui est organe d'une personne morale. Pour les victimes, elle est l'assurance que la vie conserve ses droits malgré les erreurs humaines, une promesse respectée. Enfin, elle fournit un instrument de légitimité pour les gouvernants agissant pour la société, en cela seulement on peut dire qu'elle est un prix.

La responsabilité administrative est toujours proche d'une responsabilité-assurance par la socialisation des risques qu'elle réalise, mais elle conserve la plupart du temps une fonction sanctionnatrice et préventive. D'ailleurs, l'administration ne se comporte jamais comme un assureur privé qui, lui, se manifeste uniquement comme un garant étranger à la victime. Elle ne cherche pas l'intérêt, le bénéfice, elle assure ce qui est inassurable, les risques trop spéciaux, trop peu fréquents, ou à l'inverse trop énormes, c'est donc bien une activité de service public que la responsabilité assume. Comme tout service public, elle a sa place propre, elle est même une des prestations les plus essentielles à la vie de la société. Notre plan axiologique recoupe ici l'évolution historique du droit administratif, ceci montre encore que le contrat social est une fiction juridique répondant à une volonté de progrès.

Si nous sommes conduit à réitérer le constat du professeur EISENMANN sur la très relative autonomie du droit administratif dans le contentieux de la responsabilité, notre théorie propose qu'une part irréductible de droit public doive s'appliquer naturellement en ce domaine. Car si les lointains principes fondamentaux des obligations de réparer sont

communs à toutes les branches du droit, nous avons vu que la situation des acteurs de la responsabilité en droit administratif est particulière. S'il en est ainsi, c'est à raison du caractère éminemment politique de cette institution. A l'inverse, si l'on s'attarde sur les fonctions juridiques de la responsabilité, on constate que le caractère d'autonomie du droit public français est peu marqué. C'est un goût d'équilibre que laisse cette première partie, mais il faut savoir si la subtile pondération est appliquée par le juge dans la pratique de la responsabilité administrative. Il nous faudra rechercher si la spécificité de certaines des fonctions, notamment politiques, peut expliquer les quelques variations que le droit administratif connaît quant aux conditions mises en œuvre pour appliquer la responsabilité civile au service public.

DEUXIEME PARTIE :

LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF

Menant une étude de la théorie générale de la responsabilité en droit administratif, nous avons dès le départ réalisé que pour en appréhender tous les aspects, la présentation des conditions devait en être le passage obligé, voire essentiel. Pourtant, la littérature juridique est sur ce point des plus abondantes, car ce sont les conditions et le régime de la responsabilité qui intéressent les étudiants et praticiens d'une discipline aussi pragmatique que celle qui consiste à obtenir une indemnisation consécutive à un dommage. Ceci entendu, il nous apparaît possible et souhaitable de réfléchir sur les conditions de la responsabilité administrative en tant que concepts, dans la perspective de vérifier leur adéquation aux fonctions que nous lui avons prêtées.

Parmi les fondements conditionnels de responsabilité invoqués par la doctrine et la jurisprudence pour expliquer les différentes hypothèses de condamnation, il semble impossible de faire un choix, s'il doit en être, sans redonner à chacun sa place dans la dialectique pratique de la responsabilité. Notre étude des conditions de la responsabilité civile s'inscrit dans cette recherche.

Sous cet éclairage particulier, il sera peut être possible de jeter quelques lumières nouvelles sur certaines solutions qui sont demeurées obscures ou mal comprises parce qu'insuffisamment explicitées. On ne saurait faire grief au juge de motiver ses décisions par les seules règles de droit positif, même lorsqu'elles émanent de ses propres découvertes. Ce que l'on pourrait reprocher aux tribunaux administratifs, c'est finalement de ne pas ouvrir

assez leurs prétoires aux idées nouvelles. Nous sommes à une époque où de profonds renouvellements des concepts sont proposés aux juristes français. Il faut alors au regard de notre théorie estimer si notre juge administratif doit ou non harmoniser ses concepts relatifs aux conditions de la responsabilité avec ceux que d'autres systèmes de responsabilité ont adoptés. Il faudra se poser la question de l'autonomie des conceptions adoptées en droit public français. Dans cette perspective, la comparaison avec le droit civil sera indispensable, non pas comme fin mais comme moyen, de même que la comparaison avec le droit étranger pourra être utile.

Traditionnellement, les conditions de la responsabilité sont au nombre de trois : un fait générateur, un préjudice et un lien de causalité. Il nous a paru possible de les présenter en deux temps seulement afin de mieux montrer comment ces éléments jouent le relais des fonctions de la responsabilité et correspondent étroitement aux fondements que nous avons dégagés. Ainsi démontrerons-nous que la responsabilité est toujours une réponse au dommage anormal résultant d'un fait illicite. La reconnaissance d'un fait illicite permet de satisfaire à la fonction préventive de la responsabilité et renvoie à sa nature fondamentalement contractuelle, fautive et sanctionnatrice ; se justifie ainsi l'étude du fait générateur de responsabilité comme violation du droit du contrat social (Titre I). La détermination du préjudice dont la réparation doit peser sur la collectivité satisfait à la fonction indemnificatrice de la responsabilité administrative et renvoie à son caractère limité par les contraintes du contrat social (Titre II).

Titre 1 La nécessaire violation du droit du contrat social

Titre 2 Le préjudice réparable limité par les contraintes du contrat social

Titre 1

LA NECESSAIRE VIOLATION DU DROIT DU CONTRAT SOCIAL

Le juge administratif et la doctrine accordent la plus grande importance au fait générateur de responsabilité alors que logiquement la problématique de la responsabilité civile ne s'initie qu'avec l'apparition d'un dommage. C'est sur ce point que le droit administratif apparaît en premier original puisqu'il est seul à se référer à des notions telles que celle de « faute de service », de « faute lourde », de « défaut d'entretien normal », de « rupture d'égalité devant les charges publics », ou de « risque spécial de dommage ». C'est d'ailleurs en fonction de ces différents faits générateurs que l'on classe les régimes de réparation en responsabilité pour faute et responsabilité sans faute.

Fort commode pour l'apprentissage de la discipline en l'absence de classification issue de textes comme cela est en droit civil, cette *summa divisio* n'apparaît pourtant pas opportune au regard de notre théorie contractualiste. Or, nous pensons être en mesure de démontrer que la responsabilité de la puissance publique est toujours une responsabilité pour violation d'une obligation, car elle s'analyse toujours en une sanction d'une situation illicite dépassant la distinction faute ou absence de faute. Il ne s'agit donc pas pour nous d'aborder ici uniquement la responsabilité pour illégalité au sens strict où l'entend le droit administratif. En effet, illicéité et illégalité ne sont pas synonymes. L'illicite doit s'entendre de ce qui est contraire à l'ordre public, au droit, quelles qu'en soient les sources, y compris factuelles et casuistiques dans le contentieux de la responsabilité. En revanche, l'illégalité n'est que le cas formel de contrariété d'une norme de droit positif par rapport à une autre, contrôlable par le juge au moment de l'examen de l'excès de pouvoir, ce qui est plus restrictif.

Selon Yves WEBER, les deux théories de l'illicite et de l'illégal coexistent mais sont indifférentes l'une à l'autre, et cet auteur d'ajouter : « on conçoit déjà qu'un acte illégal au sens

du recours pour excès de pouvoir ne soit pas un acte illicite au sens de la responsabilité, et inversement »¹¹⁵⁴. Certes, si l'illégalité fut autrefois une condition nécessaire de la responsabilité¹¹⁵⁵, ce n'est plus le cas depuis que la responsabilité de la puissance publique est admise à raison de certaines conséquences de ses actes réguliers, illicéité sans illégalité. La condition qui demeure en toute nécessité est donc bien celle d'un élément d'illicéité. Qu'un élément d'illicéité engendre la responsabilité en l'absence d'illégalité ne souffre guère de discussion, en revanche il n'en est pas de même de la proposition inverse. En effet, l'affirmation d'Y. WEBER conduit à imaginer des illégalités n'engendrant pas la responsabilité pour des raisons de fond¹¹⁵⁶, à concevoir donc des illégalités qui seraient non fautives. Or, cela n'est pas accepté par la majorité de la doctrine, et contredit la jurisprudence qui considère toute illégalité comme fautive¹¹⁵⁷.

En réalité, il est excessif de croire que les deux théories de l'illicite et de l'illégal sont indifférentes l'une à l'autre. En effet, on conçoit l'illicite sans l'illégal, mais on ne voit pas comment une illégalité du point de vue de l'excès de pouvoir ne serait pas non plus nécessairement une illicéité sur le plan de la responsabilité éventuelle en découlant. Et si on considérait les hypothèses d'illégalité n'engendrant pas de préjudice réparable comme des cas d'illégalité sans illicéité, dès lors que l'excès de pouvoir est consommé mais pas la responsabilité, on oublierait que l'illicite est un élément de la responsabilité parmi les autres, distinct en particulier de la question du dommage réparable. Or, l'illicite se situe en réalité en amont de la question de la qualité du dommage.

Ce qui prête à confusion est que l'illicéité intervient à deux niveaux. En effet, le mécanisme de responsabilité se rapporte à deux protagonistes, le responsable et la victime. Le déséquilibre juridique engendrant la responsabilité doit donc s'exprimer chez l'un comme chez l'autre. Y. WEBER synthétise fort bien l'intérêt de se référer à l'illicéité : « le responsable doit avoir transgressé le droit, la victime doit avoir eu son droit lésé. Du côté du premier, il importe d'établir la violation d'une norme objective fondant l'obligation de réparer. Cette norme est conçue comme un impératif conditionnel. La condition remplie, l'illicéité est réalisée. Elle est dite formelle. Du côté de la seconde, il doit y avoir violation d'un droit subjectif fondant le droit à réparation. L'illicéité concrétisée est dite matérielle.

¹¹⁵⁴ Y. WEBER, *Illicéité et responsabilité administrative en France*, in Journées de la société de législation comparée, 2ème journée franco-hellénique, *Illicéité comme élément de la responsabilité*, Paris 1984, p. 27.

¹¹⁵⁵ Lire, L. DELBEZ, *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, R.D.P. 1932, p. 476.

¹¹⁵⁶ Les raisons d'irresponsabilité en cas d'actes de gouvernement, de mesure d'ordre intérieur, de prescription de la dette, sont des raisons procédurales.

¹¹⁵⁷ C.E., 26 janv. 1973, *Driancourt*, A.J.D.A. 1973, p. 273.

L'illicéité se présente donc sous deux aspects, mais ceux-ci ne sont pas les deux faces d'un même impératif juridique, contrairement à ce que l'on serait tenté de croire. Le droit lésé n'est pas que le reflet de l'impératif conditionnel ou inversement, car il peut y avoir transgression de celui-ci sans lésion de celui-là, et vice versa. Il faut les deux. L'illicéité, en matière de responsabilité, est la transgression par l'auteur du dommage d'un impératif conditionnel en relation avec la lésion d'un droit subjectif de la victime ».

La présentation d'Yves WEBER est inhabituelle en droit administratif français car la notion même de droit subjectif renvoie aux préoccupations d'ordre individuel, elle relativise aussi l'unilatéralité des rapports administration administrés. En définitive, elle apporte des éléments de réponse à la question de savoir si les droits des administrés préexistent sur les obligations de l'administration. Selon nous, les obligations qui pèsent sur l'administration sont la conséquence des droits que les individus se reconnaissent entre eux au sein du pacte social. Envisager la responsabilité par ses deux faces aide à comprendre que la puissance publique est toujours responsable pour faute contractuelle. Une telle démarche permettra d'expliquer certaines hypothèses de responsabilité dans lesquelles on ne perçoit pas ce qui peut être reproché à l'administration. Nous chercherons donc à établir que l'existence de la lésion d'un droit subjectif est une condition nécessaire de la responsabilité (Chapitre 1), puis nous préciserons en quoi cela induit que la responsabilité de la puissance publique est une responsabilité pour violation d'une norme objective (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La nécessaire lésion du droit subjectif

Chapitre 2 : La nécessaire violation de la norme objective

Chapitre 1

LA NECESSAIRE LESION DU DROIT SUBJECTIF

C'est une idée remise au goût du jour sous l'influence des droits communautaire et étrangers¹¹⁵⁸, que les administrés disposeraient de droits subjectifs à l'égard du fonctionnement correct du service public. Dans cette optique, la faute de service serait donc toujours au minimum le résultat de la violation du droit subjectif de l'administré à ce que l'administration fournisse correctement les prestations qu'elle devait normalement assurer¹¹⁵⁹. Il en résulte que l'illicéité du fait générateur de responsabilité s'apprécie d'abord dans la personne de la victime. L'idée n'est pas nouvelle. Le maître de Bordeaux Léon DUGUIT la formulait en ces termes : « La faute s'apprécie du côté de la victime : elle est la déception infligée à son attente légitime. La responsabilité de l'administration est donc toujours une assurance sociale contre le risque administratif couvrant d'abord le risque provenant d'une faute de service. »¹¹⁶⁰. De cette conception nous pouvons induire que le fait générateur de la responsabilité est la lésion d'un droit du côté de la victime dont le principe de solidarité établi dans le contrat social implique que la collectivité en supporte les conséquences.

Selon l'étude de G. RIPERT, celui qui accomplit un acte contraire à l'idée de solidarité commet par cela même un acte illicite¹¹⁶¹. Il semble que cet auteur envisage lui aussi l'illicéité par le résultat de l'acte car il pense que le fait de laisser un dommage sans réparation est une faute puisque la loi fait obligation de le réparer¹¹⁶². Selon cette conception le droit à réparation de la victime relève à la fois du droit subjectif et du droit objectif. Reconnu par le droit objectif, ce droit à réparation est aussi subjectif pour la victime par effet de « miroir »¹¹⁶³. L'illicéité suppose fondamentalement la lésion du « bien juridique » de la

¹¹⁵⁸ Voir H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999, p. 458 à 476.

¹¹⁵⁹ J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, Que-sais-je ?, PUF, 1995, p. 63.

¹¹⁶⁰ Voir *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Fontemoing. 1930, p. 469 et s.

¹¹⁶¹ G. RIPERT, *la règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J. 1949, p. 215.

¹¹⁶² *Ibid.*, p. 220.

¹¹⁶³ Y. WEBER, art. précité, p. 45.

victime car le droit subjectif est le reflet du droit objectif¹¹⁶⁴. On peut donc dire que la responsabilité qui ne semblerait parfois pas découler d'un dysfonctionnement du responsable est néanmoins une responsabilité et non une garantie parce qu'elle constitue une illicéité par le résultat anormal du dommage.

Une des clefs pour la compréhension du système résidera donc dans la réponse à la question de savoir comment on peut déterminer ce à quoi l'administré victime peut légitimement s'attendre. En d'autres termes, nous devons nous interroger sur la détermination des droits subjectifs des administrés (Section 1). D'autre part, dans la mesure où ces droits sont le pendant des obligations qui pèsent sur l'administration, il apparaît souhaitable de montrer en quoi ce « renversement » du problème de la responsabilité présente un intérêt dans notre théorie générale (Section 2).

SECTION 1

LA DETERMINATION DES DROITS SUBJECTIFS

D'une manière générale, la question des sources est toujours au cœur du droit administratif que l'on interroge sur sa légitimité et son autonomie¹¹⁶⁵. En matière de responsabilité, le problème est épineux puisque le juge a créé ses propres règles alors qu'il en existait dans le code civil. Nous avons déjà indiqué quels sont les principes que nous tenons pour « consensuels » et qui constituent autant de fondements du droit subjectif à réparation et l'on pourrait s'en contenter. Mais, démontrer combien il faut envisager le problème de la responsabilité en fonction des droits individuels « stipulés » au profit des victimes dans le pacte social appelle une double réflexion. Se poser la question des sources des droits subjectifs, c'est se poser en même temps celle des sources de l'obligation de réparer, dès lors qu'il nous semble que c'est l'existence de ces droits qui conditionne les solutions contentieuses.

¹¹⁶⁴ Cf. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 85.

¹¹⁶⁵ Cf. J. BOULOUIS, *Supprimer le droit administratif ?*, Pouvoirs n°46, p.5 ; J. BELL, *De la nécessité d'un droit administratif*, A.J.D.A. 1995, p. 99.

Il résulte du droit administratif que toutes les victimes de dommages causés par la puissance publique ne sont pas traitées de la même façon puisque celui-ci recourt selon les cas à des régimes différents de mise en œuvre de la responsabilité. Or, si la source première des droits subjectifs est le contrat social permanent, en l'absence de corpus écrit, il faut se demander qui est habilité à déterminer ou préciser le contenu et l'étendue exacts du droit des victimes conformément aux vœux de la société. Cette première question nous conduira à expliciter la place privilégiée du juge dans ce qui forme « le pluralisme » des sources du droit subjectif (§1)¹¹⁶⁶ Dans un second temps, il conviendra de préciser de quels critères essentiels de distinction entre les victimes il peut-être fait usage au regard des principes contenus dans le contrat social. Sera alors mise en lumière l'influence de la situation de la victime sur son droit subjectif à réparation (§2)

§ 1 Le pluralisme des sources du droit subjectif

Le droit de la responsabilité est social et pluraliste, car il est un droit réflexe adapté aux besoins de l'opinion¹¹⁶⁷. L'évolution des sources du droit de la responsabilité administrative a ainsi consacré le rôle grandissant du législateur dans la fixation des droits subjectifs à réparation. Cette multiplication des régimes législatifs a créé des distorsions dans le système initialement construit par la jurisprudence. Mais ce mouvement général ne saurait remettre en cause le caractère essentiellement jurisprudentiel de la matière. Il existe en effet une répartition des rôles dans la détermination des droits subjectifs, tournée vers le seul souci de répondre à la demande sociale¹¹⁶⁸. Ceci se vérifie par l'adoption de la loi au sens large (A), puis par l'élaboration de la jurisprudence (B).

¹¹⁶⁶ La majorité de la doctrine admet que le pouvoir créateur du juge est particulièrement important en matière de responsabilité administrative, selon nous occasion spécifique de déterminer les droits subjectifs des administrés. Cf. G. VEDEL, *Le droit de la responsabilité administrative peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?*, E.D.C.E., n°31, 1980, p. 31 à 47. ; J. MOREAU, *L'évolution des sources du droit de la responsabilité administrative*, Mélanges Terré, Dalloz PUF 1999, p. 719.

¹¹⁶⁷ Cf. F. EWALD, *L'Etat Providence*, Grasset 1986, p. 487.

¹¹⁶⁸ Le temps est révolu où la seule source de droit reposait sur un rapport de subordination du juge à la toute puissance de la loi. C'est un rapport de collaboration qui se fait jour désormais Voir J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2^{ème} éd. Répertoire du notariat Defrenois, 1995 ; G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris 1931. Et *Sur le pluralisme juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris 1935.

A) Le consentement du peuple à travers la loi

La première source des droits des administrés doit être cherchée dans les textes dont on peut supposer qu'ils reflètent légitimement les buts du contrat social. Aujourd'hui très nombreux, ces textes manifestent, soit une volonté propre de la nation (1), soit une volonté partagée par d'autres nations (2). L'important est de retenir que toujours c'est la volonté du peuple qui s'exprime.

1) Les lois comme expression de la volonté propre du peuple

La loi adoptée par les représentants du peuple est seule compétente en matière de responsabilité pour en déterminer les principes fondamentaux. Le Conseil Constitutionnel a reconnu cette exclusivité du domaine législatif par opposition à celui du règlement en rattachant cette compétence à celle visée par l'article 34 de la constitution énumérant les principes des obligations civiles parmi les matières réservées à la loi¹¹⁶⁹. Mais peu importe cet article finalement car nous pensons que le contenu des obligations de responsabilité civile relève par nature de la loi. Dans notre République il en a toujours été ainsi, de sorte que l'on peut parler à cet égard d'une véritable « coutume républicaine »¹¹⁷⁰.

La première loi adoptée avec le consentement exprès des citoyens est la loi constitutionnelle. Etablissant l'équilibre des institutions, la Constitution n'octroie certes guère de droits au profit direct des individus. Pour ce qui est de la responsabilité, il est néanmoins certain qu'elle contient la source lointaine des obligations d'indemniser. C'est sans difficulté que l'on peut y trouver les textes servant de fondements médiats aux principes généraux de la responsabilité de la puissance publique. Dans la Déclaration de 1789 figurent les germes du principe juridique d'égalité devant les charges publiques qui fut conjugué avec celui de solidarité explicitement dans le Préambule de 1946 : « La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ».

¹¹⁶⁹ D.C., 19-20 juil. 1983, Rec. p. 132 – D.C., 30 déc. 1987, Rec. p. 324

¹¹⁷⁰ J. MOREAU, *L'évolution des sources du droit de la responsabilité administrative*, Mél. Terré, Dalloz, PUF, 1999, p. 723.

Ces textes fondent indirectement tous les régimes de responsabilité administrative sans faute¹¹⁷¹. Le principe constitutionnel de solidarité paraît même être le fondement de toute responsabilité publique à qui partage les opinions solidaristes sur la nécessité de mutualiser tous les risques sociaux, faute de service y compris¹¹⁷².

Si l'on ne partage pas cette analyse, on peut encore trouver dans nos textes constitutionnels une origine de la responsabilité pour faute de service. Il est en effet un article 15 de la Déclaration de 1789 qui autorise la « société » à demander à chaque « agent public » des comptes sur son administration. Si l'on veut bien considérer que dans ce texte c'est l'agent en tant que fonctionnaire et non en tant qu'individu qui est visé, alors, dans la mesure où toute responsabilité des administrateurs est absorbée par celle de l'administration, ce texte fonde indirectement le principe général de la responsabilité pour faute de la puissance publique. Si l'on suit notre logique à son terme, on doit penser que le principe même d'une responsabilité de la puissance publique possède bien une valeur constitutionnelle au titre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

En pratique, la loi ordinaire répond aux profondes attentes du peuple en matière de partage des charges d'indemnisation. La loi a répondu aux ravages de la guerre, de la circulation automobile, du terrorisme, et plus récemment des contaminations virales accidentelles. Tous ces régimes législatifs ont pour trait commun de répondre de manière pragmatique à un besoin immédiat de socialisation des risques sans guère se soucier de la cohérence théorique de l'ensemble du système de la responsabilité administrative¹¹⁷³. Souvent leur adoption ne diffère que de quelques mois le fléau à combattre et sont donc le résultat sensible du mouvement de l'opinion publique¹¹⁷⁴. Dans cette mesure, on peut considérer ces lois comme autant d'avenants au contrat social¹¹⁷⁵, car elles constituent en somme des « lois d'exception »¹¹⁷⁶, adoptées en réaction au droit commun jurisprudentiel¹¹⁷⁷. Sans ces lois, l'indemnisation des victimes ne serait en effet pas assurée par l'application des mécanismes classiques de la responsabilité, à tout le moins le serait-elle dans des conditions parfois

¹¹⁷¹ Sur la notion de calamités nationales voir M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, L.G.D.J. 1994.

¹¹⁷² Voir M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, th. L.G.D.J. 1993, p. 350 et s.

¹¹⁷³ C. BRECHON-MOULENES, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, Paris, L.G.D.J. 1974.

¹¹⁷⁴ J. MOREAU, *ibid.*

¹¹⁷⁵ Selon les solidaristes, les lois sont des clauses du contrat social. Cf. M. BORGETTO, *ibid.* p. 367.

¹¹⁷⁶ Parmi elles nombreuses sont les lois faisant exception à la compétence du juge administratif et de son droit particulier.

¹¹⁷⁷ Voir G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit Dalloz 1996, p. 51 à 53.

difficiles à réunir, et en dehors de leur application dérogatoire le droit commun retrouve sa place¹¹⁷⁸.

Les remarques que nous venons d'effectuer tendent à montrer la prédominance du pouvoir législatif comme source légitime principale des droits subjectifs généraux et comme source des droits subjectifs à réparation en particulier. Cependant, l'internationalisation croissante des sources du droit pourrait conduire à nuancer cette perspective.

2) *Les lois réceptionnant les accords internationaux*

Il est fréquent aujourd'hui que des normes de droit international confèrent des droits au profit des citoyens et engendrent une obligation de réparation consécutive à leur violation par l'administration¹¹⁷⁹. Mais ce point n'a rien d'original dès lors que la violation du droit international constitue une illégalité comme une autre¹¹⁸⁰. A cette hypothèse on doit assimiler la fréquente méconnaissance des obligations imposées par le droit communautaire originaire¹¹⁸¹.

Le contentieux de la responsabilité découlant de normes internationales ne présente aucune particularité car il nous semble que ces droits accordés aux citoyens le sont avec le consentement formel du pouvoir législatif au terme du processus de ratification. Ces normes sont donc assimilables à la loi dès lors que par acte législatif de ratification elles sont « francisées ». On en trouve une preuve significative dans le fait que celles-ci engendrent une responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques dans les mêmes conditions que la loi nationale¹¹⁸². Les traités consentis par les représentants légitimes du peuple ne sont donc pas moins que les lois des compléments acceptés aux termes du contrat social répondant aux aspirations de leur temps¹¹⁸³. D'ailleurs, les traités sont d'authentiques

¹¹⁷⁸ C.E., A., avis, 20 fév. 1998, *Société Etudes et constructions de sièges pour l'automobile*, Rec. p. 60.

¹¹⁷⁹ C.E., 29 oct. 1954, *Taurin et Merienne*, Rec. p. 566 ; D. 1955, p. 361, note Benoît. – C.E., 20 janv. 1988, *Aubin*, Rec. p. 20 ; J.C.P. 1989, II, 21169, note Moderne.

¹¹⁸⁰ C.E., A., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. p. 291 ; R.D.P. 1952, p. 781, concl. Letourneur, note Waline ; S. 1953, 3, p. 33, note Bouzat. – C.E., A., 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190.

¹¹⁸¹ T.A., Dijon, 15 avr. 1986, *Société vinicole Berard*, Rec. p. 311 ; R.T.D.E. 1988, p. 109, note P. Soler-Couteaux.

¹¹⁸² C.E., A., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. p. 257. – C.E., Sect., 26 oct. 1976, *Burgat*, Rec. p. 452. Les conditions de cette responsabilité demeurent restrictives. Voir C.A.A., Paris, 16 juil. 1992, *Mme Yasmine Aga Khan*, R.F.D.A. 1993, p. 156, note P. Godfrin.

¹¹⁸³ Selon F. EWALD, le développement international des droits de l'homme doit son succès moins à une quelconque philosophie naturaliste qu'à un certain état de l'opinion. *L'Etat Providence*, Grasset 1986, p. 597.

conventions qui n'entrent en vigueur qu'après la ratification interne, ceci démontre en outre que le droit peut-être à grande échelle le fruit d'un processus contractuel.

En ce qui concerne le droit communautaire dérivé des traités, notre argumentation peut se heurter à l'absence de ratification expresse de la norme. La conception française de l'intégration du droit international dans le droit interne pallie l'obstacle car l'on doit rappeler que c'est uniquement en vertu de la constitution acceptée par le peuple, et à la condition d'être compatible avec elle, qu'un acte international prend effet dans notre droit¹¹⁸⁴. Concernant particulièrement le droit européen, nous nous plaisons à penser que s'il n'existe pas encore une « nation » européenne, il existe déjà une société européenne composée d'un peuple représenté dans un parlement et contrôlant le gouvernement qu'il se donne. Enfin, comme le fait à juste titre remarquer J. MOREAU¹¹⁸⁵, la mise en œuvre du droit international dans nos frontières s'effectue sous le contrôle du juge interne¹¹⁸⁶. C'est d'ailleurs en ce qui concerne la mise en jeu de la responsabilité étatique la solution préconisée par la Cour de Justice des Communautés Européennes¹¹⁸⁷. Or, c'est bien dans l'œuvre du juge que réside l'essentiel du processus de création légitime du droit subjectif.

B) Le consentement du peuple à travers la jurisprudence

D'après René MARCQ, on arrive toujours à la même conclusion lorsque l'on se demande ce qu'est un droit : « c'est un droit quand réparation de la lésion est due »¹¹⁸⁸. Donc, l'obligation pour l'administration, comme le droit pour la victime, ne peut être connue avant

¹¹⁸⁴ C.E., A., 30 oct. 98, *Sarran et Levacher*, D.A. janv. 1999, p. 22 ; A.J.D.A. 1998, p. 962 chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; R.D.P. 1999, p. 919, note J.-F. Flauss. - Cass. A.P., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, J.C.P. 2000, p.1109 ; C.J.C.E., 11 janv. 2000, *Tanja Kreill*, D.A. fév. 2000, p. 22, note A. Haquet.

¹¹⁸⁵ Art. Précité p. 727.

¹¹⁸⁶ Concernant le cas particulier de responsabilité de l'Etat engagée par la Cour européenne des droits de l'homme, il faut garder à l'esprit que la clause de compétence de cette juridiction à son égard résulte de la ratification du traité par la France en 1974. En outre, si l'Etat ne paye pas sa dette, c'est encore le juge interne qui sera chargé de veiller à l'exécution de la chose tranchée par les juges européens.

¹¹⁸⁷ C.J.C.E., 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci c/République italienne*, A.J.D.A. 1992, p. 143, note Le Mire. Mais déjà C.J.C.E., 22 janv. 1976, *Russo c/Aima*, Rec. 1976 p. 45.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 332.

que le pouvoir prétorien du juge ait parlé. Cette apparente rétroactivité du droit dit par le juge, conjuguée à l'incertaine stabilité de la jurisprudence, peut faire douter que le procès en responsabilité puisse dépasser le cadre strict du litige tranché entre les parties. La question est importante car il s'agit de savoir si le droit subjectif à réparation reconnu aux victimes est un véritable droit et non une faveur dictée par l'équité. En somme, il faut déterminer si le juge est titulaire d'un pouvoir normateur. Selon nous la réponse à cette question doit être affirmative car non seulement le juge est de fait créateur de normes (1), mais il est habilité à cela en tant que gardien du contrat social voulu par la population (2).

1) Le pouvoir normatif des juges

Le caractère essentiellement prétorien du droit administratif français peut déconcerter mais sa réalité n'est pas discutable. Il s'agit de la nécessité pour le juge appliquant le droit administratif de pallier l'absence ou l'obscurité des textes¹¹⁸⁹. Le juge est contraint d'endiguer le déclin du droit puisque le déni de justice lui est interdit¹¹⁹⁰. Les lacunes du droit public ont été particulièrement ressenties dans le domaine vierge de la responsabilité de la puissance publique et comblées par les « principes généraux du droit de la responsabilité publique » selon la pétition de principe de l'arrêt *Blanco*¹¹⁹¹.

La majorité de la doctrine convient que si le juge n'a pas d'habilitation pour créer des règles de droit¹¹⁹², néanmoins il en est de fait une source importante¹¹⁹³. Il en est ainsi en raison de ce que confronté à des questions nouvelles non envisagées par le droit formel, le juge, administratif le plus souvent, tranchant la responsabilité en particulier, pose de véritables principes qui dépassent le cadre strict du litige qui lui est soumis. Il n'est d'ailleurs pas rare de voir le juge administratif se référer aux « principes généraux de la responsabilité administrative »¹¹⁹⁴. A force de répétitions ces principes deviennent de véritables normes

¹¹⁸⁹ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, 1887, p. 12. Cf. Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, L.G.D.J. 1972, p. 27.

¹¹⁹⁰ Art. 4 c. civ. et art. 434-7-1 code pénal, loi du 16 déc. 1992.

¹¹⁹¹ T.C., 8 fév. 1873, D. 1873,3, p. 17 concl. David.

¹¹⁹² Art. 5 c. civ. « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

¹¹⁹³ Cf. J. HARDY, *Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif français*, R.D.P. 1990, p. 453.

¹¹⁹⁴ C.E., 29 déc. 1978, *Darmont*, Rec. p. 542 ; D. 1979, p. 279 note Vasseur ; A.J.D.A. 1979, n°11, p. 45 note Lombard, R.D.P. 1979, p. 1742 note Auby. – C.E., 12 nov. 1980, *M. Pierrot*, Lexilaser 22.787. – C.E., 26 juin 1991, *OPHLM ville de Paris*, Lexilaser 66.196. – C.E., A., avis, 20 fév. 1998, *Société Etudes et constructions de*

juridiques dans l'esprit même des juges. Les écrits des membres du Conseil d'Etat sont sans équivoque sur ce point¹¹⁹⁵. De fait, le juge a bien conscience qu'à force de répéter ses décisions, une « règle jurisprudentielle » se forme. Il détermine des règles de comportement particulièrement dans le domaine de la responsabilité puisqu'il énonce ce qui est fautif et ce qui ne l'est pas, ce qui exonère ou non, etc.

Pour concilier cet état de fait avec l'impossibilité absolue de réglementer de façon générale, la doctrine remarque que dans son œuvre le juge n'est pas véritablement l'auteur des normes qu'il proclame. S'agissant par exemple des principes généraux du droit, on peut soutenir qu'ils sont tous extraits de textes de manière plus ou moins directe. Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs confirmé que les textes principaux inspirant ces droits font bel et bien parti de l'ordonnement juridique au plus haut niveau¹¹⁹⁶. Le juge ne serait ainsi pas créateur des principes généraux du droit, ceux-ci ayant une valeur variable selon les textes dont ils procèdent et non fonction de la qualité des juges les proclamant¹¹⁹⁷. Cette proposition est vérifiée positivement en jurisprudence et l'on sait que les principes généraux n'ont pas tous la même valeur. S'agissant des principes généraux de la responsabilité de la puissance publique, on doit penser qu'ils ont une valeur législative puisque la responsabilité est du domaine de la loi et que le législateur peut à tout moment modifier ces règles en y substituant des régimes légaux d'indemnisation ou de limitation de responsabilité. En tant que principes généraux du droit, ces règles prétoriques sont appliquées de la même façon par les juridictions judiciaires lorsqu'elles connaissent de litiges mettant en cause l'administration en tant que puissance publique¹¹⁹⁸.

En définitive, le juge ne serait que l'interprète de ce que le droit formel serait s'il avait été explicitement précisé par écrit. Il ne ferait que permettre aux textes de produire les applications concrètes auxquelles ils sont destinés. D'ailleurs, ce mode de raisonnement par extrapolation est commun chez le juge. Ainsi, lorsqu'il engage la responsabilité de l'Etat pour

sièges pour l'automobile, Rec. p. 60. – C.A.A., Lyon, 28 déc. 1990, *André Fouriat et autres*, Lexilaser N°89LY01299. – C.A.A., Nancy, 9 mars 1993, *Société d'Énergie Électrique de Charmes*, Lexilaser N°90NC00241. – C.A.A., Bordeaux, 4 juil. 1995, *Commune de Jonzac et Communauté des communes de la Haute-Saintonge*, Lexilaser N°93BX00117.

¹¹⁹⁵ S. HUBAC et Y. ROBINEAU, *Droit administratif : vues de l'intérieur*. Pouvoirs, n°46, 1988, p. 113. ; J. MASSOT et J. MARIMBERT, *Le Conseil d'Etat*, Documentation Française, 1999, N.E.D., n° 5086-5087, p. 173 et s.

¹¹⁹⁶ D.C. 71-44, 16 juil. 1971, *Liberté d'association*, Rec. p. 29. Voir *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10^{ème} éd., Dalloz 1999, p. 252.

¹¹⁹⁷ Voir la critique de la conception de R. CHAPUS sur la valeur des principes généraux du droit par J. ROCHE, *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence*, A.J.D.A. 1962, I, p. 532.

¹¹⁹⁸ Cf. supra p. 11.

non intervention d'un règlement¹¹⁹⁹, le juge se substitue au gouvernement mais en s'efforçant d'imaginer l'acte tel qu'il est probable qu'il eut été conformément à la loi¹²⁰⁰. Le juge ne serait en somme toujours que l'interprète de la loi ou de son silence, ne pouvant pas faire œuvre de création. Interprète des volontés générales exprimées dans le droit formel, le juge n'a pas de volonté créatrice propre, il doit traduire en principes positifs ce qui ressort de l'esprit de la loi et du contrat.

2) La jurisprudence expression de la volonté populaire en matière de responsabilité

Certains auteurs fermement opposés à l'idée de pouvoir normateur du juge contestent que les solutions énoncées par les tribunaux constituent des normes. En effet, ces normes n'auraient pas de caractère obligatoire dans l'ordonnement juridique général. Ainsi donc, si la jurisprudence présente par son sérieux une stabilité relative, si par ses raisonnements elle détermine le comportement futur des administrés et surtout des administrations, c'est uniquement parce que ceux-ci ont intérêt d'anticiper sur de futures contestations qui auront toutes les chances d'être jugées dans le même sens. La jurisprudence serait donc au mieux une source sociologique de droit qui ne peut devenir règle que par l'assentiment des intéressés, des hommes de loi, des juristes, par une sorte de consensus social¹²⁰¹. Nous partageons tout à fait cette opinion. Pour ce qui est de créer des normes générales, il faut le consentement du corps social. A tout moment, le peuple ou ses représentants peuvent accepter ou contrecarrer la jurisprudence en précisant l'état du droit désiré. Le juge est comme tout démembrement de l'Etat, un gérant des affaires du peuple au nom duquel il statue¹²⁰².

Au reproche selon lequel les juges ne tiendraient d'aucune habilitation le pouvoir de créer des normes nous répondons que dans un état démocratique, la justice est bien un pouvoir constitué. La juridiction administrative est pleinement intégrée dans ce cadre car son existence ainsi que sa compétence naturelle sont comptées constitutionnellement au rang des principes

¹¹⁹⁹ Le plus souvent il s'agit de décrets d'application d'une loi qui tardent à être adoptés au-delà du délai raisonnable que le juge laisse au gouvernement. Voir par ex. : C.E., 29 nov. 1999, *Polyclinique des Alpilles*, N°177140.

¹²⁰⁰ Voir C.E., 10 mars 1967, *Société des Ardoiseries d'Angers*, A.J.D.A. 1967, p. 399.

¹²⁰¹ Cf. J. MAURY cité par J. ROCHE *ibid.*

¹²⁰² Loi du 24 mai 1872 pour le juge administratif.

fondamentaux reconnus par les lois de la République¹²⁰³. En tout état de cause, c'est la fonction de juger qui est inhérente à toute société car il n'y a pas de contrat social consenti sans la garantie d'un juge pour arbitrer les droits que l'on abandonne au profit du bien commun.

L'interdiction de produire des règlements généraux et impersonnels n'empêche pas nécessairement de créer des normes. L'action du juge concerne la détermination des droits subjectifs, c'est-à-dire qu'il possède le pouvoir de créer des normes individuelles¹²⁰⁴. Il suffit de considérer que dans chaque solution d'espèce le juge fait application d'une norme générale qu'il ne crée pas, et que l'application d'espèce qu'il en fait constitue une norme individuelle *inter partes*. C'est seulement lorsqu'il motive sa décision qu'il révèle l'embryon de règle générale qu'il utilise pour créer la norme individuelle, règle qu'il propose donc au corps social.

C'est bien par l'accumulation de confirmations jurisprudentielles qu'une simple norme individuelle au départ devient une règle de droit ; la directive devient coutume à force de reproduction et dès que naît le sentiment qu'il en est ainsi et que l'on s'y conforme parce qu'il en est ainsi, alors la règle de droit existe. Nous ne pouvons exclure la jurisprudence des sources de droit sous prétexte qu'il s'agirait d'un phénomène relevant de la coutume¹²⁰⁵. La coutume fait bien partie des sources de droit. Il n'est d'ailleurs pas de meilleure source de droit que celle qui se forme ainsi par le consensus et l'acceptation générale.

L'acceptation de la jurisprudence est certainement réalisée toutes les fois que le législateur ne prend pas de dispositions pour la contrecarrer. Sur ce point, M. WALINE pense à juste titre qu'il peut exister une théorie de la ratification implicite de la jurisprudence par le législateur¹²⁰⁶. Le juge s'inspire des textes mais en s'efforçant de concilier les intérêts individuels et l'intérêt général comme il en a toujours été. Il crée le droit que veut la Nation, car c'est le droit qu'il croit le meilleur pour elle et que celle-ci accepte implicitement toutes les fois qu'aucune loi contraire n'est adoptée.

¹²⁰³ D.C., 23 janv. 1987, *Conseil de la concurrence*, Rec. p. 8 ; Gaz. Pal 1987, doct. 1., p. 209 comm. Lepage-Jessua ; R.F.D.A. 1987, p. 287, note Genevois, et p. 301 note Favoreu ; A.J.D.A. 1987, p. 345, note J. Chevallier ; J.C.P., 1987, II, 20854, note Sestier ; R.D.P. 1987, p. 1341, note Gaudemet.

¹²⁰⁴ R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, Mél. Hauriou, Sirey, 1929, p. 34, 36, 37 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Dalloz 1962, p. 158 et 313.

¹²⁰⁵ Avis contraire de J. Roche art. précité pour qui la coutume n'est que source sociologique du droit et donc non normative.

¹²⁰⁶ M. WALINE, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, Mél. Scelle, 1950, t.2, p. 613.

Ce sentiment général est confirmé dans le domaine de la responsabilité car plus qu'ailleurs on y constate que les juges sont sensibles aux attentes de l'opinion publique appuyées souvent par la doctrine¹²⁰⁷. L'exemple le plus éclatant a été la jurisprudence *Cames* par laquelle la Haute juridiction administrative en 1895 condamna l'employeur public à assumer le risque professionnel pesant sur l'ouvrier¹²⁰⁸. Cet arrêt avait été précédé de quinze années de débats parlementaires sur les accidents du travail et de quelques développements évocateurs concernant la loi de 1895 sur la réparation des erreurs judiciaires¹²⁰⁹. Tout aussi topique pour notre propos fut l'affaire *Regnault-Desroziers*¹²¹⁰, puisque concernant l'explosion d'un fort militaire, la Haute juridiction administrative fit encore supporter le risque par la collectivité parce que celle-ci y était prête depuis qu'elle avait légiféré en 1914 et 1919¹²¹¹.

L'acceptation de la réparabilité du préjudice d'affection avait procédé de cette sorte de pression¹²¹². Il en a été de même pour motiver l'abandon de la faute lourde en matière médicale. D'ailleurs, la faute lourde doit en général son déclin à son incapacité à être comprise par le justiciable¹²¹³. Le développement de l'indemnisation du risque thérapeutique procède lui aussi de la pression de l'opinion publique et médiatique¹²¹⁴. Enfin, récemment l'assouplissement dans l'exigence du caractère direct du lien de causalité dans le contentieux de la responsabilité des services fiscaux, est rattaché par les juges eux-mêmes au mouvement général de « réalisme » dont fait preuve la jurisprudence en matière de responsabilité face à l'opinion publique¹²¹⁵. Le juge ressemble donc bien sur ce point au législateur et constitue à plus d'un titre le « jurislatureur » dénommé par R. CHAPUS¹²¹⁶.

En définitive, le juge ne peut pas modifier sa jurisprudence à l'envie parce qu'elle est obligatoire dans la même mesure que toute autre règle de droit. La jurisprudence, et c'est une

¹²⁰⁷ Voir thèse de M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994.

¹²⁰⁸ C.E., 21 juin 1895, *Cames*, Rec. p. 109, concl. Romieu ; S.1897, 3, p. 33, note Hauriou ; D. 1896, 3, p. 65, concl. Romieu.

¹²⁰⁹ Loi du 8 juin 1895, cf. supra p. 57.

¹²¹⁰ C.E., 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, Rec. p. 329 ; S. 1919,3, p. 25 note Hauriou ; R.D.P. 1919, p. 239 concl. Corneille, note Jèze.

¹²¹¹ Loi du 16 avr. 1914 sur les dommages en cas de troubles et d'émeutes et loi du 17 avr. 1919 sur la réparation des dommages de guerre. Voir F. EWALD, op. cit., p. 338.

¹²¹² C.E., A., 24 nov. 1961, *Letisserand*, Rec. p. 661. ; G.A.J.A. 1999, p. 579.

¹²¹³ Concl. H. LEGAL sur C.E., 10 avr. 1992, *Epoux V.*, Rec.171, A.J.D.A. 1992, p. 355.

¹²¹⁴ Opinion de F. THIÉREZ, *L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif*, A.J.D.A. 1999, p. 105.

¹²¹⁵ Voir chronique de E. MIGNON à propos de C.E., 16 juin 1999, *Tripot*, R.J.F. 8-9/99 n°1049, p. 602.

¹²¹⁶ *Droit administratif général*, t.1. Le terme « jurislatureur » convient particulièrement concernant la création d'une norme en l'absence de loi. En revanche, lorsque la création s'inscrit dans l'interprétation de la loi, dans la collaboration avec le pouvoir législatif, le terme « légisprudence » pourrait désigner une telle production normative.

de ses caractéristiques existentielles, change peu en pratique parce que le contraire heurterait certains principes fondamentaux de la vie sociale. Nous pensons évidemment au principe de sécurité juridique et de confiance légitime¹²¹⁷ que les citoyens doivent avoir dans le service public de la Justice. Ces principes imposent aux juges de fixer des critères précis dans le choix des régimes de responsabilité qui vont présider à la détermination des droits subjectifs des victimes de dommages. Le critère qui peut le mieux remplir une fonction signalétique à l'égard de la victime en la renvoyant à l'équilibre voulu par le contrat social sera celui de sa situation par rapport au service public dont elle souffre un dommage.

§ 2 *L'influence de la situation de la victime dans la détermination de son droit subjectif à réparation*

Qu'on le déplore ou le salue¹²¹⁸, la caractéristique du droit moderne de la responsabilité réside dans le rôle premier attribué au sort de la victime. C'est d'abord du côté de la victime qu'il faut regarder pour savoir si un événement doit engendrer une responsabilité. Cette question a été étudiée par un auteur célèbre et nous nous contenterons pour notre part de la replacer dans notre théorie générale « contractualiste ».

Les droits à réparation des usagers sont *a priori* plus difficiles à établir que ceux des tiers. Selon les observations de J. MOREAU l'usager est en principe tenu de démontrer le dysfonctionnement de l'administration, tandis que le tiers se voit indemniser quelle que soit la source anormale ou non du dommage. L'explication de cette différence par la doctrine tend à l'intégrer dans le cadre du fondement général de la responsabilité le mieux admis, celui de l'égalité. Mais selon nous ce fondement n'est pas le seul fondement de la responsabilité, et il n'en est pas l'ultime explication parce que l'égalité est une norme « stipulée » dans le contrat social. Si l'explication traditionnelle correspond effectivement à la doctrine des tribunaux administratifs et suffit à expliquer la théorie des dommages de travaux publics ainsi que les autres systèmes de responsabilité faisant un sort à part aux tiers (A), en revanche, elle apparaît

¹²¹⁷ Cf. supra p. 121.

¹²¹⁸ Voir J. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1957, p. 2.

insuffisante en certains endroits comme par exemple en celui concernant d'autres catégories de victimes que les tiers et usagers. Nous voulons alors approfondir l'explication de l'importance de la situation de la victime en nous référant à l'étendue des droits qu'elle possède de par son rapport avec l'administration (B).

A) L'explication traditionnelle par l'équilibre entre charges et avantages

Le commissaire du gouvernement LATOURNERIE avait synthétisé clairement le contentieux des dommages de travaux publics grâce à cette différence de traitement selon que la victime est tiers ou usager par rapport à un ouvrage public source de dommages¹²¹⁹. Pour l'usager, l'anormalité de la situation s'apprécie en fonction de l'état dans le lequel on peut légitimement emprunter l'ouvrage, tandis que pour le tiers, l'anormalité résulte de l'étendue du dommage. Cette observation peut être généralisée selon nous. La doctrine explique de façon logique l'influence que peut avoir sur le droit à réparation la situation de la victime au regard du service dommageable¹²²⁰.

Plus la victime tire avantage du service qui l'atteint dans ses droits, moins celle-ci est protégée en raison de l'équilibre à maintenir dans le principe d'égalité devant les charges publiques. Si la victime tire avantages du service, la proportion de charge qu'elle supporte pour ce service lui procure plus d'avantage que ceux qui n'en bénéficient pas et contribuent tout autant aux charges. La réparation étant aussi un bénéfice que l'on tire du service, il apparaît logique de tenir compte de l'avantage que la victime a pu déjà obtenir du service par son utilisation. La responsabilité procède alors de la justice distributive.

Ainsi justifie-t-on la différence de traitement entre la victime usager du service qui doit prouver une faute de celui-ci et le tiers qui bénéficie d'une présomption de

¹²¹⁹Cf. R. LATOURNERIE, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, R.D.P. 1945, p. 297. Voir aussi F. MODERNE, *La distinction du tiers et de l'usager dans le contentieux des dommages de travaux publics*, C.J.E.G. 1964, p. 677.

¹²²⁰ Ce fondement est peu discuté et ses partisans sont fort nombreux : R. ODENT, *Contentieux administratif, Les cours de droit*, fasc. IV; A. DE LAUBADERE, J-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, L.G.D.J. 1984, p. 744; M. ROUGEVIN-BAVILLE, Rép. Dalloz, resp. de la Puiss. Publ. Resp. sans faute; P. TIRARD., *De la responsabilité de la puissance publique. Essai d'une théorie générale*, th. Paris, 1906.

responsabilité¹²²¹. La distinction est systématique en matière de dommage de travaux publics¹²²². « Le tiers victime d'un dommage ne doit pas supporter plus que sa part dans les charges d'un travail bénéficiant à la collectivité tout entière [...] Mais l'usager, qui profite du travail, de l'ouvrage, doit pouvoir supporter une part plus forte que le tiers dans ces charges [...] pour rétablir l'égalité des charges par rapport aux avantages [...] c'est ce que l'on entend décider en lui laissant le poids des risques normaux que comporte l'usage de l'ouvrage. »¹²²³.

L'influence de l'idée se limite apparemment à ce contentieux. Cependant, si l'on admet que cette construction repose sur le fondement du principe d'égalité, on doit regretter que l'idée ne soit pas appliquée dans d'autres régimes de responsabilité. Or, bien qu'elle ne soit pas invoquée dans ce cas précis, elle pourrait aussi justifier indirectement le régime de réparation favorable aux collaborateurs du service public.

Les collaborateurs de la puissance publique victimes de dommages contribuent au service par leurs efforts en sus de leur contribution normale de citoyen. A leur égard, la responsabilité est pratiquement engagée de plein droit. Soit le collaborateur est un agent permanent du service et en ce cas il profite du forfait automatique de pension, soit il bénéficie de la jurisprudence *Cames* dans le cas où aucun régime d'accident du travail ou de forfait ne s'applique à lui.

Notons que le fait que la collaboration soit de nature contractuelle n'empêche pas d'ailleurs qu'elle puisse faire naître une responsabilité sans faute, régime très favorable pour la victime¹²²⁴. L'existence d'un contrat n'est pas suffisante pour considérer que doit être garantie une réparation inconditionnelle car en définitive le contrat peut-être aussi bien l'occasion de limiter les droits que celle d'en octroyer.

C'est avant tout la situation concrète de la victime qui importe. Si l'on veut faire reposer ce régime de responsabilité de plein droit à l'égard des collaborateurs sur le principe de répartition équitable entre les charges et les avantages, il faudrait tenir compte du bénéfice que le collaborateur tire de l'existence du service pour apprécier l'étendue de ses droits, il faut savoir par exemple si le contrat est à titre gratuit ou onéreux. De la sorte, le bénévolat est

¹²²¹ Solution acquise depuis C.E., Sect., 7 nov. 1952, *Grau*, Rec. p. 503.

¹²²² Elle remonterait aux conclusions RIVET sur C.E., 20 mars 1926, *Grimaud*, R.D.P. 1926, p. 260.

¹²²³ Note P. L. sous C.E., 13 mars 1936, *Ministre de la guerre c/Soulier*, S.1936,3, p. 49.

¹²²⁴ Des hypothèses de responsabilité administrative contractuelle sans faute sont reconnues par la jurisprudence administrative dans le cas de résiliation unilatérale dans l'intérêt général : Voir Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, th. Economica 1989, p. 147 et s.

récompensé par une responsabilité de plein droit¹²²⁵. Or, la jurisprudence applique ce régime favorable aussi aux agents permanents rémunérés¹²²⁶ et aux collaborateurs occasionnels intéressés¹²²⁷. Ne paraît ainsi pas étonnant le régime de responsabilité dont la Cour de cassation a usé récemment à l'égard d'un mandataire judiciaire¹²²⁸. Pourtant ce collaborateur est permanent et tout à fait intéressé. Une telle victime devrait prouver une faute toutes les fois qu'elle subit un dommage au cours de sa mission de collaboration¹²²⁹. Néanmoins, il est intéressant de relever que le juge judiciaire adhère à cette idée que le collaborateur occasionnel a droit à être protégé de plein droit du seul fait de la collaboration. Cependant l'idée de répartition des charges et des avantages a pu reparaître dès qu'il s'est agi d'élargir le champ d'application de ce régime à des personnes n'ayant prêté qu'un concours bref et intéressé. Malgré les oppositions de la doctrine et de certains commissaires du gouvernement, le Conseil d'Etat a pourtant finalement reconnu la qualité de collaborateur méritant protection à des personnes ayant secouru leur propre parent par intérêt personnel par conséquent¹²³⁰. Il semble donc que le principe de l'équilibre entre charges et avantages afférents au service public ne fonde pas cette responsabilité puisque la réparation est assurée de la même manière tant aux collaborateurs bénévoles qu'aux plus intéressés.

Pourtant cela ne signifie en rien que le principe d'égalité ne joue pas. En effet, la doctrine explique finalement cette largesse par l'idée de risque. C'est parce que la collectivité tire profit des risques pesant sur les agents du service public qu'il est équitable qu'elle en assume la charge. Ne peut-on pas alors comprendre que le collaborateur paye de sa personne pour l'avantage de tous¹²³¹? N'est ce pas en réalité cette même idée que les risques professionnels, qu'ils soient ceux de l'entreprise privée ou du service public, contribuent à la

¹²²⁵ Pour une illustration récente concernant les visiteurs hospitaliers aidant bénévolement les malades handicapés : C.E., 31 mars 1999, *Hospices civils de Lyon*, A.J.D.A. 1999, p. 528 ; D.A. 1999, n° 236.

¹²²⁶ C.E., 21 juin 1895, *Cames*, Rec. p. 109, concl. Romieu ; S.1897,3, p. 33, note Hauriou; D. 1896,3, p. 65, concl. Romieu.

¹²²⁷ C.E., Sect., 26 fév. 1971, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Aragon*, Rec. p. 172 ; A.J.D.A. 1971, p. 177 et p. 156 chron. Labetoulle et Cabanes: l'expert judiciaire, qui en cette qualité a subi un dommage a droit à l'indemnisation du fait de l'insolvabilité de la partie qui lui doit ses honoraires.

¹²²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor*, D. 1997, p. 83, note A. Legrand. Cf. Cass. Civ. 23 nov. 1956, *Trésor public c/ Giry*, G.A.J.A. 1999, p. 537.

¹²²⁹ La faute lourde est ici exigée en vertu de l'article 781-1 du code d'organisation judiciaire. Faute lourde vraisemblablement constituée en l'espèce dans le détournement de pouvoir dont a été victime le mandataire « boycotté » par les juges commerciaux. En effet s'il est exact que la répartition des mandats soit discrétionnaire, il apparaît que le requérant était en opposition avec la justice commerciale à raison de la voie tout à fait inhabituelle qu'il avait empruntée pour parvenir sur la liste des mandataires inscrits.

¹²³⁰ C.E., Sect., 1^{er} juil. 1977, *Commune de Coggia*, Rec. p. 301 sur conclusion contraire de M. Morisot. Voir aussi C.E., 22 juin 1984, *Mme Nicolai*, Rec. p. 729.

¹²³¹ Au sens large, il s'agit de tout geste d'aide au service public qui contribue au prestige et confort des Français, même à l'étranger. Voir C.E., Sect., 13 janv. 1993, *Mme Galtié*, Rec. p. 11 ; R.F.D.A. 1994, p. 91, note P. Bon :

richesse et au confort de tout le corps social ? Si l'on raisonne à une échelle très globale on peut le concevoir ainsi. C'est alors indirectement le principe de corrélation entre les charges et les avantages qui fonde cette responsabilité-là. Cela devient très visible lorsque le risque dépasse beaucoup l'ordinaire. Si le risque pesant sur le collaborateur permanent du service apparaît exceptionnel, alors les limitations habituelles de responsabilité ne jouent plus. En témoignent les indemnités accordées dans le cadre du risque exceptionnel à des fonctionnaires dont les biens à l'étranger ont été pillés en raison de l'ordre qu'ils avaient reçu de demeurer en poste en dernier dans des régions en proie aux troubles¹²³².

Le principe d'égalité devant les charges publiques serait-il l'explication définitive de la prise en compte de la situation de la victime par rapport au service ? Ce principe découlant du solennel article 13 de la Déclaration française des droits de l'homme instaurant l'égalité devant tout impôt peut-il être appliqué dans une acception aussi large ? Quelques auteurs ont soulevé certaines incohérences graves de cette construction¹²³³. Il apparaît difficile pour certains de rattacher le principe d'égalité devant les charges publiques à un quelconque texte. Mais on sait que ce genre de constat n'est jamais décisif, car ce que les hommes décident entre eux, ils ne l'écrivent pas toujours. Certes l'article 13 de la Déclaration française des droits de l'homme n'envisage que les charges fiscales, mais le principe d'égalité inspiré de l'équité est au cœur de beaucoup d'autres textes. C'est devant l'ensemble des lois que les citoyens sont égaux. Dès lors que l'on abolit les privilèges, il faut admettre que chacun doit supporter sa part de charges dans la vie sociale, mais pas plus que sa part. Cette critique n'est donc pas pertinente.

La critique portant sur l'utilisation pratique des distinctions entre usagers et tiers apparaît mieux fondée. Il semble qu'en droit positif la notion de tiers ne soit fréquemment opératoire que dans les cas de dommages de travaux publics. En effet par ailleurs, de fait, les cas d'application du régime de responsabilité sans faute pour situation et choses dangereuses vis-à-vis des tiers demeurent relativement rares en pratique, proportionnellement au volume

mère d'élève ayant subi un accident au cours d'une sortie scolaire organisée par le lycée franco-hellénique d'Athènes.

¹²³² C.E., Sect., 19 oct. 1962, *Perruche*, Rec. p. 555. – C.E., A., 16 oct. 1970, *Epoux Martin*, Rec. p. 593 ; J.C.P. 1971, II, 16577 concl. Braibant, note Ruzié.

¹²³³ Notamment C. EISENMANN, *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949, I, 742 et 751. Et R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse Paris, L.G.D.J. 1957, p. 342 à 346.

du contentieux¹²³⁴. Ceci a permis à la doctrine de rejeter parfois l'idée que nous défendons selon laquelle l'ensemble du droit administratif de la responsabilité repose sur le principe « stipulé » d'égalité des administrés. En outre, comme le relève la doctrine, la notion de tiers est subtile et empirique. La notion de tiers a un « caractère négatif et résiduel : le tiers c'est celui qui ne peut être considéré ni comme un participant, ni comme un usager »¹²³⁵. Or, la qualification d'usager peut s'avérer assez délicate. On peut par exemple être usager d'un ouvrage sans être usager du service qui l'utilise¹²³⁶. On peut être tiers par rapport à une canalisation et usager d'une autre qui appartient au même service. A l'égard d'une explosion produite par une fuite de gaz chez un voisin, un abonné de Gaz de France a la qualité de tiers¹²³⁷. Comment expliquer une telle solution par l'idée de bénéfice et de profit ?

A la vérité, cette pratique de qualification de la situation du requérant constitue un moyen commode de jouer sur le droit à réparation dans certains cas. Le Conseil d'Etat adopte parfois une démarche plutôt pragmatique, qualifiant selon son vouloir les victimes de tiers ou d'usagers. Ainsi, en matière d'allongements de parcours dommageables¹²³⁸, on a même pu soutenir que le rôle de la distinction n'est pas parfaitement clair et que la qualité d'usager n'est pas toujours un obstacle au droit à réparation¹²³⁹.

Nous pensons qu'il existe d'autres raisons complémentaires servant à déterminer l'étendue du droit à réparation des victimes. Le principe d'égalité suffit certes dans certains cas que nous venons d'évoquer concernant le sort des tiers, mais il ne permet pas de rendre compte de la plus ou moins grande sévérité des jugements qui frappent les usagers. Au sein de cette catégorie il semble que l'on puisse encore faire des distinctions qui n'ont plus rien à voir avec le principe d'égalité. Il a semblé ainsi à J. MOREAU qu'il existât une distinction entre « usagers bénéficiaires » et « usagers provocateurs » dont dépendait parfois la sévérité du juge¹²⁴⁰.

Le principe d'égalité ne permet pas d'expliquer non plus la sévérité des tribunaux à l'égard de la catégorie des participants au travail public à qui l'on refuse tout régime de

¹²³⁴ Par exemple, on relève peu d'application de cas de responsabilité sans faute du fait d'utilisation d'engins dangereux par la police car la notion est entendue restrictivement.

¹²³⁵ M. PAILLET, op. cit. p. 139 n° 290 et s.

¹²³⁶ C.E., Sect., 24 nov. 1967, *Demoiselle Labat*, Rec. p. 444.

¹²³⁷ C.E., 27 juil. 1988, *Gaz de France c/ Da Silva*, Lexilaser n°78.718.

¹²³⁸ Cf. infra p. 460 et s.

¹²³⁹ M. PAILLET, op. cit., p. 144 n°301.

¹²⁴⁰ En matière de responsabilité pour renseignements erronés et de responsabilité relative à la police de la tranquillité : J. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1957, p. 151.

responsabilité sans faute¹²⁴¹. Ne peut-on trouver une explication commune à la distinction des tiers et des usagers et à celles des agents collaborateurs et des participants ? Il faut trouver d'autres éléments d'explication. En définitive, l'influence de la situation de la victime sur son droit à réparation pourrait s'expliquer aussi par la différence d'intensité des relations qu'elle a avec le service public.

B) L'explication par le lien subjectif avec la puissance publique

J. MOREAU a ouvert une voie intéressante pour expliquer la prise en compte de la situation de la victime. L'étendue de la responsabilité se mesurerait moins à l'aune des obligations pesant sur l'administration qu'à celle des droits reconnus aux victimes selon leur situation. Bien sûr, obligations et droits sont les deux faces d'un même miroir, et renverser le raisonnement habituel ne le fait pas changer de nature. Mais, de cette façon l'accent est mis sur la préexistence des droits de l'individu dont découlent les obligations de l'administration. Ce n'est plus la puissance publique qui accorde des droits mais le citoyen qui impose des obligations. C'est là un choix dogmatique. Ce que nous relevons, c'est qu'en envisageant le problème de la responsabilité du côté de la victime, on met le doigt sur la subjectivité de sa situation.

La subjectivité de la situation de la victime peut-elle lui conférer une meilleure protection face à l'action de la puissance publique ? Théoriquement cela est concevable. On serait tenté d'imaginer que l'administré qui consent à ses rapports avec la puissance publique, tel celui qui est lié avec elle par un contrat particulier, posséderait alors plus de droits que ceux qui le sont moins intensément. Il est à ce propos intéressant de constater que de nombreux progrès du droit de la responsabilité administrative ont d'abord eu lieu dans le domaine contractuel au profit de réels titulaires de contrats administratifs, avant d'être reconnus en matière extra-contractuelle. Par exemple, la responsabilité du fait de la loi venant modifier les conditions d'exécution du contrat a donné lieu à indemnité il y a plus de 140

¹²⁴¹ Celui qui prend part à l'exécution de travaux publics en tant que professionnel doit prouver une faute imputable au maître de l'ouvrage ou à l'entrepreneur C.E., 6 juin 1962, *EDF c/ Malfait*, Rec. p. 377.

ans¹²⁴². La théorie du cumul de responsabilités, la responsabilité du fait d'un règlement légal, celle du fait d'un traité, furent aussi initiées dans le cadre contractuel¹²⁴³. De fait, le contrat peut générer une responsabilité étendue parce qu'il permet la responsabilité sans faute pour simple illicéité, même si en pratique, le contrat avec la puissance publique est surtout l'occasion de délimiter fortement les droits subjectifs.

Il est assez fréquent qu'une victime liée très étroitement avec le service public soit moins bien protégée contre le risque de dommage que d'autres personnes moins en rapport avec l'administration. Ainsi l'on remarque que si les agents publics - selon nous liés à l'administration par un contrat administratif - sont toujours indemnisés en cas de dommages subis, les tiers qui ne sont pas liés au service par un contrat spécial sont eux mieux protégés encore. De même, l'usager dont nous soutenons qu'il jouit d'un contrat avec le service est moins bien traité que le tiers. C'est qu'il ne faut pas oublier que le titulaire d'un contrat n'est pas toujours de ce fait dans une situation plus favorable, surtout en droit public.

Le contrat ne reflète souvent pas autre chose que le rapport de force qui existe entre les parties. Le statut particulier d'une catégorie de victime peut donc être moins favorable comme plus favorable selon les cas. C'est pourquoi on ne peut faire jouer qu'un rôle indirect à cette explication par le rapport contractuel. Un contrat est évidemment le moyen idéal de limiter les droits et les obligations des parties puisqu'on leur donne alors un cadre limité. Les parties qui précisent leurs rapports dans un statut s'enferment alors dans une loi. L'usager accepte ainsi la loi du service qu'il utilise, tandis que le tiers lui n'accepte aucun statut particulier. Nous pensons que plus la situation de la victime est encadrée juridiquement par un statut personnalisé et adapté à sa situation, plus son droit à réparation est alors strictement délimité. Ce pourrait être là une justification de la règle très stricte de primauté de la responsabilité contractuelle sur tout autre contentieux¹²⁴⁴.

Selon notre optique, ce qu'il importe de retenir dans la situation de la victime c'est l'impact de son acceptation, de son consentement à subir la loi du service et les risques qu'elle comporte. Cela renvoie à l'étude du fait causal de la victime et à celle de la prévisibilité du

¹²⁴² C.E., 16 juil. 1857, Rec. p. 547, cité par P. TIRARD, op. cit. p. 239.

¹²⁴³ Respectivement : C.E., 6 mai 1921, *Cie PLM*, R.D.P. 1921, p. 510. – C.E., 6 déc. 1907, *Grandes cles de chemin de fer*, R.D.P. 1910, p. 653 - C.E., 22 déc. 1961, *SNCF*, R.D.P. 1962, p. 646.

¹²⁴⁴ C.E., 6 mai 1921, *Cie P.L.M.*, R.D.P. 1921, p. 510. – C.E., 22 déc. 1922, *Lassus*, R.D.P. 1923, p. 427 concl. Corneille. – C.E., 13 déc. 1972, *Compagnie d'assurances maritimes, aériennes et terrestres*, Rec. p. 805. – C.E.,

dommage qu'elle pouvait s'attendre à subir¹²⁴⁵. Supposons pour l'instant qu'en réalité le juge tient compte d'une certaine participation de la victime à l'accident. Peut-on parler d'une acceptation des risques ? L'idée est encore floue mais sans doute proche de la réalité. La victime usager n'est pas étrangère à son dommage, elle en est toujours une cause plus efficiente. *A priori* le fait de l'usager a plus de pouvoir actif que le fait du tiers dans la réalisation du dommage causé par le service. Or, cette part de causalité qui est sanctionnée par la diminution des chances d'indemnisation résulte du lien « obligationnel »¹²⁴⁶ étroit qui lie l'usager au service. C'est une causalité qui a les mêmes effets qu'une acceptation des risques bien que l'on ne puisse user de cette idée dans ce contexte. En effet, la participation à une activité à risques n'emporte pas formellement acceptation des risques mais nécessairement contribution à l'accident. L'usager adhère sans discussion à une activité de service public, il participe aux risques normaux que comporte l'ouvrage en ce sens qu'il en est une cause puisque l'ouvrage répond à sa demande.

Pour le participant c'est bien le problème de causalité qui pourrait expliquer les solutions assez sévères¹²⁴⁷. Le participant est celui qui prend part à l'exécution des travaux en tant que professionnel, en en retirant un avantage quelconque¹²⁴⁸. Rémunéré, il bénéficie d'un régime légal de protection, mais pour le surplus ses demandes en réparation se heurtent toujours à la preuve d'une faute imputable au maître de l'ouvrage ou à l'entrepreneur de travaux publics concerné¹²⁴⁹. Il en demeure ainsi même si la chose à l'origine du dommage est une chose dangereuse¹²⁵⁰. Pour M. PAILLET cette sévérité s'explique bien par la considération que le participant n'est pas complètement étranger au risque créé¹²⁵¹. L'ouvrier le sait car il connaît les risques de son métier, il connaît son statut « obligationnel » avec la puissance publique. On pourrait de même expliquer par la causalité que l'agent soit considéré comme usager de l'ouvrage que constitue le local où il exerce ses fonctions¹²⁵².

1^{er} déc. 1976, *Berezowski*, D. 1978, p. 45. - C.E., 30 mai 1986, *Min. des PTT c/ Saleg*, A.J.D.A. 1986, p. 466 obs. J. C. - T.C., 2 juil. 1984, *Wagner c/ commune de Hombourg*, J.C.P. 1985, II, 20425, note J.-Y. P.

¹²⁴⁵ *Infra* p. 528 et s.

¹²⁴⁶ Par lien « obligationnel » nous entendons lien constitué d'obligations réciproques dont la nature contractuelle ou non n'est pas déterminée.

¹²⁴⁷ M. PAILLET, *op. cit.*, n°288, p. 138.

¹²⁴⁸ Cf. G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit Dalloz 1996, p. 48 : Sont dans ce cas, l'entrepreneur, l'architecte, l'ouvrier, le livreur de matériaux, le fonctionnaire surveillant les travaux.

¹²⁴⁹ C.E., 15 déc. 1937, *Préfet de la Gironde*, Rec. p. 1044.

¹²⁵⁰ C.E., 6 juin 1962, *EDF c/ Malfait*, Rec. p. 377.

¹²⁵¹ *Précité*.

¹²⁵² C.E., 9 mars 1962, *Dame Dorso*, Rec. p. 164.

Mais notre présentation pourrait paraître bien éloignée de la réalité si elle était mal comprise. Par exemple, il est certain que parfois le participant aura à prouver une faute alors qu'il n'aura joué absolument aucun rôle dans son accident. A l'inverse, le tiers peut avoir joué sur le cours des événements un rôle non négligeable et revendiquer le régime favorable de responsabilité sans faute. La difficulté de notre analyse réside dans la confusion qu'il ne faudrait pas faire entre la prise en compte du fait causal de la victime au stade exonératoire et le choix du régime de responsabilité que la doctrine fonde sur des considérations générales objectives et non concrètes subjectives.

Il ne s'agit pas dans notre explication du choix de régime de responsabilité de reprocher une quelconque faute à la victime, mais plutôt de tenir compte des choix du destin, c'est-à-dire d'accepter de laisser non réparé au titre de la responsabilité des dommages qui ne sont pas le fait de l'administration. Il n'y a pas de raisons de traiter pareillement deux victimes dont l'une était exposée aux accidents de par son métier¹²⁵³ ou son activité et l'autre nullement. Pour l'une le dommage n'est pas imprévisible¹²⁵⁴, pour l'autre au contraire il l'est. Finalement, il faut avoir à l'esprit que le tiers est à ménager plus que l'utilisateur parce qu'il accepte moins le fonctionnement d'un service qu'il n'utilise pas. Il nous semble donc que plus une victime est liée étroitement avec le service public, plus ses droits à réparation sont dépendants de limites statutaires, et plus on peut lui opposer son propre comportement participatif à l'activité génératrice du risque.

Si subtile qu'elle soit, la construction que nous proposons ne correspond hélas qu'à un modèle idéal de responsabilité. Certes elle va plus loin que la traditionnelle explication par les charges et les avantages afférents au rapport du citoyen avec la collectivité, mais dans la pratique on relève qu'il y a de nombreuses considérations qui peuvent expliquer l'importance que joue la situation de la victime dans son droit à réparation. D'ailleurs, à partir de ce constat la doctrine choisit d'expliquer l'incidence de la situation de la victime par des règles peu

¹²⁵³ On peut considérer que le collaborateur occasionnel de l'administration doit effectivement jouir d'une réparation facilitée contrairement au participant qui lui est toujours un professionnel. La prise en compte concrète de la profession des victimes dans l'appréciation du droit à réparation est d'ailleurs très fréquente de la part du juge administratif. Cf. J. MOREAU, th., précitée p. 112.

¹²⁵⁴ Dans une certaine mesure c'est à la victime de s'assurer contre les risques de sa profession, c'est du moins l'attitude diligente qu'elle pourrait avoir. En tout état de cause, elle bénéficie en principe d'un régime de réparation forfaitaire au titre de la législation sur les accidents du travail ou de sa qualité d'agent public. L'exigence de la faute n'intervient donc que pour l'action en complément d'indemnités. Cf. G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit, Dalloz 1996, p. 48.

théoriques construites pour rendre compte du détail des solutions¹²⁵⁵. Le fondement général de la responsabilité serait impuissant à en expliquer toutes les finesses. Il n'y aurait donc pas à ce stade de théorie générale de la responsabilité administrative.

Cette impression est confortée par la multiplication des régimes législatifs d'indemnisation qui ne tiennent aucun compte de la situation de la victime par rapport au service pour lui accorder le bénéfice d'un régime de réparation sans faute. Cependant nous avons précisé que la loi peut déroger aux règles normales de la responsabilité et même sortir totalement de ce cadre conceptuel. C'est d'ailleurs son rôle légitime de compléter les mécanismes de responsabilité par des systèmes de garantie. Les deux sont des instruments complémentaires de réalisation du contrat social. En revanche, il apparaît totalement injustifié que le juge déroge lui-même aux concepts pour accorder des indemnités au titre de la « responsabilité » en vertu de règles qui n'en procèdent pas. De ce point de vue, la jurisprudence du Conseil d'Etat accordant l'indemnisation pour les accidents thérapeutiques subis à l'hôpital public ne fait que semer le trouble. En effet, depuis son retentissant arrêt *Bianchi*¹²⁵⁶, la Haute Juridiction accorde un régime de responsabilité sans faute à l'utilisateur du service public. Mieux encore, depuis 1997 la réparation est accordée dans les mêmes conditions à l'utilisateur « provocateur », c'est-à-dire celui qui fait appel au service public sans besoin médical¹²⁵⁷. Nous ne pouvons qu'espérer que cet « accident » jurisprudentiel¹²⁵⁸ ne contaminera pas les règles cohérentes de la responsabilité et que le peuple viendra dire clairement que ce risque-là fait partie du volet « garantie » du contrat social et non du volet « responsabilité »¹²⁵⁹. En tout état de cause, la théorie contractualiste des droits à indemnisation reconnus contre la puissance publique permet la synthèse entre les deux systèmes qui tous deux relèvent de la protection concrète des atteintes aux droits subjectifs. Elle permet aussi de faire le lien entre développement du contentieux de la légalité et de la responsabilité en les replaçant dans la perspective occidentale de développement de l'Etat de droit, concept par lequel la recevabilité des actions est élargie et de nombreuses solutions de responsabilité éclaircies sous un jour nouveau, celui de rapports puissance

¹²⁵⁵ A. BOCKEL, *Sur le rôle de la distinction du tiers et de l'utilisateur dans le droit de la responsabilité publique*, A.J.D.A. 1968, p. 437.

¹²⁵⁶ C.E., A., 9 avr. 1993, *Bianchi*, Rec. p. 126, concl. Daël ; A.J.D.A. 1993, p.383, chron. Maugüé et Touvet ; R.D.P. 1993 p.1099, note Paillet ; D. 1994,S.C., p.65, obs. Bon et Ternyre ; J.C.P. 1993,II,22061, note Moreau.

¹²⁵⁷ Il s'agissait d'une intervention chirurgicale de circoncision demandée pour raisons religieuses :C.E., Sect., 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, A.J.D.A., 1997, p. 1016 ; Gaz. Pal. 8-10 mars 1998, p. 31, note Hermon ; D. 1998, J, p. 146, note Ph. Chrestia.

¹²⁵⁸ Il s'agit d'un accident du au retard pris par législateur dans l'adoption d'une loi relative à l'indemnisation du risque médical, actuellement toujours en débat.

¹²⁵⁹ Voir D. PHILIPP, *De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques*, R.D.P. 1999, p. 593.

publique/administrés repensés¹²⁶⁰. Elle présente donc pour l'étude des conditions de la responsabilité administrative un intérêt non négligeable.

SECTION 2

L'INTERET D'UNE REFERENCE AUX DROITS SUBJECTIFS

La notion d'obligation renvoie au concept complémentaire de droit. « Toute responsabilité est finalement la sanction de certains droits »¹²⁶¹. « La catégorie des droits des administrés subjectifs à obtenir réparation des dommages qui leur sont causés par le fonctionnement d'un service public ne constitue qu'une espèce particulière appartenant au genre constitué par les droits subjectifs au fonctionnement des services publics et à ses prestations. »¹²⁶². Cette affirmation signifie que le droit à réparation découle du droit au fonctionnement normal du service. Si nous démontrons l'existence de ce droit au fonctionnement normal comme un droit subjectif que l'on ne peut retirer à l'individu, nous aurons démontré l'existence du droit à réparation en tant que droit lui aussi « inaliénable ». Nous voulons dire par-là que si la responsabilité est finalement la sanction du respect des droits subjectifs, nous pouvons alors en déduire que les droits subjectifs ne sont pas octroyés unilatéralement par l'Etat, nous serons alors en présence d'une trace supplémentaire de ce que la responsabilité s'inscrit dans le cadre d'un contrat social.

Quelques grands publicistes ont nié l'existence de droits publics subjectifs préexistants au droit objectif avec des arguments très pertinents¹²⁶³. Le contexte du droit public est d'ailleurs favorable à cette négation car l'idée de souveraineté s'oppose à ce que des administrés puissent exiger de l'administration qui leur est toujours supérieure. Cette conception a inspiré la distinction tranchée en droit public entre les « droits subjectifs » dont

¹²⁶⁰ « La multiplication des droits reconnus aux particuliers a donc pour effet une évolution nécessaire du rapport de responsabilité entre l'Etat et les particuliers ». H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999, p. 471.

¹²⁶¹ J. MOREAU, *Que sais-je?*, p. 83.

¹²⁶² R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, 4^{ème} éd. L.G.D.J., 1943, p. 114.

¹²⁶³ Notamment L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, 3^{ème} éd. Fontemoing, 1927, p. 213 à 239. Et H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Dalloz 1962, p. 179 et s.

la défense relève du plein contentieux et le simple « intérêt » qui ne permet que la contestation des excès de pouvoir. La nuance entre les deux notions n'est pourtant pas impérissable, et il existe actuellement un mouvement de remise en cause de la distinction des contentieux subjectifs et objectifs qui pourrait bien puiser dans le débat que nous nourrissons.

Envisagée à notre façon, la conception que l'on doit avoir du contentieux de la responsabilité apparaît plus subjective. La nature subjective du contentieux sera accentuée si l'on peut établir que le droit subjectif « préexiste » à l'obligation qui engendre la responsabilité. Pour cela nous devons montrer que l'existence du droit subjectif lésé est une condition de la responsabilité (§1), puis nous exposerons en quoi ce renversement de la présentation classique peut jouer un rôle dans les règles contentieuses (§2).

§ 1 Le droit subjectif lésé comme condition de la responsabilité

La démonstration générale de l'existence de droits subjectifs en matière de responsabilité suppose d'établir que ces droits sont la cause des obligations de l'administration et non l'inverse, en ce que la puissance publique répond de leur protection par sa gestion (A). Quant au droit à réparation proprement dit, il résulte de ce que l'atteinte à l'un quelconque des droits subjectifs constitue une condition nécessaire de la responsabilité (B).

A) L'administration gérante des droits subjectifs

Le professeur Roger BONNARD a magistralement démontré l'existence des droits subjectifs des administrés¹²⁶⁴. D'une manière générale, la réflexion sur les droits publics subjectifs s'est heurtée au problème de la liaison de l'Etat par le droit. En effet, si des droits

¹²⁶⁴ *Les droits publics subjectifs des administrés*, R.D.P. 1932, p.695.

subjectifs existent, c'est parce que le droit objectif les proclame et les protège¹²⁶⁵. Pourtant cela ne signifie pas que ces droits subjectifs sont inféodés au droit objectif, car c'est pour eux que ce dernier fut inventé. La vie en groupe n'a d'autre objectif que l'accomplissement de chaque individu. Ce n'est pas parce qu'il y a obligation qu'il y a droit mais parce qu'il y a droit qu'il y a obligation. En effet, à la réflexion les règles du droit public pourraient bien n'exister que dans le but de bénéficier aux administrés. En droit allemand, telle est la conception¹²⁶⁶. On peut, selon nous, admettre sans réserve que finalement les droits de l'individu ne cèdent pas le pas devant les droits de l'Etat car « il n'y a pas d'intérêt plus grand, plus sacré que le respect du droit et la société n'a pas d'autre mission que de garantir les droits de l'homme »¹²⁶⁷.

A l'exemple des maîtres de l'école des droits subjectifs qui ont prolongé la réflexion de SERRIGNY depuis 1865¹²⁶⁸, nous pensons que les administrés ont un véritable droit au respect de la légalité et non un simple intérêt. Cette position fut défendue par le commissaire du gouvernement GENTOT chargé de conclure sur la délicate affaire *Sastre*¹²⁶⁹. Dans le cas précis du droit à l'application d'un règlement légal méconnu par l'administration, le Conseil d'Etat retient que le « défaut d'application d'une réglementation a pu causer [...] un préjudice certain et particulier ; que ce préjudice, en raison de son caractère spécial, ne saurait, dans la mesure où il présentait une gravité suffisante être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés ». Certes cette affaire ne concernait pas directement le droit à la contestation des actes illégaux mais on peut y voir tout de même la contestation du maintien d'une situation illégale¹²⁷⁰. S'il existe un droit à l'application des règlements légaux, celui-ci est subjectif puisqu'il existe aussi un droit à la non-application des règlements illégaux, droit qui est subjectif lorsqu'un requérant en conteste l'application à son égard.

En matière de « responsabilité civile administrative », Roger BONNARD apporte quelques précisions¹²⁷¹. La particularité des droits subjectifs à réparation est qu'ils découlent

¹²⁶⁵ Ce sont les conclusions de R. BONNARD, *ibid.* p. 727. ainsi que celles de DUGUIT et KELSEN précitées.

¹²⁶⁶ Cf. M. FROMONT, *Le principe de sécurité juridique*, A.J.D.A. 1996, p. 179.

¹²⁶⁷ R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Sirey, 1911. p. 328.

¹²⁶⁸ Voir P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J. 1964, p. 415.

¹²⁶⁹ C.E., A., 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des finances et ville de Bordeaux c/Sastre*, Rec. p. 334.

¹²⁷⁰ Le contentieux n'était pas né d'un refus exprès de faire appliquer le règlement d'interdiction mais simplement du refus d'indemniser ceux des intéressés qui avaient respecté la loi quand d'autres, avantagés par leur situation illicite, s'étaient enrichis.

¹²⁷¹ *Cours*, p. 114.

d'une source particulière qu'est la responsabilité d'une personne. Le droit est subjectif parce qu'il est créé « dans l'intérêt de la partie lésée ». Selon l'auteur en revanche la condition de l'intérêt fait défaut lorsque l'obligation de réparer existe en vue de donner satisfaction à l'intérêt général, lorsqu'il s'agit de faire cesser un trouble social. Ainsi, dans ce cas il n'y aurait pas droit subjectif. On ne peut partager ce point de vue si on considère que la responsabilité en droit public satisfait toujours l'intérêt général, car la puissance publique ne répare jamais si elle n'y trouve pas quelque intérêt¹²⁷².

On peut d'ailleurs comprendre pourquoi les actes d'autorité auront toujours une plus grande prépondérance à exclure ou réduire la responsabilité. La moindre responsabilité pour ces actes ne s'explique pas par la souveraineté conçue abstraitement, mais plutôt par cette certitude que la situation juridique des individus est moins forte, moins solide, devant ces actes. Au regard du principe de sécurité juridique, ces actes heurtent des droits moins subjectifs¹²⁷³. Du reste, si ces droits sont moins assurés c'est parce qu'ils sont opposés à ceux de la société qui sont supérieurs. Aussi est-ce dans les domaines d'activité les plus régaliens que l'Etat voit sa marge d'irresponsabilité fondre le moins rapidement. Par exemple, la faute lourde résiste uniquement pour les activités les plus essentielles à la survie de la société étatique, de même le dommage réparable est apprécié avec certaines rigueurs dans le domaine fiscal.

Les rapports d'inégalité entre l'administré et l'administration confèrent à celle-ci des privilèges mais aussi de nombreuses obligations. Par rapport à la loi c'est la puissance publique qui est même la mieux obligée parce que si toute personne est présumée connaître la loi, la puissance publique, elle, dispose d'une position privilégiée en ce qu'elle participe à son élaboration quand elle ne la produit pas elle-même, tandis que l'administré est un sujet passif de la loi. L'un manipule la règle de droit activement, l'autre la subit passivement. En tout état de cause, l'adage nul n'est censé ignorer la loi impose à l'administration de ne pas transgresser les règles, mais il ne peut s'emparer aussi rigoureusement de l'administré dans la situation de passivité où l'administration lui applique le droit. Relisons le clairvoyant Maurice HAURIOU : « Lorsqu'un administré est, vis-à-vis de l'administration, dans des rapports de gestion, non pas de sujétion, il peut être considéré comme s'en remettant à l'administration du soin d'interpréter les lois qui régissent leurs relations réciproques »¹²⁷⁴.

¹²⁷² Voir supra première partie chapitre 1.

¹²⁷³ P. TIRARD, th. citée, p. 136.

¹²⁷⁴ M. HAURIOU, note au S. 1904,3,124.

C'est une présomption tirée de la réalité quotidienne que les administrés doivent pouvoir s'abandonner avec confiance à la gestion de l'administration¹²⁷⁵. La source de cette confiance provient de la gestion d'affaires que la puissance publique accomplit pour les membres de la société¹²⁷⁶. Assumant une activité de service, la puissance publique crée pour l'usager un droit subjectif, car celui-ci est en « droit de compter » sur elle, « tous les sujets qui ont intérêt à la marche du service sont dans la situation de gens dont l'affaire est gérée ; si elle est mal gérée, ils ont droit à des dommages et intérêts »¹²⁷⁷. L'éminent professeur résumait son propos simplement par l'opinion que si la puissance publique décide de gérer tel service elle doit assumer efficacement ou ne pas le faire.

La jurisprudence sur l'obligation de signalisation des dangers en fournit un bon exemple. L'administration n'est tenue de mentionner que les dangers « excédant ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement par leur prudence se prémunir »¹²⁷⁸. Le standard de la normalité sera ici encore l'instrument privilégié des tribunaux. L'administré ne doit pas être un assisté, il doit se prémunir contre les risques normaux auxquels il peut s'attendre. En revanche l'administration est fautive lorsqu'elle n'informe pas d'un danger anormal parce que l'on est en droit de penser que de tels dangers sont signalés.

Si l'administration n'a rien promis, ne s'est pas engagée, elle n'est pas responsable. Ainsi, lorsque l'administration rend un service bénévolement, l'administré n'est pas en droit d'attendre un résultat particulier. Dans l'hypothèse où un administré se plaint d'un renseignement erroné fourni gracieusement par le service public, l'erreur commise ne peut être qualifiée de fautive puisque l'activité n'étant pas organisée, il n'est qu'une légère obligation de ne pas nuire, obligation de moyens. Le dommage qui survient ne résulte pas de la violation de l'attente légitime mais de l'imprudence de la victime qui aura tenu pour officiel ce qui ne l'est pas. En l'absence d'obligation de renseignement, sous-entendu de renseignement exact, la responsabilité n'est pas engagée¹²⁷⁹. En revanche si l'activité source

¹²⁷⁵ En découle le principe à valeur constitutionnelle de l'intelligibilité, de clarté et d'accessibilité de la loi : DC 99-421, 16 déc. 1999, *loi portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*. - D.C. 98-407, 14 janv. 1999, *loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux*.

¹²⁷⁶ Opinion d'un auteur réfléchissant au développement de la théorie du risque au début du siècle : « La puissance publique n'est qu'une gérante d'affaires, elle gère un patrimoine commun dans l'intérêt de la collectivité et son action n'a d'autre but que l'intérêt général » : L. FEUGEY, *Le développement jurisprudentiel de la théorie du risque en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique (en dehors des travaux publics)*, th., Lille 1927, p. 150

¹²⁷⁷ Ibid.

¹²⁷⁸ C.E., 26 fév. 1969, *veuve Gravier*, Rec. p. 760. - C.E., 11 juin 1969, *Commune de Cournon d'Auvergne*, Rec. p. 760. - C.E., 30 janv. 1980, *Consorts Quiniou*, Rec. p. 629.

¹²⁷⁹ C.E., Sect., 22 mai 1939, *La Soie artificielle de Valenciennes*, Rec. p. 346. - C.E., 31 mai 1950, *Grenolleau*, Rec. p. 331. Voir P. DI MALTA : *Les renseignements administratifs*, D. 1964, chron. p.225. Sur la question des

de renseignements administratifs est organisée, même sans textes, la responsabilité du service est possible parce que la confiance légitime sera née chez les usagers.

Nous venons d'indiquer que le caractère légitime de l'attente de l'administré s'apprécie au regard de l'expérience, il provient autant des usages juridiques que des normes écrites comme il en est d'ailleurs dans la responsabilité née des quasi-contrats. Plus l'action du service public est potentiellement utile, plus on est en réalité en droit de compter dessus. La qualité de la gestion s'apprécie service par service, mission par mission. Le service public gérant ne répond en principe que de ses fautes envers les gérés en ce qu'il agit de manière désintéressée et utile pour les usagers qui en bénéficient. A l'égard de ceux qui n'en tirent pas de profit direct, les tiers notamment, le service peut répondre sans faute des préjudices qu'il cause.

A présent que nous avons montré les conditions aisément remplies de l'existence de droits subjectifs pour les administrés, il nous paraît possible d'avancer, sans crainte de contredire le principe désormais général de responsabilité de l'administration, que la lésion d'un droit subjectif est une condition nécessaire de la responsabilité.

B) La lésion du droit subjectif comme condition nécessaire de la responsabilité

La doctrine contemporaine pense généralement que la violation d'un droit n'est pas une condition nécessaire de la réparation¹²⁸⁰. En réalité, il ne serait fait référence occasionnellement aux droits de la victime que par commodité de raisonnement jurisprudentiel¹²⁸¹. De fait, on trouve des arrêts se référant à la méconnaissance par

renseignements la jurisprudence est difficilement exploitable car elle est embrouillée par le problème de la preuve, celle de la teneur des renseignements, celle du lien causal etc. La plupart du temps on ne sait pas très bien ce qui motive le rejet des actions.

¹²⁸⁰ Répertoire Dalloz responsabilité de la puissance publique, *Préjudice réparable*, n°283 ; R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse Paris, L.G.D.J. 1957, p. 478 et s ; G. GEST, *Violation d'un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique*, R.D.P. 1981, p. 1645.

¹²⁸¹ Cf. J.-C. HELIN, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, th. Nantes, 1969.

l'administration d'un droit d'un administré pour en conclure à la faute de service¹²⁸². De même, le constat de l'inexistence du droit prétendument violé, conduit le juge à rejeter la faute¹²⁸³.

Il existe effectivement de nombreuses hypothèses où la victime est indemnisée alors que sa situation est précaire et qu'elle ne dispose pas de droit acquis à son maintien. On cite à titre d'exemple la responsabilité de la puissance publique à l'égard des permissionnaires et concessionnaires de voirie pour dommages de travaux publics ou retrait prématuré de leur autorisation¹²⁸⁴. De manière semblable, le riverain d'une autoroute perdant un accès à la voie publique serait parfois indemnisé sans avoir perdu pour autant un droit puisque dans cette hypothèse c'est la loi elle-même qui prévoit la disparition de ce droit d'accès¹²⁸⁵. Ces personnes sont réputées n'avoir aucun droit acquis au maintien de leur situation et sont pourtant indemnisées dans certaines conditions.

En outre on peut soutenir que le fait de relever que le droit de la victime a été lésé n'aurait pour intérêt que d'établir la certitude de son préjudice. De la même manière opposer l'absence de droit appartenant à la victime consacrerait le caractère discrétionnaire de l'acte de l'administration mis en cause et par conséquent l'absence de caractère certain du préjudice dans la mesure où rien ne permet de penser que la décision régulière de l'administration eut été différente¹²⁸⁶.

Nous ne sommes pas convaincu par ces exemples ou plutôt par la conclusion qui en est tirée que l'existence du droit lésé de la victime n'est pas toujours nécessaire pour obtenir réparation. On trouvera dans la thèse de M. DEGUERGUE quelques arguments pour se convaincre du contraire¹²⁸⁷.

¹²⁸² C.A.A., Nancy, 14 janv. 1991, *Mme Edith Lejeune*, R.F.D.A. 1992, p. 804 : méconnaissance des « garanties médicales que les malades sont en droit d'attendre d'un service hospitalier ». - C.E., 17 fév. 1988, *Laporte*, R.D.P. 1989, p. 540 : droit du justiciable nanti d'une décision de justice de bénéficier du concours de la force publique.

¹²⁸³ C.E., 5 mai 1965, *Commune de Méandre*, Rec. p. 261 : absence de droit au renouvellement d'une subvention. - C.E., 17 fév. 1992, *Croset*, R.D.P. 1993, p. 259 : absence de droit à l'application d'un barème en vue de la mutation d'un enseignant.

¹²⁸⁴ C.E., Sect., 19 déc. 1952, *Saurel*, Rec. p. 593; R.D.P. 1953, p. 519.

¹²⁸⁵ C.E., 29 mai 1974, *Reyboz*, Rec. p. 326. - C.E., 30 juin 1976, *S.A.R.L. Martinet*, Rec. p. 345.

¹²⁸⁶ Voir par exemple l'hypothèse de l'abandon de projet justifié par l'intérêt général : T.A., Paris, 14 oct. 1997, *Société Eiffage et Spie-Batignolles*, Rec. tables p. 1062.

¹²⁸⁷ Op. cit. p. 408 à 415.

Autrefois doctrine et jurisprudence s'accordaient à penser que la lésion d'un droit était nécessaire¹²⁸⁸. Cela se traduisait par la célèbre jurisprudence *Delle Rucheton* dans laquelle la demande en réparation de son préjudice par la concubine d'une victime directe de l'administration était écartée en vertu d'une affirmation de principe des juges suprêmes selon laquelle : « pour obtenir en justice la réparation d'un préjudice, il ne suffit pas d'un intérêt, mais [...] il faut pouvoir justifier d'un droit lésé »¹²⁸⁹. Certes, dans le contexte de l'époque, l'irrecevabilité de l'action de la concubine obéissait sans doute à quelques considérations extra-juridiques qui entament la fiabilité de l'exemple, mais les auteurs généralisaient à l'envi le principe, et nous pensons que l'idée de normalité le permettait. Bien sûr avec l'admission progressive de l'action de tout type de victime par ricochet cette jurisprudence a été formellement abandonnée¹²⁹⁰.

Certes, l'inexistence d'un droit de créance alimentaire vis-à-vis de la victime directe n'est plus un obstacle à l'action en responsabilité¹²⁹¹, mais cela n'interdit pas que l'action de la victime par ricochet soit fondée sur un droit subjectif qui serait lésé. Si ce n'était pas le cas chacun pourrait demander réparation du décès du tout venant. Or, il n'en est rien puisque seule la victime indirecte placée dans une situation légitime juridiquement protégée par le juge peut être indemnisée¹²⁹². Or, un intérêt légitime juridiquement protégé n'est rien d'autre qu'un droit subjectif établi par le droit objectif¹²⁹³.

Ainsi le cas des permissionnaires de la voie publique ne fait pas exception à la nécessité d'un droit lésé pour l'action en responsabilité. En réalité ces personnes sont bien titulaires depuis très longtemps d'un droit à la jouissance paisible sur la dépendance qu'ils occupent en dehors des hypothèses où leur droit à indemnisation est expressément exclu par la jurisprudence¹²⁹⁴. Là encore c'est la notion d'anormalité qui fixe les limites de « la ligne de

¹²⁸⁸ En ce sens M. HAURIOU, *Précis*, 7^{ème} éd. 1911, p. 484 ; C.-A. COLLIARD, *Le préjudice en droit administratif*, th. Paris, Dalloz, 1938., p. 84 et s. ; F.-P. BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé. Problèmes de causalité et d'imputabilité*, J.C.P. 1957,I,1351 §12.

¹²⁸⁹ C.E., 11 mai 1928, *Delle Rucheton*, Rec. p. 607 ; D.P. 1929,3, p. 6, concl. Andrieux.

¹²⁹⁰ C.E., 25 janv.1952, *Simon*, D. 1952, p. 549, note Morange.

¹²⁹¹ C.E., Sect., 3 mars 1978, *Dame Müesser*, Rec. p. 116 ; A.J.D.A. 1978, p. 232 et chron. Nauwelaers et Dutheillet de Lamothe ; J.C.P. 1978,II,18986, concl. Dondoux ; C.J.E.G., 1978, p. 123, note Le Galcher-Baron.

¹²⁹² Par exemple un cousin peut être indemnisé de son préjudice moral à condition de prouver au juge son attachement à son parent éloigné, victime directe décédée : C.A.A., Paris, 6 juin 1995, *Rouyer et Roussel c/ Centre hospitalier spécialisé Esquirol*, Rec. tables p. 1034.

¹²⁹³ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant, L.G.D.J. 1997, p. 126 et s.

¹²⁹⁴ C.E., 1^{er} déc. 1920, *Chabrand*, Rec. p. 1016. – C.E., 7 déc. 1928, *Cie des tramways de Sète*, Rec. p. 1284 ; S. 1930,3, p.1.

précarité » des droits¹²⁹⁵, nous dirions pour notre part que le standard du normal détermine les bornes de ce à quoi l'occupant peut légitimement s'attendre à devoir supporter¹²⁹⁶.

Si la responsabilité administrative est toujours, comme nous le pensons, la sanction de la méconnaissance d'une obligation pesant sur l'administration, le principe de « corrélation entre obligation du service public et droit de l'usager implique nécessairement que le manquement à l'une entraîne *ipso facto* l'atteinte à l'autre »¹²⁹⁷. En tout état de cause, chaque fois qu'une illégalité administrative est reconnue, le droit subjectif de l'administré à ce que la légalité soit respectée à son égard est immanquablement violé¹²⁹⁸.

Au-delà des exemples épars, on pourrait se prévaloir des effets aléatoires des illégalités administratives sur le sort en responsabilité des décisions pour montrer que la seule violation de la légalité objective ne suffit pas si elle ne méconnaît pas en même temps le droit subjectif. On pourrait interpréter ainsi les jugements rejetant les actions fondées sur des irrégularités de forme ou de procédure d'actes justifiés au fond. L'illégalité produit sans doute un dommage, mais pour qu'il y ait préjudice réparable, il faudrait disposer au départ d'un droit subjectif au contenu de la décision ou à son absence¹²⁹⁹. Au fond, il faudrait faire ici application de la distinction entre simple dommage et préjudice, c'est ce que permet la référence au droit subjectif lésé. Faut-il voir ici une consécration de la distinction entre le dommage et le préjudice ? Sur ce point les avis sont partagés ; c'est peut-être que l'on ne distingue pas assez deux hypothèses selon l'étendue de pouvoir dont dispose l'administration.

Si l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, la victime n'ayant aucun droit certain à la décision bénéfique pour elle, ne peut pas démontrer positivement son préjudice car elle ne peut prouver que la décision eût été différente de ce qu'elle a été. Une décision irrégulière en la forme n'engendre la responsabilité que si par le respect des règles on eût abouti à une décision différente. En cas de pouvoir discrétionnaire de l'administration, le problème particulier est que l'on ne peut avoir aucune certitude absolue de ce que la décision aurait eu un contenu et surtout des conséquences différentes si elle avait été légale. La jurisprudence elle-même hésite. La plupart du temps, parce que c'est à la victime d'établir la

¹²⁹⁵ R. ALIBERT note sous C.E., 27 juil. 1935, *Soc. L'Electricité de Strasbourg*, S. 1937,3, p. 57.

¹²⁹⁶ Aujourd'hui la loi elle-même est venue consacrer le droit des permissionnaires sur le domaine public : Loi n°94-631 du 25 juil. 1994 relative complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droit réel sur le domaine public. Cf. A. FOURNIER et H. JACQUOT, *Un nouveau statut pour les occupants du domaine public*, A.J.D.A. 1994, p. 759.

¹²⁹⁷ M. DEGUERGUE, th. citée p. 412.

¹²⁹⁸ Ibid. p. 413.

¹²⁹⁹ Position qui semble séduire M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, n°458, p. 207.

certitude de son droit lésé, le juge tire de l'absence de droit acquis par avance, la conclusion qu'il n'y a pas de préjudice certain et donc pas de responsabilité possible¹³⁰⁰. Mais la sévérité n'est pas toujours la même dans tous les domaines. Ainsi, en cas de sanction prise sans respect des droits de la défense, le préjudice est réparable parce que les droits de la défense sont une étape essentielle du processus de sanction, une défense efficace pouvant remettre en cause la décision¹³⁰¹. C'est ici le classique problème de la preuve du préjudice¹³⁰².

Lorsque l'administration est dans une compétence liée, par exemple pour refuser un label ou une autorisation, le refus opposé irrégulièrement d'un point de vue procédural n'engendre pas la responsabilité¹³⁰³, parce que la décision n'eut pas été en tout état de cause différente. Ce qui fait donc défaut ici c'est la causalité entre l'irrégularité commise et le dommage. S'il y a un dommage il n'est pas la conséquence de l'illégalité, il n'est pas la conséquence de la violation d'un droit subjectif, partant il ne peut constituer un préjudice réparable.

En définitive, la véritable question qui apparaît dans ces hypothèses est de savoir si la seule méconnaissance du droit sans conséquence fâcheuse particulière pour la victime peut engendrer la responsabilité. Si l'on envisage la responsabilité dans son sens étroit d'obligation

¹³⁰⁰ Ainsi pour le cas d'un agent n'ayant pas de droit acquis à être nommé : C.E., 1^{er} déc. 1922, *Grellet c/ Hopital d'Elbeuf*, Rec. p. 900. – C.E., 29 nov. 1980, *Domergues*, R.D.P. 1981, p. 1091. Même solution pour l'étudiant n'ayant pas un droit acquis au renouvellement de sa bourse : C.E., 6 fév. 1959, *Boursin*, Rec. p. 97.

¹³⁰¹ N'est ce pas pour cela qu'il s'agit d'un principe général du droit ? Le Conseil d'Etat le sait bien et c'est pourquoi il répare le préjudice subi par un agent licencié irrégulièrement, car même si la décision peut être reprise régulièrement cela n'est pas certain : « Considérant que l'irrégularité commise, qui a eu une incidence sur la décision prise par le ministre de mettre fin aux fonctions de Mme Grenier, a constitué une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration » : C.E., 21 oct. 1983, *Grenier*, Rec. tables p. 855 : l'agent n'ayant pas été à même de présenter ses observations sur les fautes qui lui étaient reprochées, le doute lui profite. Mais le Conseil d'Etat ne paraît pas faire preuve de la même mansuétude envers d'autres personnes que les agents publics. Voir A. PLANTEY, *Traité théorique et pratique de la fonction publique*, t. 2, 2^{ème} éd. L.G.D.J., 1963, n°3121 et 3126. Il semble que le juge recherche si le non-respect des droits de la défense a réellement joué un rôle dans la prise de décision. S'il estime que la même décision eût été prise en tout état de cause, il peut logiquement écarter la réparation. Il en est ainsi si l'administration dispose d'un pouvoir tout à fait discrétionnaire. Voir C.E., 16 avr. 1975, *Secr. Etat à la Culture c/Association dite de la Comédie de Bourges*, R.D.P. 1975 p. 1747.

¹³⁰² On peut regretter que parfois le juge soit sévère avec la victime, lui demandant d'établir positivement son dommage tandis que parfois, il semble attendre la preuve inverse, c'est-à-dire que l'administration n'aurait pas agi différemment. Afin que toutes les victimes soient traitées équitablement par le juge sans distinction des contentieux particuliers il faudrait en ce domaine généraliser l'utilisation de la perte de chance. Chaque fois que l'on ne peut établir avec certitude que l'administration eut agi différemment on peut néanmoins défendre que la victime a été privée de certaines chances de ne pas subir un dommage ou d'obtenir un avantage. Voir : G. GEST, *Violation d'un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique*, R.D.P. 1981, p.1645. ; F. SALLET, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, Travaux et Recherches Panthéon-Assas, L.G.D.J. 1994.

de réparer pécuniairement un dommage, la réponse à cette question doit être négative. Mais dans un système conceptualisé comme contractuel, la simple constatation d'une situation illicite peut engendrer le droit à réparation.

Aussi, s'inspirant de modèles d'organisation étatique peu autoritaire, on pourrait appliquer au contentieux de la responsabilité administrative dans son ensemble le principe anglo-saxon du *breach of contract*. Le créancier d'un droit violé peut obtenir une réparation symbolique en l'absence de tout dommage particulier découlant de cette violation. Ce principe vaut pour les parties à un contrat lorsque l'une d'elles n'a pas rempli ses obligations, le droit du créancier est ainsi fondé sur la seule inexécution de l'obligation¹³⁰⁴. Cependant, rien n'interdit d'imaginer ce raisonnement en dehors de tout contrat formel.

Si l'on considère que le respect de la légalité objective est un droit subjectif pour l'individu, on doit concevoir une forme de sanction de l'illégalité objective par la responsabilité. La lésion d'un droit subjectif constituerait alors à elle seule le fait générateur de la responsabilité. En même temps, elle constituerait seule la violation de la norme objective. Elle pourrait aussi engendrer à elle seule une certaine forme de responsabilité. Cependant, en l'absence de dommage concret, cette responsabilité ne pourrait correspondre qu'à un certain mode de réparation en nature. La remise en l'état de l'ordonnement juridique avec effet rétroactif tel qu'il en est suite à toute annulation pour excès de pouvoir pourrait ainsi s'analyser en cette sorte de réparation¹³⁰⁵.

Selon nous, la lésion d'un droit subjectif peut engendrer en elle-même un préjudice à l'égard de l'individu¹³⁰⁶, donc la reconnaissance de la violation d'un droit subjectif pourrait même se traduire dans le plein contentieux proprement dit par une indemnisation symbolique indépendante de la réalité du préjudice subi¹³⁰⁷. Dans une certaine mesure, c'est peut-être ce qui se dessine dans le contentieux des atteintes aux droits de la personnalité. En effet, c'est le

¹³⁰³ Voir C.E., 2 mars 1988, *Exiga*, R.D.P. 1989, p. 555 : refus illégal du Conseil de l'Ordre de conférer la qualité de spécialiste à un médecin qui ne présentait de toute façon pas les conditions requises.

¹³⁰⁴ D. TALLON, *Pourquoi parler de faute contractuelle ?*, Ecrits en hommage à Gérard Cornu, PUF 1995, p. 429.

¹³⁰⁵ Cf. supra p. 192.

¹³⁰⁶ Le montant de la réparation ne devrait en tout cas provoquer aucun enrichissement de la victime, sans quoi la responsabilité envisagée changerait de nature, elle risquerait de conduire aux excès des dommages et intérêts punitifs pratiqués dans les pays de droit anglo-saxon. En tout état de cause, il est par ailleurs possible de considérer que ce genre de préjudice est un risque normal et mineur que chacun peut supporter dans le contrat social.

¹³⁰⁷ C'est ainsi que le juge administratif strasbourgeois accepte de réparer au franc symbolique en l'absence de tout préjudice établi l'atteinte à l'attente légitime du contribuable à qui les services fiscaux n'ont jamais signalé l'abandon d'un redressement dont il faisait l'objet. L'absence d'obligation textuelle de notifier l'abandon de la procédure n'est pas un obstacle au constat de la faute. T.A., Strasbourg, 14 mai 1996, *Buchlin*, R.J.F. 10/96 n°1209; BDCF 5/96, concl. Miet, p. 51.

mode de raisonnement qu'a clairement adopté la Cour de cassation dans une affaire d'atteinte à la vie privée où il était reproché à la cour d'appel d'avoir accordé une indemnité s'apparentant à une amende civile indépendamment de tout dommage réparable : « que selon l'article 9 du code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »¹³⁰⁸. Or, nous pouvons déceler une tendance nouvelle chez le juge administratif à indemniser de son côté le préjudice moral subi par l'administré à partir de la simple constatation que son droit protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a été enfreint¹³⁰⁹.

On le perçoit, l'intérêt d'une réflexion sur le fait générateur de responsabilité par le constat d'une situation illicite réside en ce que l'on peut engager la responsabilité sans nécessité de porter un jugement sur l'éventuel caractère fautif du comportement administratif¹³¹⁰. En cela elle permet de relativiser la distinction entre responsabilité contractuelle et extra-contractuelle à l'heure où l'ensemble du contentieux de la responsabilité paraît artificiellement séparé entre ces catégories et où la recevabilité des requêtes est toujours plus largement admise. Surtout, placer l'illicéité au cœur de la responsabilité s'inscrit dans une démarche moderne globale d'extension de la protection des droits des individus¹³¹¹, et doit avoir dès lors des conséquences sur les règles relatives à l'action en responsabilité, au risque de bousculer le droit administratif français.

¹³⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1996, *SNC Prisma Presse c/Mme G.*, J.C.P. 1997 n°22805.

¹³⁰⁹ Voir s'agissant de la violation du secret des correspondances : C.A.A., Bordeaux, 27 nov. 1995, *Philippe Bernardet*, Rec. tables p. 1026. – T.A., Versailles, 10 oct. 1997, *Mouesca*, Rec. tables p. 1061.

¹³¹⁰ C'est du côté de l'influence du droit communautaire que l'on peut d'ailleurs en trouver confirmation. Cf. H. CALVET, *Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire*, A.J.D.A. 1996, numéro spécial p. 95. De ce point de vue, est intéressante la voie suivie par la cour administrative d'appel de Paris dans une récente affaire condamnant l'administration à réparer la « situation illicite » créée par la non transposition d'une directive communautaire : C.A.A. Paris, 1^{er} juil. 1992, *Dangeville*, Rec. p. 555. Loin d'avoir adopté un raisonnement d'espèce, cette même cour a confirmé quelques mois plus tard cette nouvelle tendance : C.A.A., Paris, 12 nov. 1992, *Johny Walker and Sons Ltd et autres*, R.J.F. 1993, n° 469. Nous attendions avec impatience la position de la Haute Juridiction sur ce point, quand statuant en Assemblée du contentieux, le recours en cassation de la société Dangeville a été déclaré irrecevable pour une raison de procédure : C.E., A., 30 oct. 1996, *S.A. Jacques Dangeville*, A.J.D.A. 1996, p. 980, et p. 1045.

¹³¹¹ Voir H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999.

§ 2 Conséquences sur les règles relatives à l'action en responsabilité

Avancer l'hypothèse de relations toujours plus ou moins contractuelles et fondamentalement subjectives entre la puissance publique et ses victimes emporte différentes conséquences que l'on peut étudier à travers deux évolutions possibles du contentieux. D'une part, aborder le problème de la responsabilité par le droit subjectif peut conduire à l'élargissement de la recevabilité des actions en responsabilité (A). D'autre part, il conduit à discuter la pertinence de la distinction entre action contractuelle et non-contractuelle (B).

A) Les perspectives d'élargissement de la recevabilité des actions en responsabilité

Si on admet que toute atteinte à un droit justifie une responsabilité en ce qu'elle constitue un préjudice, on rend possible le rapprochement de la notion de grief utilisée dans le contentieux de l'excès de pouvoir et celle de préjudice utilisée dans le contentieux de la responsabilité. Partant, on peut proposer une interprétation du déclin des actes insusceptibles de recours (1), ainsi qu'un éclaircissement du rapprochement du contentieux de l'excès de pouvoir et du contentieux contractuel (2).

1) Le déclin des actes insusceptibles de recours par le concept de droit subjectif lésé

Dans un certain nombre d'Etats européens la responsabilité n'est encourue par la puissance publique que si celle-ci enfreint une règle qui confère un droit subjectif au requérant¹³¹². Or, nous remarquons qu'en France la même limitation des possibilités de

¹³¹² Par exemple en Italie, au Luxembourg et en Angleterre. Cf. F. FINES, *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté Economique Européenne. De la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Paris, Bibliothèque de droit international public, L.G.D.J. 1990, p. 188. Voir aussi : F. SCHOCKWEILER, G. WIVENES et J.-M. GODART, *Le régime de la*

contestation contentieuse valait au début du recours pour excès de pouvoir, mais elle est vite apparue trop restrictive s'agissant d'un recours d'intérêt général¹³¹³. Il s'est donc produit depuis un glissement de vocabulaire pour distinguer l'intérêt à agir contre une décision faisant grief et le préjudice découlant du droit subjectif lésé. Mais cette distinction ne doit pas être exagérée. En effet, les seuls actes de l'administration qui ne sont pas susceptibles de contentieux, ne peuvent l'être qu'en raison de leur caractère non préjudiciable.

Ceci peut être affirmé si l'on fait une lecture attentive de la jurisprudence récente relative aux mesures dites d'ordre intérieur au fonctionnement de l'administration, c'est-à-dire toutes mesures qui ne font pas grief¹³¹⁴. En effet, la catégorie des mesures dont le juge ne voulait pas connaître parce qu'elles étaient de trop petit intérêt¹³¹⁵ s'est réduite à l'extrême avec deux arrêts de principe rendus le même jour par la Haute juridiction administrative réunie en Assemblée¹³¹⁶.

Il apparaît nettement dans les motifs des arrêts, que c'est bien moins la nature des mesures que leur impact sur leur destinataire qui commande la possibilité d'un recours, car le juge prend soin d'apprécier dans chaque espèce la portée des pertes de droits qui en découle¹³¹⁷. Certes les préjudices qui sont envisagés par le juge ne sont pas tous réalisés. Par exemple, la liberté d'aller et venir hors caserne n'est pas forcément exercée par les militaires, de même les détenus n'ont pas tous des visites et même lorsqu'ils se sont mal conduits,

responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne, R.T.D.E. 1990., p. 27.

¹³¹³ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1888, t. 2, p. 404.

¹³¹⁴ Au sens étroit où l'on peut être tenté de les cantonner, ce sont des mesures soit de faible importance, soit destinées à assurer la discipline au sein de services publics où elles sont « la force principale ». Cf. J.-Y. PLOUVIN, *Du possible déclin de la mesure d'ordre intérieur ?*, R.A. 1979, p. 49. Dans un sens large, on range dans cette catégorie, outre les mesures d'organisation interne et les instructions de services, les actes préparatoires, les circulaires purement interprétatives et les avis. Ex. C.E., 22 avr. 1970, *Société Etablissements Louis Remusat*, Rec. p. 265.

¹³¹⁵ *De minimis non curat praetor*.

¹³¹⁶ A propos d'une mesure de punition de cellule infligée à un détenu de Fleury-Mérogis et de même statuant sur le recours d'un militaire contre une punition des arrêts dont il faisait l'objet, le juge suprême déclare : « que, eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief ». C.E., A., 17 fév. 1995, *Marie*, Rec. p. 83 ; J.C.P. 1995, n° 22426. De même « tant par ses effets directs sur la liberté d'aller et venir du militaire, en dehors du service, que par ses conséquences sur l'avancement ou le renouvellement des contrats d'engagement, la punition des arrêts constitue une mesure faisant grief ». Voir aussi : C.E., A., 17 fév. 1995, *Hardouin*, Rec. p. 82, concl. P. Frydman ; A.J.D.A. 1995, p. 379, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl ; D. 1995, p. 381, note Belloubet-Frier ; J.C.P. 1995, n°22426, note Lacombe et Bernard.

¹³¹⁷ Bien sûr ce n'est pas le seul élément qui a provoqué l'inflexion de la jurisprudence. Ce que vise le terme « nature » de l'acte, c'est sans doute son caractère pénal au sens large qui implique la possibilité d'un recours juridictionnel selon la jurisprudence élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 6 de la Convention qu'elle fait respecter. Voir la note de M. LACOMBE et F. BERNARD, J.C.P. 1995, n°22426. Certes, l'article 6 concerne toutes les mesures assimilables à des sanctions pénales, ceci *a priori* indépendamment des dommages qu'elles causent. Mais on peut se demander pourquoi les actes à caractère pénal sont-ils ainsi garantis contre l'arbitraire, si ce n'est parce qu'ils sont forcément préjudiciables ? Là est le critère de leur identification selon nous.

l'administration reste libre de les faire bénéficier des réductions de peine. Il demeure que ces mesures ont au minimum un effet vexatoire qui est pris en compte par le juge de la même manière qu'un préjudice moral pourrait l'être dans une action en responsabilité. Il pourrait donc y avoir implicitement qualification de la mesure faisant grief en fonction de son caractère préjudiciable.

Auparavant la notion de mesure d'ordre intérieur faisait « trop fréquemment bon marché de la dignité des agents et usagers ». Une vexation injustifiée pouvait créer selon D. TRUCHET « plus de dépit que certaines décisions faisant grief. »¹³¹⁸. Si quelques arrêts sont allés parfois en ce sens, il serait en revanche logique qu'à l'avenir toute vexation préjudiciable puisse faire l'objet de recours¹³¹⁹. Mais pour cela il faut accepter l'idée que la seule violation d'un droit subjectif est une raison suffisante pour prononcer une sanction qui est de réparer les conséquences dommageables en résultant¹³²⁰, étant entendu par ailleurs que toute violation d'un droit subjectif doit être présumée causer un préjudice¹³²¹ au moins symbolique, au moins moral.

L'évolution mettant fin aux « fausses » mesures d'ordre intérieur sévissant dans le giron de l'armée et des prisons a été remarquée comme un notable revirement de jurisprudence¹³²², mais l'idée que la mesure cesse d'être qualifiable de mesure d'ordre intérieur en fonction de la gravité de ses conséquences n'est pas nouvelle. Ainsi, c'est « en raison de sa nature et de sa gravité », qu'une mesure d'exclusion définitive d'un établissement d'enseignement est susceptible de recours¹³²³.

Nous pensons que les notions de grief et de préjudice peuvent ainsi se confondre, comme en témoigne les propos d'un annotateur de l'arrêt *Spire* : « On imagine mal qu'une mesure de trop faible importance pour faire grief puisse provoquer un préjudice [...] Si l'on admet qu'une mesure d'ordre intérieur peut provoquer un dommage, ne doit-on pas admettre aussi qu'elle peut faire grief »¹³²⁴. Dans sa décision isolée de 1978, le Conseil d'Etat avait

¹³¹⁸ Note sous C.E., 9 juin 1978, *Spire*, A.J.D.A. 1979, n°5, p. 93.

¹³¹⁹ Serait généralisée la solution de C.E., Sect., 1^{er} avr. 1977, *Deleersnyder*, A.J.D.A. 1977, p. 506. Une enfant malade se voit refuser la possibilité de partir en classe de neige, le recours contre la mesure est recevable.

¹³²⁰ B. STARCK, *Droit civil, responsabilité délictuelle* par H. ROLAND et L. BOYER, 2^{ème} éd., Litec, 1985, n°59, p. 35.

¹³²¹ La Cour de cassation vient de confirmer que la seule violation d'un droit de la personnalité ouvre droit à réparation : Cass., 1^{ère} civ., 5 nov. 1996, *SNC Prisma Presse c/Mme G*, J.C.P. 1997, n°22805.

¹³²² Sur C.E., A, 27 janv. 1984, *Caillol*, Rec. p. 28, pour le service pénitentiaire, et sur C.E., 13 juil. 1968, *Chenal*, Rec. p. 446, pour les mesures disciplinaires à l'armée.

¹³²³ C.E., 10 fév. 1960, *Gilles*, R.D.P. 1960, p. 859. Confirmé à propos du port d'insignes religieux par C.E., 10 mars 1995, *Aoukili*, Rec. p. 122 ; A.J.D.A. 1995, p. 332 concl. Aguila ; D. 1995, p. 365, note Koubi.

¹³²⁴ D. TRUCHET, note précitée.

semblé accepter l'examen sur le fond d'une demande en réparation pour une mesure de réorganisation d'un service préjudiciable aux attributions d'un fonctionnaire. C'était au prix d'une distinction illogique proposée par le commissaire du gouvernement selon qui un détenu ne pourrait jamais contester les mesures de punition qui le frappent mais en demander seulement réparation par la suite : « Si un détenu qui est gravement malade est placé au mitard et non à l'infirmerie il ne peut contester devant le juge administratif la légalité de la décision le concernant. Mais nous ne voyons pas pourquoi il ne pourrait critiquer la faute »¹³²⁵.

Répétons-le, une telle conception française d'un contentieux de la responsabilité « pansement palliatif » ne permettant pas de remettre en cause les illégalités commises est dépassée et contraire à l'idée d'Etat de droit¹³²⁶.

Selon nous, les véritables mesures d'ordre intérieur doivent se circonscrire comme les autres actes ne faisant pas grief, tel que les actes préparatoires. Les mesures préparatoires sont considérées comme ne faisant pas grief parce qu'elles ne sont pas exécutoires. Ceci n'empêche pas que ces actes engendrent des dommages. Songeons à des projets de grandes opérations d'aménagement tel que le tracé d'une autoroute. De fait, des biens immobiliers peuvent perdre de leur valeur en raison de l'aléa qui concerne l'environnement prochain des biens. Les futurs riverains de ces ouvrages peuvent en perdre le sommeil...

Ainsi, les dommages qui découlent de mesures *a priori* peu importantes ont toutes les chances de n'être que des dommages moraux. Et nous voyons qu'un acte qui ne fait pas grief au sens où il ne modifie aucune situation juridique peut néanmoins causer des dommages. Mais ces dommages ne sont pas des préjudices du simple fait d'être ressentis très durement car alors ils sont subjectivement liés à d'autres causes psychologiques propres aux victimes. Par ailleurs, ce ne sont pas des dommages anormaux en ce que, en tout point du territoire chacun peut souffrir des conséquences d'un projet d'intérêt général en préparation. L'administration a le droit de causer ces dommages et même le devoir de préparer

¹³²⁵ Concl. GENEVOIS, R.A. 1978, p. 634.

¹³²⁶ Elle ne peut pas perdurer au sein d'une Europe dont le droit est guidé par l'idée de garantie des droits. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le recours en responsabilité n'est pas un recours secondaire, mais une véritable voie de droit permettant de rétablir les équilibres rompus. Cf. H. MUSCAT, op. cit., p. 425.

minutieusement ces décisions. C'est seulement en cas d'abus¹³²⁷, ou éventuellement de fautes que le droit à réparation peut naître¹³²⁸.

En définitive, toute la question est de savoir si un acte peut à la fois ne pas atteindre un individu dans ses droits tout en lui causant un préjudice. Parce que les dommages se distinguent des préjudices, on peut considérer que les actes préparatoires, lorsqu'ils engendrent de simples dommages normaux ne font pas grief, et qu'en revanche lorsqu'ils lèsent un droit, causent en ce cas des préjudices ; dès lors, ils ne sont plus des mesures d'ordre intérieur et peuvent engendrer la responsabilité¹³²⁹.

On voit qu'il peut y avoir extension de la responsabilité administrative si par l'idée de droits subjectifs lésés engendrant en eux-mêmes la responsabilité on réduit le nombre d'actes insusceptibles de recours. Précisons que si dès qu'une mesure cause un préjudice même symbolique, elle fait grief, l'inverse n'est pas exact. En effet, la notion d'intérêt à agir contre un acte faisant grief justifiant le recours en annulation restera plus large que celle de préjudice qui ne doit pas être confondu avec le simple intérêt lésé. Le recours pour excès de pouvoir est d'intérêt général et doit être ouvert largement sans que le requérant justifie d'un droit subjectif lésé.

2) *Le rapprochement de l'excès de pouvoir et du contentieux contractuel*

Admettre que la responsabilité administrative naisse de la violation des droits subjectifs des administrés conduit à supposer une situation contractuelle. Ceci suffit pour la doctrine à condamner la thèse des droits subjectifs¹³³⁰. C'est qu'il y a là une grande crainte de voir bouleverser les plus solides traditions juridiques, notamment celles relatives à la distinction des contentieux contractuel et extra-contractuel. Mais, en droit administratif le

¹³²⁷ Prise de décision trop lente engendrant les charges que ne doivent pas normalement supporter les administrés. La plupart du temps, l'administration dispose d'un délai raisonnable de quelques années, délais que tend à réduire la jurisprudence de plus en plus et au-delà duquel l'abstention peut être une faute. Ex: C.E., 21 mai 1954, *Depommier*, Rec. p. 290. Voir aussi C.E., 24 juin 1992, *Soulat*, A.J.D.A. 1992, p. 691.

¹³²⁸ Manque d'information, fourniture de renseignements erronés. Ex: C.E., 15 juil. 1957, *commune de Tinquieux*, R.D.P. 1957, p. 711.

¹³²⁹ Voir les arrêts postérieurs à 1995 qui pour juger irrecevables les recours contre les mesures d'ordre intérieur recherchent au fond si elles ne constituent pas un détournement de pouvoir ou une sanction déguisée, c'est-à-dire une atteinte au droit subjectif de voir respecter la légalité des motifs à son égard. C.E., 14 avr. 1999, *Duchêne*, CFP juin 1999, p. 28. Pour des exemples *a contrario* où la qualification de mesure d'ordre intérieur est rejetée : C.A.A., Nantes, 19 nov. 1998, *Boissy*, D.A. 1999, n°93. - C.A.A., Bordeaux, 8 mars 1999, *Département des Hautes-Pyrénées*, Lexilaser n°98BX00900.

recul de la séparation du contentieux contractuel et du contentieux extra-contractuel est déjà amorcé et s'accélère¹³³¹.

Par exemple, la règle stricte selon laquelle les personnes non parties à la signature d'un contrat ne peuvent en discuter directement les effets ou l'absence d'effet, la validité ou les conséquences dommageables devant le juge habilité à en interpréter l'étendue, cette règle est battue en brèche. Certes, cette séparation stricte des recours a connu ses justifications pertinentes. Elle servait d'argument principal à la négation de l'existence de situations contractuelles entre les usagers et les services publics dans la pensée de L. DUGUIT¹³³². En effet, selon la jurisprudence traditionnelle, entre cocontractants le recours pour excès de pouvoir est exclu tandis qu'il est la seule voie indirecte de contestation possible pour les tiers au contrat qui peuvent faire annuler au mieux les actes administratifs qui en sont détachables¹³³³. Dès lors, si la jurisprudence n'ouvre la voie d'une contestation qu'au seul recours pour excès de pouvoir, c'est pour DUGUIT la preuve que le requérant n'est pas dans une situation contractuelle. Inversement, le cocontractant de l'administration est jugé irrecevable à contester les décisions concernant l'exécution de son contrat par une autre voie que celle du plein contentieux contractuel ; c'est l'exception de recours parallèle.

Mais, entendue très largement, la théorie des actes détachables vient ruiner l'argumentation de L. DUGUIT. En effet, non seulement certains actes sont considérés comme détachables et susceptibles de recours pour excès de pouvoir pour les tiers¹³³⁴, mais encore ces mêmes actes sont aussi souvent jugés détachables pour les contractants eux-mêmes qui peuvent alors agir en excès de pouvoir¹³³⁵. La possibilité d'agir en excès de pouvoir n'est donc plus exclusive d'une situation contractuelle. Elle est d'ailleurs reconnue pour certains

¹³³⁰ M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, précité, p. 93.

¹³³¹ Sur le constat que le recours pour excès de pouvoir a perdu de son intérêt face aux progrès du plein contentieux et aux modifications de la répartition des compétences contentieuses, voir : M. BERNARD, *Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?*, A.J.D.A. 1995, p. 190 ; J.-M. WOEHRLING, *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?*, Mél. Braibant, Dalloz 1996 p. 777 ; B. PACTEAU, *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ?*, R.A. n° spécial 1999, p. 51.

¹³³² Cf. *Situation des particuliers à l'égard des services publics*, R.D.P. 1907, p. 411 et s. ; *De la situation juridique d'un particulier faisant usage d'un service public*, Mél. Hauriou, Sirey, 1929, p. 253.

¹³³³ C.E., 4 août 1905, *Martin*, Rec. p. 749, concl. Romieu ; S. 1906,3,49, note Hauriou ; D. 1907,3,49, concl. Romieu ; R.D.P. 1906, p. 249, note Jèze.

¹³³⁴ C.E., A., 10 juil. 1996, *Cayzeele*, A.J.D.A. 1996, p. 807.

¹³³⁵ C.E., 9 juin 1948, *Cousin*, Rec. p. 254. - C.E., 5 déc. 1958, *Secrétaire d'Etat à l'agriculture c. Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère*, Rec. p. 620 ; A.J.D.A. 1959,II,p. 57, concl. Kahn. - C.E., 25 mai 1979, *Mme Rabut*, Rec. p. 231, concl. Genevois. - C.E., 8 déc. 1989, *Mialhé*, Rec. p. 844.

contractants en dehors même de la théorie des actes détachables,¹³³⁶ ce qui relativise l'importance de la règle ancienne de l'exception de recours parallèle. Mieux encore, l'idée que les tiers au contrat administratif puissent en obtenir l'annulation pour excès de pouvoir apparaît aujourd'hui dans la jurisprudence au terme d'une lente mais certaine évolution.

Ces dernières années, dans une époque de transparence et de moralisation croissante des processus administratifs, la possibilité seulement indirecte de remettre en cause les contrats de l'administration intéressant les tiers est apparue insuffisante¹³³⁷. L'exigence d'un contrôle de plus en plus rigoureux des contrats de l'administration, notamment locale, a conduit par exemple à autoriser les préfets à déférer intégralement tout type de contrat des collectivités locales à la censure des tribunaux administratifs pour excès de pouvoir¹³³⁸. Or, de la manière la plus retentissante qui soit, cette même possibilité vient d'être reconnue pour les tiers ordinaires contre les contrats de recrutement d'agents publics territoriaux en raison de la nature particulière des rapports que font naître ces contrats¹³³⁹. On peut cependant interpréter ce revirement de jurisprudence comme une négation du caractère réellement contractuel des conventions de recrutement d'agents publics en raison de ce qu'elles ne font que soumettre les parties au contrat à un statut législatif prédéterminé. Mais on peut aussi imaginer qu'il ne s'agit que du début d'une évolution plus générale.

L'idée que le contenu de ces contrats dépend largement de dispositions unilatérales préexistantes a certainement joué un rôle indéniable. Cette présentation toute publiciste aurait lieu de satisfaire pleinement les autonomistes du droit administratif qui nient depuis toujours l'existence du contrat de fonction publique, mais nous ne voyons rien d'autre dans cette jurisprudence nouvelle que la consécration de la théorie du contrat d'adhésion en droit administratif. Nous avons d'ailleurs remarqué que la doctrine a su faire appel à cette idée pour justement expliquer les conquêtes du recours pour excès de pouvoir entre cocontractants concernant des actes qui seraient d'autant plus facilement détachables pour eux que le contrat

¹³³⁶ Cette exception est cependant cantonnée aux contrats conclus entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public : C.E., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, A.J.D.A. 1989, p. 317. – C.E., 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, R.F.D.A. 1992, p. 773.

¹³³⁷ A ce titre une affaire complexe a fait prendre conscience du véritable déni de justice provoqué par la jurisprudence actuelle. La décision d'une commune de conclure une vente immobilière irrégulière ayant été annulée en excès de pouvoir à la demande d'un candidat à l'acquisition, celui-ci ne put obtenir l'annulation de cette vente devant le juge du contrat qui se trouvait être le juge judiciaire. C.E., 27 nov. 1996, *Commune de Moulins c/ Mme Henriquès*, R.F.D.A. 1997 p. 353

¹³³⁸ C.E., 26 juil. 1991, *Commune de Sainte-Marie*, A.J.D.A. 1991, p. 693. – C.E., 4 nov. 1994, *Département de la Sarthe*, A.J.D.A. 1994, p. 898 concl. C. Maugué.

¹³³⁹ C.E., Sect., 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, A.J.D.A., 1998, p. 1041., chron., p. 969. ; R.F.D.A. 1999, p. 128 concl. Stahl.

serait d'adhésion¹³⁴⁰. Il faudrait admettre de manière générale que le contrat conclu par l'administration regarde toujours les usagers du service public qui ne sont pas de véritables tiers par rapport à ceux-ci. En somme, la distinction du contractuel et du non contractuel ne pourrait pas avoir la même acuité en droit public qu'en droit privé. On pourrait songer alors à qualifier ces situations plus ou moins hybrides de « métacontractuelles » afin de mieux proclamer l'inadaptation de la distinction entre responsabilité contractuelle et extra-contractuelle en droit administratif.

B) L'inadaptation de la distinction entre responsabilité contractuelle et extra-contractuelle

Il apparaît que la pertinence de la distinction entre responsabilité contractuelle et extra-contractuelle fait l'objet de débats passionnés aujourd'hui, mais uniquement en droit civil¹³⁴¹ (1). En effet, pour ce qui est du droit administratif, ce point révèle le cœur de son autonomie (2).

1) Le débat conceptuel initié par les privatistes

La doctrine privatiste n'a jamais cessé de se partager sur la pertinence de la séparation du contractuel et non contractuel¹³⁴². En effet, il est souvent apparu choquant que cette *summa divisio* conduise à traiter différemment des victimes d'accidents similaires selon qu'elles furent parties à un contrat ou non. Ces iniquités ont conduit doctrine et jurisprudence privatistes à échafauder des théories complexes telle que celle des groupes de contrat puis à

¹³⁴⁰ C'est l'explication avancée à propos du contrat d'abonnement téléphonique pour justifier le recours en excès de pouvoir contre la décision de le résilier : voir G.A.J.A. 1999, p. 87 commentaire sous l'arrêt *Martin* précité ainsi que C.E., 29 juin 1979, *Mme Bourgeois*, Rec. p. 293 ; A.J.D.A. 1980, p. 305, note Y. Brard.

¹³⁴¹ Cf. Ph. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, Dalloz 1998, n° 222. ; D. TALLON, *Pourquoi parler de faute contractuelle ?*, Ecrits en hommage à Gérard Cornu, PUF 1995, p. 429. E. SAVAUD, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, R.T.D.C. 1999, p. 1.

les abandonner pour se résigner à penser que la jurisprudence n'a parfois plus d'explication théorique à fournir à ses choix entre les deux types de responsabilité¹³⁴³. En outre, la mise en concurrence des deux systèmes de responsabilité aurait conduit à quelques surenchères et aberrations juridiques, comme par exemple le gonflement artificiel des obligations contenues dans les contrats.

Afin de surmonter ce problème certains auteurs tentent de gommer toute réelle distinction, tandis qu'à l'opposé, d'autres singularisent à tel point l'action qui naît de l'inexécution d'un contrat qu'ils nient qu'elle relève de la responsabilité. Pour résumer la controverse, on dira qu'il y a deux façons de concevoir l'obligation de répondre de l'inexécution d'un contrat. Soit l'on considère que cette obligation constitue la réparation d'un préjudice, soit l'on y voit plutôt la compensation par équivalent de l'avantage que l'obligation initiale devait procurer au créancier.

Dans la première conception, l'obligation de réparer est une obligation nouvelle et distincte de l'obligation initiale d'exécuter le contrat. Dès lors, la compensation due s'analyse en la réparation des conséquences de la violation d'une obligation préexistante, l'on peut dans ce cas parler de responsabilité et de faute. C'est une opinion admise classiquement que les deux types de responsabilité ne sont donc pas fondamentalement différents et que seules quelques règles issues du code civil impliquent des variantes de régime dans le détail¹³⁴⁴.

Dans la seconde conception, la compensation due est automatique dès lors que l'inexécution est bien imputable au débiteur et il ne sert à rien de nommer « faute » ce qui se déduit de la simple constatation d'un échec indépendamment de toute recherche subjective. Dès lors la responsabilité contractuelle en tant que telle n'existe pas et si l'inexécution du contrat cause d'autres dommages que la perte de la satisfaction de l'obligation pour le créancier¹³⁴⁵, alors il faut faire appel aux règles du droit commun de la responsabilité délictuelle.

¹³⁴² H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; obligations déterminées et obligations générale de prudence et diligence*, R.T.D.C. 1936, p. 1.

¹³⁴³ L'action directe dans les chaînes de contrats, reconnue au profit des sous acquéreurs d'une chose afin de les faire bénéficier des avantages du droit contractuel sur la garantie des vices, a donné lieu à de nombreux écrits, dont les plus marquants furent : B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J. 1975 ; J. NERET, *Le sous-contrat*, L.G.D.J. 1979 ; Lire G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ème éd. L.G.D.J. 1998, n°750.

¹³⁴⁴ H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t.2, premier volume, 7ème éd., Montchrestien 1985, p. 371. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, les obligations, t. 1 les sources*, Sirey 1988. G. VINEY, *Traité de droit civil, La responsabilité : conditions*, L.G.D.J. 1982.

¹³⁴⁵ On parle alors de « dommages et intérêts extrinsèques » : Cf. E. SAVAUX, précité, p. 21.

En droit public, la doctrine s'est dans son ensemble désintéressée de ce problème. Mais on peut se demander si elle n'a pas tranché la question implicitement par son silence. Comme l'avait remarqué Ph. TERNEYRE, il semble que pour la majorité des auteurs, « la responsabilité contractuelle relève non pas de la théorie générale de la responsabilité de l'administration, mais de la théorie générale du contrat ». Or, à bien regarder les ouvrages qui évacuent la question au stade de la responsabilité, on ne trouve quasiment pas non plus de développement sur la question dans l'étude du régime du contrat administratif¹³⁴⁶. Tout ce passe comme si l'inexécution du contrat se distinguait totalement de la responsabilité en droit administratif.

Ce n'est pas notre point de vue. Certes nous ne saurions prendre directement parti dans la controverse qui anime les civilistes tant elle est nourrie par d'éminents auteurs, mais nous savons en revanche qu'elle ne se pose pas du tout dans les mêmes termes en droit public. Une des motivations des défenseurs de la théorie de « l'inexécution contractuelle » en droit privé semble être la défense de la faute subjective comme caractéristique de la responsabilité. Sans doute souhaitent-ils réserver la notion de responsabilité à ce qui relève du délictuel ou quasi-délictuel, domaine dans lequel la faute conserve un sens fort. Or, cette conception de la faute ne correspond pas à celle développée par le droit administratif, sauf cas très marginal. Mais dans la mesure où le juge administratif a reproduit dans le contentieux de la responsabilité administrative la distinction instaurée par le code civil¹³⁴⁷, nous sommes tout de même conduit à discuter le bien fondé de cette séparation.

On pourrait prétendre que les aménagements particuliers du code civil concernant les conséquences de l'inexécution du contrat ne sont pas un obstacle à concevoir l'identité complète des deux types de responsabilité. Il existe bien des régimes législatifs de responsabilité très différents se substituant aux règles tant délictuelles que contractuelles du code, et néanmoins tous sont inclus dans la responsabilité quasi-délictuelle, c'est dire si les classifications ont été inventées par commodité¹³⁴⁸.

¹³⁴⁶ Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Th., Economica 1989, p. 10.

¹³⁴⁷ Voir G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit Dalloz 1996, p. 42.

¹³⁴⁸ P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, R.T.D.C. 1933, p. 627 et s.

De manière générale, le mouvement législatif remet lui-même en cause la distinction classique¹³⁴⁹. Nous songeons d'abord à la loi du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de véhicules car ce texte ne distingue pas entre les victimes selon qu'elles sont transportées en vertu d'un contrat ou non. Cette loi régit aussi les accidents causés par les services publics puisque depuis la loi du 31 décembre 1957 tout ce contentieux appartient au juge judiciaire. Toutefois, il faut noter que dans ce domaine le juge administratif défend sa compétence en recourant au principe de la primauté de la responsabilité contractuelle en cas de contrat administratif liant la victime et l'administration¹³⁵⁰. On le voit, il y a quelques bonnes raisons pour que le juge administratif ne renonce pas à la distinction des deux responsabilités. Cela dit, la juridiction administrative pourrait tout à fait conserver sa compétence sans accentuer l'artificielle distinction entre responsabilité contractuelle et extra-contractuelle si on mettait mieux en lumière que la responsabilité administrative repose fondamentalement sur des relations contractuelles de droit public. D'ailleurs, il apparaît que la distinction entre les deux systèmes est moins marquée en droit administratif qu'en droit civil.

2) *L'autonomie du problème en droit administratif*

S'il est exact que le juge administratif recourt à certains principes voire mêmes articles du code civil en matière de responsabilité contractuelle¹³⁵¹, il en est aussi d'autres pourtant significatifs qu'il n'applique pas, tel l'article 1150 limitant la réparation au caractère prévisible du dommage¹³⁵². Cela est possible parce qu'en réalité, en droit administratif la responsabilité contractuelle est beaucoup plus proche de la responsabilité extra-contractuelle que les deux ne le sont en droit privé.

¹³⁴⁹ Récemment La dernière harmonisation du droit communautaire en matière de responsabilité du fait des choses défectueuses confirme la volonté législative de ne pas traiter différemment les victimes selon qu'elles sont liées par un contrat ou non. Là encore on ne distingue plus selon que la victime est liée par un contrat avec le « producteur » de la chose. Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 incorporant la directive européenne du 25 juillet 1985 codifiée sous l'article 1386-1 à 1386-18 du code civil. Cf. J. GHESTIN, *De la responsabilité du fait des produits défectueux*, J.C.P. 1998, I, 148, p. 1201.

¹³⁵⁰ C.E., 11 janv. 1978, *Compagnie "Union et le Phénix espagnol"*, Rec. p. 6, concl. B. Genevois ; D. 1978, I.R., p. 219, obs. P. Delvolvé ; D. 1979, I.R. p. 51 obs. F. Moderne ; C.J.E.G. 1978, p. 67, note P. Sablière.

¹³⁵¹ Voir, A. DE LAUBADERE, *Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration*, études off à A. Mestre, Sirey 1956, p. 383. Par exemple il fait application de l'article 1153 du code civil concernant les dommages et intérêts moratoires : C.E., 11 janv. 1952, *Habib Bechara*, Rec. p. 30. - C.E., 21 mars 1973, *Société CFI Avignon*, Rec. p. 240. - C.E., 10 juin 1983, *Mme Perrus*, Rec. p. 252 ; R.D.P. 1984, p. 856. - C.A.A. Paris, 23 mai 1996, *Mme Grondin c/chambre d'agriculture de la Réunion*, Lexilaser N°94PA01284.

En droit public, les situations frontalières sont nombreuses concernant des contrats frappés de nullité, des relations pré-contractuelles et quasi-contractuelles¹³⁵³, notamment en ce que l'administration contractante peut multiplier les occasions de dommages causés à ses partenaires par ses activités extra-contractuelles. Nous pensons ici au problème du « fait du prince » qui génère une responsabilité contractuelle sans faute dans le cas de mesures légales prises par l'administration contractante bousculant les termes du contrat dans l'intérêt général avec dédommagement du cocontractant¹³⁵⁴. C'est en effet une particularité du droit public en raison de ce que les parties au contrat administratif ne sont pas égales et qu'en contrepartie des débits et obligations nouvelles que l'administration impose à ses partenaires dans l'intérêt général, ceux-ci ont droit à l'équilibre financier du contrat, c'est-à-dire à une indemnisation pour dommage causé¹³⁵⁵ sans faute. Comme l'avait remarqué A. DE LAUBADERE, ce qui apparaît remarquable dans ce système est que ce droit à l'équilibre financier contrepartie du dommage causé ressemble trait pour trait à l'application de la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques. « Le principe de l'équilibre du contrat joue ici à l'égard de la responsabilité sans faute le même rôle que joue dans la responsabilité extra-contractuelle le principe de l'égalité devant les charges publiques »¹³⁵⁶. Ainsi, le fondement immédiat possible de la responsabilité peut être le même dans les deux catégories de responsabilité, la faute ou la rupture d'égalité devant les charges publiques. Si l'on admet que rompre l'égalité devant les charges publiques est la violation d'une norme, on reconnaîtra alors dans toute responsabilité que celle-ci est engendrée par le dommage anormalement subi, illicite.

L'existence d'une responsabilité contractuelle sans faute témoigne à elle seule de l'inadaptation de la distinction du contractuel et de l'extracontractuel au particularisme du droit public. Malgré tout, la doctrine publiciste a toujours étudié distinctement les deux et le juge lui-même maintient des règles rigoureuses quant à la non-possibilité de cumuler les deux responsabilités¹³⁵⁷. De plus, il n'hésite pas à utiliser fréquemment le code civil en matière de

¹³⁵² Selon Ph. TERNEYRE, th. précitée p. 174 et 175. Et J. DEVAUX note sous C.E., 12 juin 1925, *Epoux Grandclément c/ l'Etat*, D. 1927,3, p. 41.

¹³⁵³ M. PAILLET, *La Responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996, p. 20.

¹³⁵⁴ A. DE LAUBADERE, *Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration*, études off à A. Mestre, S. 1956 p. 383. ; S. BADAoui, *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et égyptien*, th. Paris 1954 ; Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Th., Economica 1989, p. 164.

¹³⁵⁵ Dans la responsabilité du fait du prince l'imputabilité du dommage à l'administration cocontractante est exigée. Voir C.E., 4 mai 1949, *Ville de Toulon*, Rec. p. 197. - C.E., 15 juil. 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec. p. 359 ; D. 1950, p. 60, note C. Blaevoet.

¹³⁵⁶ A. DE LAUBADERE, *ibid.* p. 393.

¹³⁵⁷ C.E., 6 mai 1921, *Cie P.L.M.*, R.D.P. 1921, p. 510. - C.E., 1^{er} déc. 1976, *Berezowski*, D. 1978, p. 45. - C.E., 30 mai 1986, *Min. des PTT c/ Saleg*, A.J.D.A. 1986, p. 466 obs. J. C. - T.C., 2 juil. 1984, *Wagner c/ commune de Hombourg*, J.C.P. 1985,II,20425, note J.-Y. P

droit des contrats. Ainsi, la distinction perdure parce que l'on souhaite tenir compte du fait que la source de l'obligation de réparer se trouve dans un accord particulier et qu'il faut se référer à la volonté et aux prévisions des parties pour apprécier la faute. Nous ferons remarquer qu'en réalité l'autonomie de la volonté ne revêt pas un caractère aussi fort en droit public qu'en droit privé et que la véritable source de l'obligation de réparer un dommage est toujours le droit objectif. Si les dommages sont causés par l'inexécution d'un contrat ce n'est pas le contrat lui-même qui impose la réparation mais la loi¹³⁵⁸. Il s'agit particulièrement de la loi la plus essentielle sans laquelle aucune vie sociale ne serait possible : *pacta sunt servanda*.

En somme, il n'y aurait qu'une seule responsabilité, qu'elle concerne un contrat ou non ne devrait pas avoir d'influence majeure sur le régime juridique appliqué. La convergence des solutions jurisprudentielles adoptées pour des accidents similaires en droit privé et public alors que dans un cas le droit positif énonce l'existence d'un contrat et dans l'autre non¹³⁵⁹, est un exemple de ce que le fait que la responsabilité soit contractuelle ou non peut ne pas interférer sur la solution que le juge entend rendre. En effet, le contrat est une source de la responsabilité parmi d'autres, et il importe pour qu'il y ait responsabilité de la puissance publique dans le respect de l'égalité entre les victimes, que la violation d'une norme objective soit concomitante à la lésion du droit subjectif.

¹³⁵⁸ P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, R.T.D.C. 1933, p. 627 et s.

¹³⁵⁹ Tel est le cas des alignements quasi systématiques de la jurisprudence en matière de responsabilité médicale. Parmi les illustrations récentes, on citera l'application par le juge judiciaire de la responsabilité pour risque inspirée de *Bianchi* : Cour appel de Paris, 15 janv. 1999, *S. c/ Melle R.*, J.C.P. 1999,II,10068, note L. Boy. Mais déjà alignement concernant la présomption de faute en cas d'infection nosocomiale : Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1996, *Clinique Bouchard*, J.C.P. 1996,I,3985, obs. G. Viney ; R.T.D.C. 1996, p. 913 obs. P. Jourdain. Comparé à C.E., 9 déc. 1988, *Cohen*, Rec. p. 431 ; D. 1990, juris., p. 487. Concernant la responsabilité des centres de transfusion sanguine : alignement de C.E., 26 mai 1995, *Jouan, Pavan, N'guyen*, R.F.D.A. 1995, p. 763 ; J.C.P.1995,II, 22468. Sur Cass. 1^{ère} civ., 12 avr. 1995, *consorts Martials*, J.C.P. 1995, n°22467 note Jourdain.



Chapitre 2

LA NECESSAIRE VIOLATION DE LA NORME OBJECTIVE

Le droit protège l'intégrité du corps et des biens de l'homme et interdit en général qu'il nuise à ses semblables par son activité¹³⁶⁰. Certains en ont tiré la conclusion que le seul fait de causer un dommage est une faute¹³⁶¹. Le droit positif ne peut aller aussi loin sans risquer de paralyser toute activité sociale. Le juge doit user d'un critère de responsabilisation moins culpabilisant, plus désapprobateur que réprobateur, adapté aux fonctions de la responsabilité. Cet élément justifiant la responsabilité est l'illicéité de la situation dommageable causée. On pourrait discuter longtemps de ce que l'on doit appeler faute, et selon la plus ou moins large définition proposée, on peut faire reposer la responsabilité entièrement ou partiellement sur la faute. Selon nous, dès qu'un dommage est causé sans droit, il y a responsabilité. Toute la difficulté pratique consiste alors à déterminer le seuil de référence sur la base duquel l'élément d'illicéité sera établi. C'est celui de l'anormalité de la situation juridique déclencheur de la responsabilité qui remplit le mieux cette fonction. Le droit positif appréhende différemment ces deux situations, mais en définitive c'est toujours le dommage qui doit être anormal pour que la responsabilité puisse naître.

Selon M. PAILLET, « l'anormal, c'est tout ce qui s'écarte de ce que l'on a l'habitude de rencontrer, ce qui est imprévu et exceptionnel et qui donc contrarie l'exigence de sécurité. La faute de service est alors transcendée par cette référence à l'anormal au regard de laquelle elle est aussi bien fonctionnement défectueux du service public que démesure des dommages causés par lui »¹³⁶², « tantôt l'anormalité concerne le dommage, tantôt elle désigne sa cause »¹³⁶³.

Envisagée sous cet angle, la reconnaissance d'une faute administrative peut devenir superflue. Bien sûr le dysfonctionnement du service public constitue *a priori* le fait générateur type de droit commun, mais grâce au standard de l'anormalité, le fait illicite résultera aussi de l'usage de prérogatives non présenté comme fautif par le droit positif. La jurisprudence

¹³⁶⁰ Voir B. STARCK, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, R.T.D.C. 1958, p. 475.

¹³⁶¹ Procureur général près la Cour de cassation de Belgique, LECLERC, Bruxelles Bruylant 1927.

¹³⁶² M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, coll. Cours, Dalloz 1996, n°185, p. 94.

¹³⁶³ Ibid. n°186

administrative s'est construite autour d'une dichotomie entre la responsabilité pour faute de service et la responsabilité sans faute de service. Le résultat en a été que dans la première situation le comportement de l'administration est « culpabilisé », tandis que dans la seconde il apparaît « déculpabilisé ». Mais au sens d'une théorie de la responsabilité fondée sur l'idée de contrat social, la condamnation en responsabilité découle dans les deux cas d'une promesse méconnue, de la violation d'une obligation contractuelle, ce que l'on peut appeler « faute contractuelle ».

Il importe de montrer que dans les deux types de responsabilité, le service public est responsable pour sa faute, soit que le juge fasse le constat d'une violation culpabilisante de la norme à raison de la violation d'une obligation positive de faire fonctionner correctement le service public (Section 1), soit qu'il fasse le constat d'une violation déculpabilisante de la norme à raison de la violation d'une obligation négative de ne pas causer de dommages. (Section 2).

SECTION 1

LA VIOLATION REPROUVEE DE LA NORME

Nous ne ferons pas ici l'étude très détaillée de la faute de service. Elle n'est selon nous qu'une condition de la responsabilité et non un véritable fondement, elle ne mérite donc pas une place démesurée dans la théorie générale. De plus, la doctrine l'a déjà honorée d'ouvrages entiers¹³⁶⁴. Selon nous, la faute de service n'est finalement que la concrétisation ponctuelle de la violation d'une norme et c'est donc la définition de cette norme qui importe en premier lieu. L'administration est responsable de la violation de la règle de bon fonctionnement du service public (§1). Ce point répond à la fonction sanctionnatrice de la responsabilité, et pour conserver sa vertu pédagogique, la sanction de cette obligation doit être caractérisée en considération des circonstances des espèces (§2). Ceci implique aujourd'hui, en raison de la

¹³⁶⁴ H. DUPEYROUX, *La faute personnelle et la faute du service public*, th. Paris 1922 ; L. RICHER, *La faute de service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, th. Economica, 1978 ; M. PAILLET, *La faute de service public en droit administratif français*, th. Paris, L.G.D.J. 1980.

disparition programmée de la faute qualifiée, de trouver une nouvelle distinction des obligations administratives (§3).

§1 L'obligation de garantir le bon fonctionnement des services publics

« Le prince ne doit mal faire ». Telle est la formule qui résumerait aujourd'hui le mieux les contraintes que le droit fait peser sur l'administration. Il est en effet devenu certain que les citoyens disposent d'un droit à la qualité du service public¹³⁶⁵. L'obligation générique de bon fonctionnement des services publics se déduit directement de la lettre des arrêts qui reconnaissent la faute de service à partir du constat de sa violation. Cette obligation est déclinée dans les arrêts en obligations de toutes sortes dont on ne peut établir une liste exhaustive. En réalité, leur ensemble constitue la « norme d'administrativité » en tant que norme de comportement que doit respecter l'administration¹³⁶⁶.

L'état du droit est clair sur ce point et la doctrine en a justement déduit que le service public est en faute dès qu'il fonctionne « à faux »¹³⁶⁷, c'est-à-dire dès qu'il méconnaît les « lois » qui le gouvernent, puisque la faute est la violation d'une obligation. Il y a faute pour « tout manquement aux obligations du service », selon l'expression du doyen G. VEDEL¹³⁶⁸.

Il faut dans un premier temps se contenter de cette vague formule qui seule peut englober l'infinie variété des comportements fautifs. En effet, loin d'être définitivement fixées dans les textes, les obligations qui pèsent sur les services publics sont presque aussi nombreuses que les situations gérées par eux. La difficulté n'existe pas lorsque l'acte générateur de dommage a été reconnu illégal pour méconnaissance de prescriptions textuelles, il constitue une violation fautive de la norme¹³⁶⁹. Que soit en cause une action matérielle n'est

¹³⁶⁵ M. VOISSET, *La reconnaissance en France d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics*, R.F.D.A. 1999, p. 743.

¹³⁶⁶ Voir Y. WEBER précité, *Illicéité et responsabilité administrative en France*, in Journées de la société de législation comparée, 2ème journée franco-hellénique, *Illicéité comme élément de la responsabilité*, Paris 1984, p. 33.

¹³⁶⁷ Expression de la doctrine usitée depuis P. DUEZ, 1927. Voir aussi L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz 1947 n°477.

¹³⁶⁸ *Droit administratif général*, t. I, PUF 12ème éd. 1992, p. 581.

¹³⁶⁹ Voir la jurisprudence citée par M. PAILLET au J.-Cl. Ad., fasc. 818, n° 98.

pas non plus problématique¹³⁷⁰, pourvu que les textes de régulation de l'activité de terrain soient assez précis.

Mais, le juge du plein contentieux ne peut pas toujours apprécier l'anormalité du fonctionnement du service en se référant aux seuls textes encadrant leur action. Il doit alors faire usage de la technique du standard. La norme de comportement ne peut s'identifier qu'en référence à des critères élaborés principalement par la jurisprudence pour répondre aux besoins de la société (A). Ces critères sont donc portés à la connaissance de l'administration qui sera d'autant moins pardonnable d'avoir violé la norme objective d'administrativité en commettant une faute de service (B).

A) Les critères d'identification de la « norme d'administrativité »

Certains auteurs font le parallèle entre la norme indéterminée de comportement que l'administration doit respecter et le principe civiliste de devoir général de prudence et de diligence¹³⁷¹, règle de « bonne conduite moyenne » dont l'archétype est en droit civil « le bon père de famille ».

Appliqué en prenant comme référence le service public modèle standard, ce raisonnement donne pouvoir et devoir aux juges de rechercher l'anormalité du comportement qui caractérise la violation de ce tout qui forme la « norme d'administrativité ». Ainsi, pour la doctrine classique, la responsabilité pour faute de l'administration devait être appréciée par rapport à la « moyenne qui peut être raisonnablement exigée »¹³⁷². Le service public moyen serait en quelque sorte le pendant en droit administratif du standard du « bon père de famille », celui qui exécute toujours les obligations que lui impose la normalité.

L'usage de la notion d'anormalité n'a rien d'alarmant¹³⁷³. Le standard de normalité n'est pas aussi flou qu'on le décrit parfois. La normalité est en effet la conformité à la norme. Or, la norme désigne tantôt ce qui est (le *Sein*), c'est-à-dire ce qui correspond statistiquement à la

¹³⁷⁰ Ibid. n° 99.

¹³⁷¹ Y. WEBER, art. précité, p. 34.

¹³⁷² L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 1957, p. 354.

¹³⁷³ Ce sont les recherches comparatistes entreprises à partir de 1945 qui ont soulevé l'importance de ce fondement commun, surtout C. BLAEVOET et B. STARCK. Voir notre bibliographie.

majorité des comportements volontaires, et tantôt ce qui doit être (le *Sollen*) au regard de l'idéal juridique, du socialement utile, même mal respecté, même mal compris¹³⁷⁴. Evidemment, ce qui est presque toujours reconnu dans un système juridique comme devant être, correspond justement à ce qui peut être et à ce qui est généralement. Mais il n'est pas exclu que le pouvoir normateur du juge désigne ce qui doit être quand bien même une majorité ne respecterait pas cette norme. Cela est une nécessité d'autant plus grande que le problème juridique posé par une question de responsabilité peut être nouveau, non encore normalisé. Dans ce contexte, le juge dispose de trois indices propres à déterminer le comportement normal d'un service public : la référence à des circulaires (1) ou aux buts du service (2), et à la prévisibilité des dommages (3).

1) La référence aux circulaires

Le juge n'est pas à court d'indices pour connaître les obligations qui pèsent sur les services publics. Il se peut tout d'abord qu'existe au sein du service une pratique normalisée par circulaire. Il n'est pas impossible qu'un jugement s'appuie sur l'existence d'une circulaire pour préciser quelles étaient les obligations du service mis en cause et apprécier sa négligence¹³⁷⁵. Plaçons-nous dans l'hypothèse normale où la circulaire n'a pas de valeur réglementaire. Toute la question est de savoir si elle peut néanmoins créer des obligations pour l'administration. En tant que mesure d'ordre intérieur, il est constant que son existence est indifférente dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Elle n'est pas opposable aux administrés, et n'est pas invocable par eux¹³⁷⁶.

Au plein contentieux, le Conseil d'Etat considère cependant qu'une circulaire peut engendrer des obligations internes à l'administration. Bien sûr, les actes qui sont pris sur la

¹³⁷⁴ Pour les philosophes de langue allemande, la norme est un « devoir être (Sollen) », alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un « être (Sein) ». Sein qui signifie « être », désigne le fait réel de l'acte se voulant normateur, pour soi et pour les autres. Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Dalloz 1962, p. 7 et s. ; *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkana, Léviathan PUF, 1996, p. 71 et 99s. La double définition développée par C. BLAEVOET en rendait compte: « le normal est ce que l'on peut prévoir dans le cours naturel des choses ; c'est aussi ce qui arrive le plus souvent, ce que l'expérience indique comme probable, comme vraisemblable », *De l'anormal devant les hautes juridictions civiles et administratives*, J.C.P. 1946,I,560. Mais, l'anormal peut aussi être « ce qui n'est pas régulier, ce qui n'est pas conforme aux lois et règlements ». Cf. C. BLAEVOET, *Normalité, sécurité et garde*, D. 1955, chron. p. 37.

¹³⁷⁵ Voir C.E., 16 janv.1976, *Secrétaire d'Etat aux Postes et Télécommunications c/Khérimi*, R.D.P. 1976, p. 925. et C.E., 20 nov. 1981, *Caisse régionale de crédit agricole des Alpes-Maritimes*, Rec. p. 436.

¹³⁷⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 13^{ème} éd. Montchrestien 1999, n°684.

base de cette circulaire ne sont pas contestables en excès de pouvoir, mais il en va différemment de leurs conséquences dommageables. Il en fut jugé ainsi des certificats d'urbanisme élaborés à partir des années 1950 sur le fondement d'une simple circulaire. Pour la Haute Juridiction administrative « la circonstance que les notes de renseignements délivrées par les services ne sont pas des décisions susceptibles de recours pour excès de pouvoir ne saurait par elle-même faire obstacle à ce que la délivrance de [...] renseignements erronés fut constitutive d'une faute de service [...] que si aucune disposition législative ou réglementaire ne met à la charge des services de la construction l'obligation de délivrer des notes de renseignements [...] le ministre de la Reconstruction a cependant, par circulaire du 13 déc. 1950, recommandé à ses services départementaux d'établir de telles notes [...] qu'il a déterminé les modalités de rédaction desdites notes en prescrivant à ses services »¹³⁷⁷.

Il y a deux interprétations possibles d'une telle jurisprudence. Il serait conforme à la logique imposée par le Conseil d'Etat de penser que lorsqu'une circulaire est prise en compte par le juge de l'indemnité, c'est à titre d'indice pour révéler le contenu de la norme d'administrativité. La circulaire ne serait pas le support des obligations de service mais leur reflet, une sorte de transcription des obligations qui existent par ailleurs¹³⁷⁸. Dans la mesure où la circulaire interprétative a pour objet de préciser l'interprétation d'une norme supérieure sans y ajouter de nouvelles dispositions réglementaires, invoquer la circulaire consiste en réalité à se fonder sur la norme explicitée en confortant l'interprétation que l'on en fait. Cette explication est logique, mais elle ne s'applique pas bien dans l'affaire que nous venons d'évoquer concernant une pratique alors aucunement réglementée.

On pourrait alors soutenir que parfois la circulaire crée ou entérine un usage qui n'est pas forcément déterminé plutôt qu'un autre par les normes supérieures. C'est pourtant avec cet usage que les administrés prennent l'habitude de compter, d'autant mieux que depuis une loi du 17 juillet 1978¹³⁷⁹, les circulaires sont publiées et que l'article premier du décret du 28 novembre 1983 portant sur l'amélioration des rapports avec les usagers¹³⁸⁰, dispose que tout intéressé peut se prévaloir à l'encontre de l'administration des circulaires légales publiées. De plus, c'est légitimement qu'ils peuvent attendre de l'administration un comportement qui est prévisible, puisque la circulaire est adoptée pour une plus grande efficacité et une plus grande

¹³⁷⁷ C.E., 10 juil. 1964, *Ministre de la construction c/Duffaut*, Rec. p. 399 ; D. 1964, p. 722 concl. Rigaud.

¹³⁷⁸ M. PAILLET, J.-Cl. Ad., fasc. 818, n°90.

¹³⁷⁹ Art. 9 loi n°78-753 portant diverses mesures d'améliorations des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

¹³⁸⁰ Décret n°83-1025.

diligence, afin notamment d'éviter les erreurs et les fautes administratives. Certes, de tels usages peuvent disparaître aussi vite qu'ils sont apparus, mais tant qu'ils demeurent, ne pas les respecter apparaît anormal. Notons que plus un usage est bon, plus il a de chance d'être consacré par un texte normatif. Il en fut ainsi des certificats d'urbanisme. Organisés par une loi de 1971, ils sont à présent des actes administratifs créateurs de droits¹³⁸¹. Il faut donc croire à l'existence de certaines circulaires qui, sans être réglementaires, sont impératives pour l'administration¹³⁸². Cette dernière, à défaut d'être censurée sur le terrain de l'excès de pouvoir, le sera de toute façon sur celui de la responsabilité en cas de négligence à observer les circulaires.

2) *La référence aux buts du service public*

Dans beaucoup de situations concrètes, il est possible au juge de découvrir la norme d'administrativité en référence à l'objet de l'activité poursuivi par le service¹³⁸³. Ainsi peut-on penser que l'administration de l'Education nationale a l'obligation de faire assurer tous les enseignements que l'Etat a rendus obligatoires¹³⁸⁴. Ne pas le reconnaître reviendrait à nier sa mission spécifique d'enseignement public. C'est au même travail d'interprétation que se livre le juge pour affirmer que le service des fourrières est tenu d'assurer le gardiennage des véhicules dans des conditions normales¹³⁸⁵. De même, les services officiellement organisés pour délivrer des renseignements vont contre leur fonction lorsqu'ils en fournissent d'erronés¹³⁸⁶. Les exemples ne se limitent pas à des domaines particuliers de l'activité de service public.

Le juge recherche en définitive les intentions qui ont présidé à l'organisation du service public en cause. A l'intention de la puissance publique correspond alors une attente légitime des administrés. En l'absence de dispositions écrites adaptées aux différentes situations rencontrées, le juge précise ce que la bonne foi implique. Il met en œuvre ici une

¹³⁸¹ Loi n°71-581 du 16 juil. 1971. Voir Y. JEGOUZO et alii, *Urbanisme*, Dalloz Action, Dalloz, 1998, n°1741.

¹³⁸² R. CHAPUS relate les hésitations du juge administratif sur la portée à donner aux dispositions du décret du 28 nov. 1983 quant à l'invocabilité des circulaires, et il n'exclut pas la reconnaissance future de circulaires non réglementaires impératives, op. cit. n°687.

¹³⁸³ M. PAILLET, op cité, p. 109 n°226.

¹³⁸⁴ C.E., 27 janv. 1988, *Ministre de l'Education Nationale c/Giraud*, Rec. p. 39.

¹³⁸⁵ C.E., 5 avr. 1991, *Société européenne de location et de service*, Rec. p. 120.

¹³⁸⁶ Voir M. PAILLET, J.-Cl. Ad., fasc. 818 n° 106.

équité qui résulte de la logique de la mission du service. Cette logique commande de se référer si besoin au but assigné à l'activité du service pour se prononcer sur l'étendue de ses obligations. Par exemple, les services de police ne sont pas tenus de prêter leur concours à l'exécution de jugements qui engendreraient des troubles importants à l'ordre public, car le but de la police est précisément d'éviter ces troubles¹³⁸⁷. Dans le même ordre d'idée, on peut mentionner le reproche qui a été fait au préfet dans l'affaire du *Grand Bornand*, de ne pas avoir accompagné son autorisation d'ouverture du camping de mesures de précaution propres à assurer la sécurité des touristes, même si cela n'était pas prévu par les textes¹³⁸⁸. Le devoir existait par la simple référence au but de cette police administrative.

Un autre exemple de ce mode de raisonnement peut être tiré des activités de contrôle assumées par la puissance publique vis-à-vis des personnes sous sa tutelle administrative. Ces contrôles existent dans l'intérêt général à raison de l'autonomie des contrôlés. Il ne peut donc avoir pour but d'instaurer une substitution. Dans le cas où la responsabilité du contrôleur est recherchée, le juge en tire la conséquence que la substitution de responsabilité n'est pas possible, et les recours contre le contrôleur ne sont guère admis, sauf le manquement grave à ses obligations¹³⁸⁹.

3) La référence à la prévisibilité des dommages

Dans la pratique, la désignation du normal ou de l'anormal résulte de la référence au comportement que l'on est en droit d'attendre du défendeur. C'est ainsi que la référence à ce qui est prévisible ou non est importante, et à tort peu étudiée. En définitive, la norme d'administrativité consiste en l'obligation de toujours éviter les dommages qui sont évitables. Et pour cela, en toute occasion, l'administration est tenue de prévoir ce qui est prévisible en se fondant sur ce que nous appellerions « la normalité statistique ». Mais, bien souvent, elle est

¹³⁸⁷ C.E., 30 nov. 1923, *Couitéas*, Rec. p.789 ; D. 1923,3, p. 59 concl. Rivet ; S, 1923,3, p. 57 note Hauriou, concl. Rivet ; R.D.P. 1924, p. 75 et 208, concl. Rivet note Jèze. - C.E., 22 janv.1943, *Braut*, Rec. p. 19 ; S. 1944,3, p. 41, note Mathiot ; D. 1944, p. 87, note G.B. - C.E., 3 nov. 1967, *Ministre de l'Intérieur c/Dame Fiat*, Rec. p. 409 ; J.C.P. 1968,II, 15561. - C.E., 6 mai 1991, *Société des automobiles Citroën*, Rec. p. 171.

¹³⁸⁸ C.A.A., Lyon, 13 mai 1997, *Balusson et autres c/Mutuelle du Mans IARD*, Rec. tables p. 1072 ; D. 1998, J, p. 11, note Schaegis.

¹³⁸⁹ Voir J.-Cl. Ad. fasc. 818, n° 110.

tenue au-delà, de prévoir ce qui n'est tout simplement pas imprévisible¹³⁹⁰, de sorte à respecter la « normalité qualitative ». Dans un cas comme dans l'autre, son obligation est d'intensité différente, ce qui pourra être traduit en langage juridique par l'existence d'obligations plutôt « de moyens » ou « de résultat ».

L'administration doit mettre en œuvre le meilleur de ses moyens pour éviter de causer les dommages non commandés par l'intérêt général. Voilà ce qu'est l'obligation générale de comportement de l'administration. Voilà pourquoi le dommage qui aurait pu être évité est un dommage anormal. Sur ce point, l'intégration progressive du principe de précaution comme exigence maximale de la prudence dont doit faire preuve l'administration face à une incertitude absolue sur la non nocivité d'une situation paraît intéressante. Elle marquerait le passage d'une norme de prévention obligation de prudence de moyens à une norme de précaution obligation de prudence de résultat, celui de suspendre l'activité suspecte¹³⁹¹.

Pour l'heure, dans sa logique de prévention, pour déclarer la faute, la jurisprudence administrative soulève utilement la connaissance de l'enchaînement causal dommageable que l'administration a eu ou aurait du avoir¹³⁹². Le critère de la prévisibilité est appliqué dans les arrêts relatifs à la responsabilité pour défaut d'entretien normal d'un ouvrage public. L'entretien normal est en effet l'élément qui évite la production du dommage, son niveau de qualité doit par exemple être adapté aux conséquences prévisibles de précipitations atmosphériques¹³⁹³. De la même manière, la faute du service de police est caractérisée¹³⁹⁴, voire aggravée lorsqu'elle doit être lourde, du fait de la connaissance que celui-ci avait des futurs événements dommageables¹³⁹⁵.

Très souvent un manque de réaction est reproché au service qui exerce une surveillance sur les personnes lorsque le comportement de ces personnes rendait prévisible l'événement dommageable. Ainsi, le service hospitalier psychiatrique doit-il être attentif aux antécédents des malades placés sous sa garde¹³⁹⁶. Par exemple, une décision du 23 déc. 1981,

¹³⁹⁰ On retrouve cette exigence au stade de l'exonération pour force majeure. Même exceptionnel, un événement qui s'est déjà produit n'est plus imprévisible: C.E., 14 mars 1986, *Commune de Val d'Isère c/Mme Bosvy et autres*, Rec. p. 711 ; A.J.D.A. 1986, p. 337 et 298 chron. Azibert et Fornacciarì.

¹³⁹¹ Cf. supra p. 186 et s.

¹³⁹² Voir J.-M. PONTIER, *L'imprévisibilité*, R.D.P. 1986, p. 5.

¹³⁹³ C.E., 21 juin 1991, *Département de la Moselle c/ M et Mme Christ*, Lexilaser n°40.962.

¹³⁹⁴ C.E., 28 mai 1971, *Commune de Chatelaudren*, Rec. p. 400. - C.E., 9 mai 1980, *commune de Ladignac Le Long*, Rec. tables p. 876. - C.E., 12 oct. 1984, *Gaz de France c/ Mme Renault*, R.D.P. 1984, p. 1398.

¹³⁹⁵ C.E., 15 juin 1987, *Société navale des chargeurs Delmas Vieljeux*, Rec. p. 217: la faute lourde est reconnue car l'autorité de police avait connaissance des grèves qui se préparaient sur le port.

¹³⁹⁶ C.E., 26 juil. 1985, *C.H. spécialisé de Chazal-Benoit c/Cendrier*, R.D.P. 1986, p. 897. - C.E., 23 juin 1986, *C.H. spécialisé de Maison Blanche c/ Boissavi*, R.D.P. 1987, p. 465. - C.E., 8 oct. 1986, *Mme Richert*, Lexilaser

*Centre hospitalier de Bayonne*¹³⁹⁷, reconnaît la responsabilité d'un établissement de soins dans le décès d'un malade mental évadé et retrouvé noyé, alors qu'il avait subi des dommages lors de précédentes sorties et avait fait part de son projet de départ à une infirmière. Ici, le fait qu'il ait pu sortir « révèle un mauvais fonctionnement du service constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'établissement ». La même obligation est imposée aux services pénitentiaires concernant les détenus¹³⁹⁸.

La prévisibilité à laquelle le juge se réfère est une prévisibilité raisonnable, en fonction du service en cause¹³⁹⁹, espèce par espèce et non pas seulement au regard de la statistique. En effet, il se peut qu'un accident exceptionnel soit néanmoins prévisible, comme en matière d'inondations exceptionnelles précédées de signes alarmants ou de précédents même très anciens mais connus. C'est pour cette raison que, par ailleurs, l'obligation d'information que le juge administratif fait peser sur les hôpitaux du secteur public vis-à-vis de leurs patients, ne devrait pas s'étendre aux risques exceptionnels auxquels il n'est pas de raison particulière de penser qu'ils sont soumis¹⁴⁰⁰. Cependant, la jurisprudence a marqué ici une bien curieuse évolution dans le domaine médical. En effet, désormais le service hospitalier commet une faute en n'informant pas le patient des risques thérapeutiques exceptionnels que recèle une intervention¹⁴⁰¹. Que l'on renforce l'obligation du médecin d'informer en vue d'obtenir un consentement tout à fait éclairé du patient à l'acte médical apparaît louable¹⁴⁰², en revanche on comprend mal en quoi le lien de causalité entre le défaut d'information et l'accident subi est établi si le risque caché était de toute façon exceptionnel et non prédestiné pour la victime¹⁴⁰³. On devrait supposer dans un tel cas que la victime ne renoncerait pas à être

n°47.626. – C.A.A., Paris, 6 juin 1995, *Rouyer et Roussel c/ Centre hospitalier spécialisé Esquirol*, Rec. tables p. 1034.

¹³⁹⁷ Rec. p. 903.

¹³⁹⁸ C.E., 26 mai 1978, *Epoux Rémercy*, Rec. p. 222.

¹³⁹⁹ Au service des haras nationaux on peut par exemple reprocher d'avoir placé un jument dans un box malgré une situation particulière d'excitation qui rendait prévisible l'accident qu'elle a subi: C.E., 10 mai 1985, *Froidurot*, Lexilaser n°60.147.

¹⁴⁰⁰ C.E., 17 fév. 1988, *Centre hospitalier régional de Nancy*, Lexilaser n°71974. – C.E., 22 avr. 1988, *Rey*, Lexilaser n°69819 – C.E., 10 mai 1989, *Centre hospitalier régional de Lille c/Mme Giraldo Deblauwe*, Lexilaser n°64651. – C.E., 9 janv. 1990, *Carteron*, Rec. p. 17.

¹⁴⁰¹ C.E., 15 mars 1996, *Melle Durand*, Rec. p. 85. – C.A.A., Paris, 9 juin 1998, *M. G.*, Gaz. Pal. n° spécial 23 oct. 1998, p. 67. Voir aussi C.E., Sect., 14 fév. 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c/Quarrez*, Rec. p. 44 ; R.F.D.A. 1997, p. 375 concl. Péresse; R.D.P. 1997, p. 1139, note J. Waline. Et de manière très solennelle par deux arrêts : C.E., Sect. 5 janv. 2000, *Consorts Telle*, et *Assistance Publique-Hopitaux de Paris*, A.J.D.A. 2000, p. 180 ; J.C.P. 2000,II,10271 note J. Moreau. – C.E., 17 mai 2000, *C.*, J.C.P. 2000, 1058.

¹⁴⁰² La jurisprudence est-elle inspirée par l'idée que l'on doit s'entourer des précautions maximum en envisageant dans le doute ce qui n'est que très peu probable ?

¹⁴⁰³ Il semble que le juge fasse usage d'une véritable présomption de causalité en la matière. Voir C. DEBOUY, *Le droit français de la responsabilité administrative : métamorphose ou permanence?*, C.J.E.G. 1997, p. 333. Nous

soignée malgré son information¹⁴⁰⁴. La jurisprudence ne risque-t-elle pas de se retourner contre les malades dès lors que l'on pourrait leur opposer une certaine acceptation des risques dont ils ont été informés¹⁴⁰⁵?

La recherche de la prévisibilité des dommages ne sert pas seulement contre l'administration. Bien souvent, le même raisonnement appliqué aux victimes permet de leur imputer une faute de négligence et contribue par conséquent à réduire le niveau qualitatif de la norme d'administrativité¹⁴⁰⁶. La recherche de l'imprévisible caractérisera, entre autres éléments, la force majeure qui pourra exonérer le défendeur en responsabilité¹⁴⁰⁷. Cette remarque montre, s'il en était besoin, le lien entre la prévisibilité d'un dommage et la réaction que l'on peut avoir pour y faire face¹⁴⁰⁸. Ce qui importe en définitive est d'établir la violation coupable de la norme, eu égard au comportement que l'on peut légitimement attendre du responsable. C'est donc tout à fait logiquement que la connaissance des usages, des buts du service, et de ce qui est prévisible révèle la norme d'administrativité.

Révéler le contenu des obligations qui pèsent sur l'administration au moyen de la référence à l'anormal ne contribue pas à asseoir l'autonomie du droit administratif. Celle-ci apparaît plutôt dans la traduction de la violation de la norme par la théorie de la faute de service.

ne classons pas l'affaire *Quarrez* précitée dans ce cas de figure car en l'espèce le risque exceptionnel d'erreur de l'examen prénatal pratiqué sur la patiente était particulier puisque décelé par le service. La patiente était donc prédestinée à sa réalisation. La causalité apparaissait clairement établie entre le défaut d'information et la naissance de l'enfant.

¹⁴⁰⁴ C'est la solution logique que vient d'énoncer la Cour de cassation : Cass. 1^{ère} Civ., 20 juin 2000, D. 2000, IR, p. 198.

¹⁴⁰⁵ Le Conseil d'Etat résout l'impossible équation en utilisant la notion de perte d'une chance de renoncer à l'intervention médicale, calculée au prorata du total des préjudices subis. C.E., Sect. 5 janv. 2000, *Consorts Telle*, A.J.D.A. 2000, p. 180; J.C.P. 2000, II, 10271 note J. Moreau.

¹⁴⁰⁶ Par exemple, en cas d'inondations on recherchera si les victimes n'avaient pas entreposé leurs biens dans un lieu où leur dégradation était prévisible : C.E., 5 oct. 1990, *Ville de Rennes*, cinq arrêts. En pratique, la prévisibilité peut établir l'acceptation que la victime a fait des risques encourus par elle, notamment à travers la théorie de l'antériorité de l'ouvrage. L'administré qui s'installe près d'un ouvrage occasionnant des dommages de manière inhérente, ne peut s'en plaindre par la suite : C.E., 21 oct. 1953, *ville de Marseille c/Vinciléonie*, Rec. p. 447. Remarquons *a contrario*, que ce qui dépasse les prévisions de la victime doit être réparé : C.E., 19 mars 1915, *Duvigneau et Brot c/ville du Havre*, Rec. p. 83. - C.E., 24 fév. 1971, *Yanitch*, Rec. p. 159. - C.E., Sect., 15 oct. 1976, *district urbain de Reims*, Rec. p. 421. Des dommages et intérêts sont accordés en cas de pollution des eaux qui se sont accrues dans des proportions impossibles à prévoir. Voir J.-Cl. Ad., *préjudice réparable*, n° 197.

¹⁴⁰⁷ Cf. infra p. 505 et s.

¹⁴⁰⁸ La responsabilité n'est plus fondée sur une faute dès lors que malgré l'imprévisibilité des dommages le défendeur est condamné. Dans ce cas, des textes spéciaux ou des principes qui se dégagent des textes sont nécessaires pour imputer la réparation au *solvens* car cela déroge à la règle naturelle de la responsabilité. On explique par exemple ainsi la référence que le juge administratif fait aux principes inspirés des articles 1792 et 2270 du code civil pour engager la responsabilité des constructeurs au-delà de la garantie décennale

B) La qualification culpabilisante de la violation de la norme par la faute de service

La doctrine moderne a mis en lumière que le juge administratif impute au service ce qui est le fait des agents. Un doute pesant s'est dès lors installé sur une autonomie du droit administratif de la responsabilité apparaissant quelque peu factice. Construction volontaire destinée à asseoir la compétence d'un juge administrateur¹⁴⁰⁹, enjeu qui a grandement perdu de son intérêt, la théorie de la faute de service peut néanmoins faire l'objet d'une lecture contemporaine compatible avec la réalité des faits. En tant que violation de la norme d'administrativité, la faute de l'administration est anonyme (1), objective (2), et relative (3).

1) Le caractère anonyme de la faute

La faute de service se distingue en premier lieu de la faute civile en ce qu'elle est une faute anonyme¹⁴¹⁰. Cela signifie que la faute qui a été concrètement commise par un individu est à tel point indépendante de la personnalité dudit individu que l'on ne peut la lui attribuer. L'agent auteur de la faute n'est pas distingué d'un autre qui eut pu agir de la même façon. Dans cette optique, la personnalité juridique des agents est sans importance, car à travers eux ce ne sont que les rouages de la machine administrative qui sont en cause¹⁴¹¹. Si l'expression de « faute anonyme » ne semble plus appropriée¹⁴¹², on pourra lui préférer celle de faute « impersonnelle » ou « faute du système ». La particularité du droit administratif réside en ceci que l'on déduit de la toute puissance de la machine administrative, particulièrement parce qu'elle s'exerce sur ses agents, que ceux-ci disparaissent vis-à-vis des tiers en tant que personne. La responsabilité de la personne morale est exclusive de celle de l'agent en cas de faute de service¹⁴¹³. On pourrait penser que cet avantage indéniable pour l'agent public se réalise au détriment des victimes qui ne peuvent s'adresser qu'à un seul débiteur de

¹⁴⁰⁹ C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, coll. Systèmes, L.G.D.J. 1996.

¹⁴¹⁰ Selon J.-P. DUBOIS, op. cit. p. 51, la faute du service public est anonyme mais la faute de service de l'agent ne l'est pas. En pratique, cette distinction n'a aucune portée car dans tous les cas la faute est imputée au service c'est pourquoi nous utilisons le terme "de service" pour désigner la faute du service.

¹⁴¹¹ Voir H. DUPEYROUX, *La faute personnelle et la faute du service public*, th. Paris 1922.

¹⁴¹² En raison des différentes réformes assurant une grande transparence des services publics ordinaires, parmi lesquelles la loi du 12 avr. 2000 dispose que l'administré doit connaître l'identité de l'agent qui suit son dossier.

¹⁴¹³ Cette solution logique est consacrée par les textes portant statut général de la fonction publique: cf. art. 11 de la loi du 13 juil. 1983.

réparation¹⁴¹⁴, mais c'est tout l'inverse. Songeons que le fait d'ignorer systématiquement l'individu qui a concrètement causé le dommage peut parfois permettre des indemnisations qui auraient été problématiques. Dans le cas où l'auteur de l'acte dommageable ne peut pas être reconnu, isolé, dont on ne pourrait par exemple pas établir son appartenance au service, ne pas imputer la faute directement à l'administration pourrait signifier l'impossibilité pour la victime d'être indemnisée. La victime bénéficie donc avec la faute de service d'une espèce de « présomption par raccourci ». En cela, la faute de service a constitué un instrument de progrès de la responsabilité, toujours mieux admise, garantie de solvabilité compensant l'irresponsabilité des agents.

En fait, tout se passe comme si seule la collectivité publique s'était engagée à garantir à l'administré victime le respect de sa sécurité juridique, matérielle et physique. Ainsi, l'administré semblerait être exactement dans la même situation qu'une personne liée par un contrat et qui ne peut en principe mettre en cause que la responsabilité de son interlocuteur direct pour violation des obligations promises et non pas celle d'un éventuel sous-traitant¹⁴¹⁵. La faute du service serait-elle d'essence contractuelle ? Son caractère par ailleurs objectif milite pour cette idée.

2) *Le caractère objectif de la faute*

La faute de service est une faute objective. On désigne ainsi la faute qui ne nécessite pas un comportement intentionnel. La faute administrative serait la faute purement objective qui ne comporte aucune référence psychologique¹⁴¹⁶. Sur ce point la conception de la faute en droit administratif a précédé celle qu'a développée le droit civil. Il faut reconnaître que dès lors que la faute de service est imputée aux seules personnes morales et non aux individus, il n'était guère difficile de la concevoir comme une faute objective. En effet, la faute objective est celle dont l'appréciation est basée sur des éléments eux-mêmes objectifs¹⁴¹⁷.

Pour autant, la tentation de subjectiver la faute en droit administratif existe. La jurisprudence ne peut évidemment pas toujours se dispenser de relever le comportement

¹⁴¹⁴ Contrairement à la possibilité de cumul offerte par l'article 1384 al. 5 du code civil. Voir C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, coll. Systèmes L.G.D.J. 1996, p. 52.

¹⁴¹⁵ Nous nous plaçons sur un plan conceptuel pour affirmer cela nonobstant les évolutions complexes et pragmatiques du droit civil français que nous avons relatées supra note 1343.

¹⁴¹⁶ J. MOREAU, *J.-Cl. Ad.*, fasc. 700, n°50.

intentionnel de l'administration, sa mauvaise foi dans certaines hypothèses, pour l'ériger en faute de service. Laurent RICHER a justement mis en lumière l'existence d'une jurisprudence, certes marginale mais significative, dans laquelle la faute de service est le résultat d'une intention de nuire¹⁴¹⁸, d'une malveillance, ou à tout le moins d'une volonté délibérée de commettre un acte illicite¹⁴¹⁹.

Tout d'abord, il se peut que le texte fondant la responsabilité marque l'exigence d'un comportement intentionnel. Par exemple, dans le cas de recours complémentaire en indemnité de l'agent public relevant de la législation sur les accidents du travail, le juge administratif est conduit à appliquer le code de la sécurité sociale lorsque l'employeur est l'administration¹⁴²⁰. Or, le recours ne peut aboutir selon les termes de l'article 469 du code que, « si l'accident est dû à une faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés ». Le juge administratif ne craint pas d'aller jusqu'au bout de sa fiction ; pour celui-ci la faute du préposé peut demeurer celle du service, eut-elle pourtant été intentionnelle¹⁴²¹. Du point de vue des concepts, la meilleure explication de cette position réside dans la considération que la faute personnelle n'est que le vecteur de la violation d'une obligation qui pèse sur l'administration parce que celle-ci est seule engagée par le contrat social vis-à-vis des citoyens.

L'intention de commettre l'illicite caractérise la faute de service chaque fois que le juge administratif fait usage de l'article 1153 al. 4 du code civil au terme duquel « le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce

¹⁴¹⁷ H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute du service public*, th. Paris, 1922, p. 219.

¹⁴¹⁸ L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, *Economica*, 1978, p. 89 et s. ; M. PAILLET, *J.-Cl. Ad.*, fasc. 820 n°51.

¹⁴¹⁹ Il en est notamment ainsi dans les hypothèses de mauvais vouloir manifeste de l'administration. Volonté de ne pas s'acquitter d'une dette contractuelle ou résultant d'une condamnation juridictionnelle: C.E., 11 mars 1904, *Senegous*, Rec. p. 218. - C.E., 11 déc. 1957, *Ministre de la Défense c/ Berthias*, Rec. p. 671. - C.E., 20 mars 1974, *Sté France Reconstruction Plan*, Rec. p. 196. Voir aussi C.E., 19 mai 1950, *Cie d'exploitation automobile*, Rec. p. 304. - C.E., 2 mai 1962, *Caucheteux et Desmonds*, Rec. p. 291. - C.E., 10 mai 1967, *Bastard*, Rec. tables p. 933. Au besoin le juge administratif ne craint pas de relever le « mauvais vouloir certain de l'administration » : T.A. Paris, 2 août 1963, *De Bois Juzan*, Rec. p. 755 ; ou encore son « mauvais vouloir manifeste » : C.A.A. Lyon, 25 mai 89, *Ministre de l'Équipement c/Freyria*, Rec. tables p.904. Également pour le refus persistant de communiquer un document pourtant déclaré communicable par la C.A.D.A.: C.E., Sect., 10 juil. 1992, *Ministre de l'Agriculture c/Touzan*, J.C.P. 1992, IV, 2273, obs. M.-C. Rouault. Pour le refus de réintégrer un agent irrégulièrement évincé: C.E., 17 juin 1981, *Commune de ST-Germain-d'Esteuil*, D. 1982, som. P. 54 obs. Moderne et Bon.

¹⁴²⁰ Cf. Concl. DUTHEILLET DE LAMOTHE sur C.E., 3 janv.1958, *Levrat*, S. 1958,I, p. 113 ; J. LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, 1960, n°413 ; F. MODERNE, *Accidents du travail et dommages de travaux publics*, *Droit Social* 1972, p. 322.

¹⁴²¹ Dans un arrêt *Beau* statuant sur les conséquences du décès d'un médecin suite à une maladie professionnelle, le Conseil d'Etat a reconnu la possibilité que la faute du service soit intentionnelle: « il n'est pas allégué que ce décès soit imputable à une faute intentionnelle ni d'ailleurs, à une faute quelconque de l'administration » : C.E., Sect., 29 juin 1962, *Beau*, Rec. p. 440.

retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts »¹⁴²². Bien que figurant au code civil sous le titre « des contrats et obligations », le juge administratif use aussi des principes de cet article en cas de retard à payer des dommages et intérêts quasi-délictuels¹⁴²³, ou de retard à exécuter une obligation légale¹⁴²⁴. Selon nous, cela s'explique par l'impossibilité conceptuelle de tracer une frontière entre responsabilité contractuelle et responsabilité non contractuelle en droit public.

Préférant l'expression « mauvais vouloir manifeste » ou « mauvaise volonté »¹⁴²⁵ à celle de « mauvaise foi »¹⁴²⁶, le juge administratif recherche quels ont été les motifs du retard. Dans un arrêt pionnier en la matière, le Conseil d'Etat a retenu que la commune a agi « dans le seul but de se soustraire à ses obligations de paiement »¹⁴²⁷. Cette introspection du juge est subjective chaque fois que le mauvais vouloir n'est établi que par l'absence de « motif légitime » ayant justifié le retard. Cependant, il ne s'agit dans ce cas que d'un mécanisme de présomption. Parfois, la preuve de l'intention dilatoire est patente et directe¹⁴²⁸, et l'on doit penser qu'il s'agit néanmoins d'apprécier encore des éléments objectifs. Le mauvais vouloir n'est pas retenu lorsque l'administration a cru de bonne foi ne pas devoir s'exécuter¹⁴²⁹, d'où l'on déduit que le mauvais vouloir consiste dans le fait de commettre un acte dont on connaît l'illicéité, et cela suffit. Dans un procès administratif, il n'est pas utile d'aller plus loin dans la recherche des motifs de l'agissement illégal dès lors qu'il est délibéré, du moins tant que la question de la faute personnelle n'est pas soulevée.

¹⁴²² Voir C.E., Sect., 20 mars 1974, *Société France reconstruction plan*, Rec. p. 198 ; A.J.D.A. 1974, p. 325.

¹⁴²³ C.E., 2 mai 1962, *Sieurs Caucheteux et Desmonts*, Rec. p. 291: mauvais vouloir dans l'exécution d'une condamnation judiciaire à réparer un dommage.

¹⁴²⁴ Cela se produit aussi en droit civil. Cf. Ph. LETOURNEAU, *La responsabilité civile*, 1972, p. 249. Il ne faut pas être surpris par cette pratique extensive qui se comprend mieux si l'on admet le caractère fondamentalement contractuel des obligations de réparer.

¹⁴²⁵ C.E., 29 déc. 1916, *Bové*, Rec. p. 578. - C.E., 7 déc. 1921, *Huguet*, Rec. p. 1023. - C.E., 27 juin 1923, *Corruble*, Rec. p. 524. - C.E., 27 juil. 1932, *Léonard*, Rec. p. 799. - C.E., 8 nov. 1933, *Bory*, Rec. p. 1024. - C.E., 22 mars 1941, *Compagnie Métropolitaine d'entreprises*, Rec. p. 52. - C.E., 9 nov. 1949, *Marquis*, Rec. p. 467. - C.E., Sect., 19 mai 1950, *Compagnie d'exploitation automobile*, Rec. p. 304. - C.E., 4 juil. 1957, *Société niortaise de constructions mécaniques*, Rec. p. 443. - C.E., 20 fév. 1976, *Min. D.N. c/ Laboratoires R. Derveaux*, Rec. p. 110. - C.E., 11 fév. 1983, *Société d'études, travaux et préfabrication*, N°21.369. - C.A.A., Paris, 23 mai 1996, *Mme Grondin c/chambre d'agriculture de la Réunion*, N°94PA01284.

¹⁴²⁶ La foi indique la croyance, ce qui renvoie à l'individu, tandis que la volonté peut être objectivement attribuée à une personne morale : cf. supra p. 153 et s. Quelques arrêts utilisent la formule « mauvaise foi » : C.E., 22 juin 1906, *Mille*, Rec. p. 574. - C.E., 10 déc. 1947, *Bonadeau*, Rec. p. 701. - C.E., 9 fév. 1961, *Ministre des Armées*, Rec. p. 81.

¹⁴²⁷ C.E., 11 mars 1904, *Sénergous*, Rec. p.218.

¹⁴²⁸ Ex: C.E., 24 fév. 1937, *commune de Ganges*, Rec. p. 247.

¹⁴²⁹ C.E., 25 avr. 1958, *Secrétaire d'Etat à la Marine c/ Soc. Lorraine des Acières de Rombas*, Rec. p. 233: l'administration qui s'estime créancière du requérant « a pu, de bonne foi, et jusqu'au règlement de cette question [...] différer le versement de l'indemnité ».

En vérité, nous ne pensons pas qu'il y ait une place pour la « malveillance » dans la responsabilité de l'administration. On peut tout au plus admettre qu'en raison des imperfections du système juridique, l'administration puisse être tentée de commettre volontairement l'illicite croyant en cela servir l'intérêt général ; la faute commise est alors de service. En revanche, il ne paraît pas concevable de qualifier de faute de service ce qui est le résultat d'une intention de nuire¹⁴³⁰. La puissance publique a pour essence de prodiguer le bien au plus grand nombre d'individus. Elle ne peut vouloir nuire en dehors des procédés licites. En définitive, selon nous, toutes les fois qu'un dommage est le fruit d'une intention malveillante de nuire, la faute commise n'est plus de service mais personnelle à l'agent, car elle s'en détache intellectuellement.

L'exemple du dénigrement ou de l'atteinte à la réputation d'un administré est à la frontière des deux fautes. L'atteinte à la réputation d'un administré est très rarement voulue par l'administration, elle est le résultat de ce que l'on pourrait appeler le cynisme administratif. A force de penser les administrés comme des choses que l'on gère le plus efficacement possible, on agit avec manque de tact et désinvolture, mais sans méchanceté. Ainsi en est-il des promesses administratives non tenues¹⁴³¹ ou des vexations inutiles infligées en public¹⁴³². Si la nuisance illicite portée à l'administré est en revanche exercée à dessein de faire mal, la faute ne devrait plus être de service et l'appréciation subjective qui préside alors ne serait pas celle de la faute de service, mais celle de la faute personnelle.

Dans les cas de divulgation d'informations concernant les administrés qui sont susceptibles de leur préjudicier¹⁴³³, ou dans celui de critiques exagérées formulées par des agents¹⁴³⁴, il devient très malaisé de discerner le mal qui a été voulu, celui qui ne peut pas être le fait du service, de celui qui ne l'a pas été. Dans le cas où le dénigrement de la part de l'administration est systématique, il devient difficile de maintenir que la faute est de service et on devrait soupçonner en ce cas « l'affaire personnelle ». Mais, on peut comprendre qu'il est alors plus facile pour le juge d'imputer les actes indécents de l'administration au service plutôt

¹⁴³⁰ Concluant sur C.E., 3 janv. 1958, *Levrat*, S. 1958, I, p. 113, le commissaire DUTHEILLET DE LAMOTHE jugeait difficile d'imaginer qu'une collectivité publique puisse commettre une faute intentionnelle.

¹⁴³¹ C.E., 12 fév. 1990, *Secrétaire d'Etat chargé des Postes et Télécommunications c/Clouet*, Rec. tables p. 970: promesse de prise en charge d'un logement pour inciter un agent à demander sa mutation, promesse intenable car illicite.

¹⁴³² Voir C.E., 21 fév. 1936, *Delle Ducassé*, Rec. p. 232: l'interpellation d'une femme sur la voie publique afin de vérifier son inscription sur le registre des mœurs est vexatoire et fautive. Voir également: C.E., 5 juil. 1957, *Département de la Sarthe*, Rec. p. 454: est fautif le manque de tact du service de lutte contre les maladies contagieuses à l'égard d'une jeune femme injustement soupçonnée d'être contaminante.

¹⁴³³ C.E., 28 mars 1969, *Osmont*, Rec. p. 213. J.-Cl. Ad., fasc. 818 n°150.

¹⁴³⁴ C.E., 28 avr. 1978, *Sté générale*, Rec. p. 194.

qu'aux agents¹⁴³⁵. En cela la faute de service remplit la fonction de garantie de la responsabilité administrative.

Ce constat peut-il conduire à penser que la présentation jurisprudentielle de la faute est contradictoire ? En vérité l'appréciation du juge repose toujours sur des éléments objectifs dans la mesure où c'est au service que la faute est imputée. Afin de pouvoir imputer la faute au service plutôt qu'à la personne, c'est une illégalité qui est déclarée bien souvent comme constitutive de la faute. Par exemple, reconnaître un détournement de pouvoir et en conclure à l'existence d'une faute, c'est se fonder sur un moyen de légalité objectif¹⁴³⁶, alors même que la qualification du détournement de pouvoir implique un certain examen approfondi des motivations des fonctionnaires¹⁴³⁷. Or, faire transiter la responsabilité par le constat d'une illégalité objective permet de focaliser sur la violation d'une obligation pesant sur l'administration et non sur l'agent, de sorte que même en cas de détournement de pouvoir la faute personnelle soit simultanément la faute du service¹⁴³⁸. Ce qui préside à la découverte d'une intention dolosive de la part du service relève d'un manquement à une obligation objective qui est celle d'agir de bonne foi. Or, cet examen du comportement par rapport à la bonne foi exigée n'est pas essentiellement subjectif puisqu'il est mené en référence à un standard de normalité. Il n'est pas lieu de sonder la psychologie particulière d'un agent pour y parvenir, la recherche s'effectue à partir d'éléments essentiellement objectifs¹⁴³⁹. De sorte que selon M. PAILLET, « au maximum il y a appréciation objective d'un conditionnement - rarement - subjectif »¹⁴⁴⁰.

A ce stade de notre présentation de la faute de service, nous pouvons rejeter les objections de Marcel WALINE, pour qui la théorie de la faute de service ne s'inscrit pas dans le cadre d'une responsabilité pour faute personnelle de l'administration parce que c'est toujours une responsabilité du fait d'autrui qui s'applique en droit administratif. Selon cet auteur, les personnes morales ne peuvent pas commettre de faute¹⁴⁴¹. Cet argument est dépassé aujourd'hui. Ce que sanctionne la responsabilité civile, c'est le manquement à une

¹⁴³⁵ C.E., 28 nov. 1962, *Ministre des affaires étrangères c/ Roger Peyrefitte*, Rec. p. 637.

¹⁴³⁶ En ce sens L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Economica 1978, p. 98.

¹⁴³⁷ D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil, son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelles françaises*, th., L.G.D.J. 1999, p. 45 à 51.

¹⁴³⁸ Pour mettre fin à cette ambivalence, il faudrait considérer que l'illégalité uniquement commise dans un cadre personnel n'est pas une simple illégalité mais un cas d'inexistence de l'acte.

¹⁴³⁹ L. RICHER, op cité, p.98.

¹⁴⁴⁰ J.-Cl. Ad., fasc. 820 n° 51.

¹⁴⁴¹ *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey 4^{ème} éd. 1946, p. 496s.

obligation, manquement que l'on appelle faute. Or, c'est bien l'administration qui est obligée de par le contrat social de répondre du fonctionnement des services publics. La faute de service est bien la méconnaissance d'une obligation imposée à l'administration personne morale.

La faute de service est la violation du droit appartenant aux administrés. Cette affirmation est le corollaire évident de la précédente. Si l'administration est seule débitrice des obligations de service envers les usagers, la faute du service est nécessairement la violation d'un droit correspondant attribué aux administrés par le contrat social. Cet aspect n'apparaît pas clairement dans la jurisprudence car le juge n'aime pas s'embarrasser de redondances inutiles, et bien souvent la seule référence à l'obligation de service méconnue lui suffit¹⁴⁴². Il n'empêche que souvent la faute de service « résidera tout simplement dans le fait que le service public n'a pas répondu à l'attente légitime des usagers »¹⁴⁴³. Il n'est donc pas surprenant de lire des arrêts rejetant la responsabilité de l'administration à défaut de droits appartenant aux requérants qui auraient été méconnus, puisqu'alors il n'existe pas d'obligation correspondante s'imposant à l'administration dont la violation puisse constituer la faute¹⁴⁴⁴.

Pris sous cet angle, le problème de la responsabilité met l'accent sur la théorie des droits subjectifs acquis. Cependant, il ne change rien à la part de liberté laissée au juge dans la détermination de ce qui constitue une faute. Il lui appartient en effet de déterminer quels sont les droits des administrés en l'absence de textes explicites aussi souvent qu'il a pouvoir de dire quelles sont les obligations de l'administration. Le problème est seulement déplacé, car les deux recherches sont comme les deux facettes d'une même pièce. Le critère de l'anormal joue aussi pour déterminer quels sont les droits des administrés et le juge ne rechignera pas à se référer à des droits très généraux tels que les garanties médicales dont doivent bénéficier les malades dans les hôpitaux publics¹⁴⁴⁵, au droit des usagers de la justice de compter sur l'appui de la force publique¹⁴⁴⁶, au droit des personnes à la sécurité¹⁴⁴⁷, à celui moral d'un artiste sur son œuvre¹⁴⁴⁸, etc.

¹⁴⁴² Cf. M. PAILLET, J.-Cl. Ad., fasc. 820 n°49.

¹⁴⁴³ J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, coll. Que-sais-je ? 2^{ème} éd., PUF 1995, p. 63.

¹⁴⁴⁴ C.E., 6 nov. 1953, *Maugis*, Rec. p. 471: l'administration ne commet pas de faute en évinçant un correcteur habituel d'épreuve de concours car il n'existe aucun droit pour lui à corriger le concours tous les ans. - C.E., 5 mai 1965, *Commune de Meandre c/Dalbera*, Rec. p. 261: absence de faute car inexistance du droit à obtenir le renouvellement d'une subvention. - C.E., 21 juin 1978, *Delle Laget*, R.D.P. 1979, p. 1177: absence de faute dans le fait de réduire le temps de travail d'une secrétaire de mairie dans la mesure où celle-ci ne tient de la loi aucun droit en ce sens.

¹⁴⁴⁵ C.E., 25 juin 1954, *Dame Forcina*, Rec. p. 388. - C.E., 6 nov. 1959, *Sarotte*, Rec. p. 591. - C.E., 8 oct. 1986, *CHG de Château-Thierry*, R.D.P. 1987, p. 464.

¹⁴⁴⁶ C.E., 30 nov. 1923, *Couitéas*, Rec. p.789. - C.E., 17 fév. 1988, *Laporte*, R.D.P. 1989, p. 540.

Certes, certains arrêts refusent de reconnaître comme fautif un comportement qui semble pourtant aller contre les droits certains des usagers. Par exemple, l'administration des Postes ne commet pas de faute en ne délivrant plus le courrier d'un usager isolé dans un hameau en raison de l'impraticabilité de la route y conduisant¹⁴⁴⁹. Bien que cela soit l'impression laissée par la jurisprudence, nous ne pensons pas devoir en conclure que la violation du droit de l'administré n'est pas en elle-même suffisante et qu'elle doit en outre être fautive, inexcusable, injustifiée en somme. Il semblerait plus logique de considérer que c'est en fonction des circonstances de chaque espèce que s'apprécie la teneur des droits des administrés, puisque c'est en fonction de ces mêmes circonstances que se reconnaissent les fautes, l'étendue des obligations de service. Ainsi, on dirait de la poste qu'elle n'est pas tenue dans l'acheminement du courrier jusqu'à domicile à une obligation de résultat mais à une obligation de moyens.

Présentée ainsi, la faute de service correspond mieux à la conception contemporaine des rapports entre l'administration et ses usagers et elle permet d'expliquer la différence de traitement des problèmes de responsabilité en fonction des qualités différentes des victimes au regard du service¹⁴⁵⁰. Ainsi, ces rapports apparaissent indubitablement de moins en moins unilatéraux comme il sied à une civilisation qui progresse en sagesse. Depuis quelques décennies, l'usager n'est plus un sujet passif mais un acteur de la vie publique jouissant de plus en plus de droits qui sont transcrits textuellement¹⁴⁵¹, avec plus ou moins d'intensité, mais tout en laissant à l'administration certaines marges d'adaptation de son comportement aux situations concrètes. De la sorte, la faute du service apparaît aussi relative.

¹⁴⁴⁷ C.E., 9 nov. 1983, *Melle Cousturier*, Rec. p. 858 : droit à la sécurité par la signalisation des dangers sur une piste de ski. - C.A.A., Paris, *Mme Pahon*, Rec. p. 911, précautions à prendre lors de la manipulation de meubles au milieu des pensionnaires d'une maison de retraite.

¹⁴⁴⁸ Ceil préf. Montpellier, 9 déc. 1936, *Sudre c/ commune de Baixas*, D.P. 1936,3, p. 68. - C.A.A., Bordeaux, 27 déc. 1990, *M. Valiente*, R.F.D.A. 1991, p. 441, obs. L.V. Fernandez et J.-P. Maublanc. - C.A.A. Nancy, 2 mai 1996, *Commune de Sarre-Union c/ Cts Koenig*, A.J.D.A. 1996 p. 950.

¹⁴⁴⁹ C.E., 17 oct. 1986, *Ministre des PTT c/Ehrardt*, A.J.D.A. 1986, p. 720, chron. Azibert et De Boisdeffre, p. 694.

¹⁴⁵⁰ J.-Cl. Ad., fasc. 818, n° 77.

¹⁴⁵¹ Droit d'accès aux documents administratifs, droit de connaître les motivations des actes et de pouvoir les contester etc. Voir B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, th. L.G.D.J. 1993.

3) *Le caractère relatif de la faute*

Le dernier trait caractéristique de la faute de service est qu'elle est « relative ». On désigne par-là le mécanisme de gradation des dysfonctionnements qui serait propre au droit administratif. Pour Y. WEBER¹⁴⁵², n'importe quelle transgression n'entraîne pas la responsabilité de n'importe quel service. Il faudrait donc retenir que rien n'a fondamentalement changé sur ce point depuis la célèbre formule de la jurisprudence *Blanco*, qu'il peut exister des erreurs non fautives parce que la faute de service est appréciée avec « réalisme »¹⁴⁵³, en fonction des services, et même de toutes circonstances entourant leur activité. Ceci apparaît tout à fait cohérent. La faute de l'administration a bien un caractère relatif si elle est la sanction de la violation d'une norme d'administrativité, même déterminée au terme d'une promesse faite par avance dans un cadre contractuel, norme dont nous savons qu'elle varie en fonction des différents critères que nous avons évoqués plus haut, et en considération des circonstances de chaque espèce.

§ 2 *L'obligation atténuée par les circonstances*

Les circonstances dans lesquelles le dommage dont il est demandé réparation est survenu pèsent lourdement dans l'appréciation du comportement administratif. Cela résulte de la nature même du concept de responsabilité et de ses fonctions. Car comme l'ont écrit MM. MAZEAUD, « il ne peut y avoir en matière de responsabilité civile, deux logiques: l'une publique, l'autre privée »¹⁴⁵⁴. C'est bien la faute qui a permis le développement de la responsabilité publique. En effet, la seule façon de rendre intelligible et acceptable pour le plus grand nombre le développement de la responsabilité des personnes morales était de recourir à la notion de faute, quitte à en transformer le contenu.

¹⁴⁵² Op. précité, p.36.

¹⁴⁵³ Y. WEBER, *ibid.*

¹⁴⁵⁴ H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5ème éd. Sirey 1957, t. 1 p. 10, et t. 2 p. 825.

Malgré les critiques faites à la l'expression de faute de service¹⁴⁵⁵, il ne se trouve guère d'autres termes qui puissent montrer aussi bien que « l'on est responsable si on a causé le dommage et dans la mesure où on l'a causé »¹⁴⁵⁶. Bien entendu la faute a glissé du subjectif vers l'objectif mais elle n'usurpe pas son rôle dès lors que sa qualification est le résultat d'une méthode qui tient compte des circonstances de fait des espèces (A). Aucune autre notion ne fait mieux état de la fonction sanctionnatrice de la responsabilité, et celle-ci répond à un besoin dans lequel la théorie de la gradation des fautes pouvait s'inscrire (B).

A) L'appréciation circonstanciée de la faute de service

Appréhendant la méthode d'appréciation de la faute en droit administratif, nous pénétrons au cœur de ce qui fait l'originalité de la notion. Il n'est pas étonnant que le juge administratif ait une approche différente de son homologue civil pour apprécier une notion qui au départ ne recouvre pas la même réalité. Si les critères de reconnaissance de la faute sont communs aux deux droits, leur maniement diffère. Peut-on dire que l'appréciation de la faute de service est plutôt *in concreto*, ou plutôt *in abstracto* ? Celui des juridictions administratives est à ce point particulier que l'on hésite même à adopter le langage privatiste pour énoncer la méthode publiciste (1). Dès lors, l'examen approfondi dans la pratique jurisprudentielle des critères particuliers de la prise en compte des circonstances pour qualifier la faute s'impose (2).

¹⁴⁵⁵ Résumées par le commissaire du gouvernement GAZIER dans ses conclusions sur C.E., 30 juil. 1949, *Patureau Mirand*, D. 1950, p. 110: « La faute n'est qu'un fondement artificiel de la responsabilité administrative, instrument commode de technique juridique mais traduisant mal la réalité des choses ».

¹⁴⁵⁶ RADOUANT, note sous Cass. civ. 2ème., 13 fév. 1957, *Houillères du Bassin du Nord et du Pas-de-Calais*, D. 1958, p. 73.

1) L'énoncé de la méthode d'appréciation de la faute en droit administratif

A la question de savoir si le juge qualifie la faute *in abstracto* ou *in concreto*, l'examen des arrêts n'apporte pas une réponse tranchée. En réalité, nous serions en présence d'un mode d'appréciation « intermédiaire »¹⁴⁵⁷. La démarche du juge administratif est principalement concrète-objective¹⁴⁵⁸ en ce que des éléments concrets sont appréciés objectivement, mais elle sait parfois devenir abstraite-subjective¹⁴⁵⁹. Doit-on se résoudre à croire avec M. PAILLET que « la méthode du juge administratif défie donc en la matière toute systématisation »¹⁴⁶⁰?

On peut y renoncer et préférer se pencher sur les éléments concrets et les éléments abstraits de cette appréciation¹⁴⁶¹, car il est délicat de trancher dans la généralité qu'une méthode est abstraite ou concrète. La doctrine a acquis l'habitude, avec les travaux de M. HAURIOU¹⁴⁶², de dire que l'appréciation est largement *in concreto*. L'éminent auteur percevait tout à fait l'approche pragmatique du droit administratif : « un service public organisé représente un corps de traditions, d'habitudes, de disciplines ; il y a dans ce service public une certaine *diligentia* habituelle, qui n'est certainement pas la *diligentia maxima* mais qui est cette diligence moyenne dont se contente la bonne administration appréciée *in concreto*. »¹⁴⁶³.

Notre préférence ira à une autre distinction plus affinée des méthodes d'appréciation de la normalité d'un comportement formulée par S. RIALS. Cet auteur a exposé que la distinction traditionnelle devait être dépassée, car séduisante de simplicité elle n'en est que « justement trop simplificatrice d'une situation complexe »¹⁴⁶⁴. L'appréciation peut être extrinsèque ou intrinsèque selon que dans le premier cas le modèle de référence est hors du sujet examiné, ou que dans le second, le modèle de référence est le sujet lui-même.

La méthode intrinsèque est la moins pratiquée par les juges français. Elle est spécifique au procès criminel par exemple, dans lequel on examine toutes les raisons particulières qui ont conduit un prévenu à commettre un forfait. En revanche, lorsqu'il s'agit d'apprécier une faute civile quasi-délictuelle, au regard d'un standard social de comportement,

¹⁴⁵⁷ N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation "in abstracto" et appréciation "in concreto" en droit civil français*, L.G.D.J. 1965, p.7.

¹⁴⁵⁸ M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif*, L.G.D.J. 1980, n°190, p. 170.

¹⁴⁵⁹ Voir la recherche du mauvais vouloir de l'administration comme exemple de pénétration de subjectivité, supra p. 337.

¹⁴⁶⁰ *ibid.*

¹⁴⁶¹ Choix de M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996, p. 111 et s.

¹⁴⁶² Note sous C.E., 10 fév. 1905, *Tomaso-Grecco*, et C.E., 17 fév. 1905, *Auxerre*, au S.1905,3, p. 113.

¹⁴⁶³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 8^{ème} éd. 1914, p. 499.

¹⁴⁶⁴ *Le juge administratif et la technique du standard*, th. L.G.D.J. 1980, p. 401.

on ne peut que se fonder sur une appréciation extrinsèque. Ici, un standard général peut suffire : ce sera le bon père de famille, ou le service public modèle. Mais dans la plupart des situations, il faut un modèle plus affiné. En droit civil, on s'intéresse par exemple à l'âge ou à la profession du responsable¹⁴⁶⁵.

Le droit administratif va plus loin dans l'affinement du modèle de référence ; il opère des distinctions selon la nature du service en cause à raison de la particularité de son type de mission et des circonstances dans lesquelles il l'exerce. M. WALINE résumait ainsi : « le Conseil d'Etat ne juge pas la faute d'après un critère préétabli, tel que la conduite d'un bon père de famille ; il examine dans chaque cas, s'il y a eu faute, en tenant compte de toutes les circonstances de fait »¹⁴⁶⁶.

Cette affirmation est excessivement autonomiste. Ce n'est pas parce que les circonstances de fait sont toujours examinées, qu'elles jouent forcément en faveur du service défendeur. Le comportement du service demeure apprécié en fonction d'un modèle, aussi fin soit-il, qui n'est pas lui-même mais qui résulte de l'idée que le juge se fait d'un service identique placé dans des conditions semblables. C'est donc au regard d'une normalité « sectorielle » ou « catégorielle » que la faute est appréciée. De ce point de vue, l'appréciation demeure abstraite puisqu'elle se réfère à un standard préexistant. Nous rejoignons ici la position de S. RIALS pour qui, l'appréciation est *in abstracto* dès lors qu'elle met en œuvre « un étalon élaboré à partir de ce qu'est ou de ce que doit être l'objet ou le sujet étudié »¹⁴⁶⁷. Pourtant, elle puise dans l'observation des comportements répandus dans les faits au sein de la catégorie envisagée. Elle se réfère plus à la normalité descriptive (ce qui est) qu'à la normalité dogmatique (ce qui doit être).

Au vu des considérations d'espèce très précises dont le juge administratif tient compte pour reconnaître la faute de service, on hésite ainsi à dire que la méthode est *in abstracto* descriptive ou carrément *in concreto*. Il semble que selon les espèces et l'intensité de prise en considération des circonstances, on soit dans l'un ou l'autre cas. Mais ce qui importe c'est de vérifier que la méthode d'appréciation n'est pas identique à celle du droit civil. En effet, la Cour de cassation n'a pas craint de déclarer l'enfant fautif en exigeant implicitement de lui un comportement semblable à celui d'un bon père de famille¹⁴⁶⁸. Le juge judiciaire use ainsi de

¹⁴⁶⁵ Le juge judiciaire apprécie plus sévèrement le comportement du professionnel pour ce qui touche son domaine que celui du profane.

¹⁴⁶⁶ *Précis de droit administratif*, t. 1, Montchrestien, 1969, p. 564 n° 1082.

¹⁴⁶⁷ S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, Paris, L.G.D.J. 1980, p. 338.

¹⁴⁶⁸ Cass. A.P., 9 mai 1984, *Lemaire*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, F. TERRE et Y. LEQUETTE, 10^{ème} éd. 1994, p. 493.

l'appréciation extrinsèque *in abstracto* dogmatique, tandis que le juge administratif aborde le problème de façon plus descriptive et statistique¹⁴⁶⁹. Les différences ne sont donc pas aussi fondamentales que voulait l'entendre la doctrine classique ; elles demeurent néanmoins flagrantes en pratique.

2) La prise en compte des circonstances dans la jurisprudence

Dans l'examen de la faute est indiscutable en droit administratif la prise en considération de toutes sortes de circonstances d'espèce. En témoignent les formules très usuelles de références jurisprudentielles aux « circonstances de l'affaire » ou aux « circonstances de l'espèce »¹⁴⁷⁰. Ces expressions n'éclairent guère sur le mode de raisonnement, aussi faut-il s'attacher à répertorier les éléments qui figurent parmi lesdites circonstances de référence. Les circonstances qui entourent l'action administrative sont des éléments étudiés pour reconnaître la faute de service, qu'elle soit simple ou lourde¹⁴⁷¹, parce qu'ils déterminent l'étendue des obligations qui pèsent sur le service.

a) La référence aux circonstances de temps et de lieu

Les circonstances de lieu et de temps jouent un rôle important dans la recherche de la faute. Si elles ne sont pas d'une particularité suffisante, le juge ne les souligne pas et peut les fondre dans « les circonstance de l'affaire »¹⁴⁷².

Les circonstances de temps sont particulières toutes les fois qu'un service a agi dans l'urgence. L'urgence peut justifier un fonctionnement différent de celui que l'on est en droit d'exiger en son absence. En matière médicale, l'urgence est un facteur essentiel de compréhension des comportements. Il peut s'agir de l'urgence d'une opération chirurgicale¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁹ Différence nettement soulignée par J. DEFRENOIS, *La faute du service public*, th. Bordeaux, 1937, p. 31.

¹⁴⁷⁰ Voir M. PAILLET, op. cit., n°232 p. 112.

¹⁴⁷¹ La doctrine s'accorde à penser que les standards d'appréciation de la faute sont les mêmes quel que soit le degré de faute exigé: J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, 2^{ème} éd., coll. Que sais-je ?, PUF 1995, p. 74.

¹⁴⁷² Par ex.: C.E., 11 janv.1991, *mme Biancale*, R.D.P. 1991, p. 1446.

¹⁴⁷³ C.E., 12 juin 1953, *A.P. c/Dame Baty*, Rec. p. 283. - C.E., 20 mars 1970, *Epoux Martin*, Rec. tables p. 1190. - C.A.A., Paris, 5 juin 1990, *Assistance publique paris c/ Grunfelder*, Rec. tables p. 976 : choix d'une thérapie risquée en l'absence d'urgence.

L'absence d'urgence rend fautive l'intervention intempestive¹⁴⁷⁴ puisque le consentement du malade doit toujours être recueilli. Ici, n'est mis *a contrario* en lumière que l'élément temporel qui joue sur l'étendue de l'obligation du service elle-même, puisque l'urgence dispense de recueillir le consentement¹⁴⁷⁵.

La prise en compte du critère du temps par le juge est très générale¹⁴⁷⁶. Par exemple, il est pris acte du fait que l'action administrative s'est déroulée la nuit¹⁴⁷⁷. Même lorsque l'urgence n'est pas caractérisée, le Conseil d'Etat examine le bref délai dont disposait un maire averti d'un danger la veille de la production du dommage¹⁴⁷⁸. Récemment, la Haute Juridiction a annulé pour erreur de droit l'arrêt d'une cour administrative d'appel qui, pour qualifier de fautive la contamination d'un patient, n'avait pas tenu compte du bref laps de temps entre la mise sur le marché du test de dépistage du sida et son emploi par l'hôpital¹⁴⁷⁹. Il n'est pas besoin s'étendre sur beaucoup d'illustrations pour démontrer combien le juge pousse loin son analyse des données de temps¹⁴⁸⁰.

En raison du principe d'égalité et de continuité du service public, les circonstances de lieu ne peuvent pas jouer aussi systématiquement, car tout le monde a droit à la même qualité de service public en tout point du territoire national. Cependant, il peut être tenu compte du fait que certains services publics sont implantés dans des endroits très particuliers, notamment isolés. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il autrefois tenu compte de l'éloignement du pénitencier de Cayenne pour apprécier la faute de ce service¹⁴⁸¹. On peut interpréter ainsi le refus des

¹⁴⁷⁴ Ex. C.E., 17 fév. 1988, *mme Morette Bourny*, Rec. p. 73.

¹⁴⁷⁵ C.E., 19 mars 1983, *M. Ali Moudjahed*, Rec. tables p. 824.

¹⁴⁷⁶ Sur l'effet de l'urgence dans la lutte contre l'incendie, voir C.E., 20 juin 1956, *Delle Foncin*, Rec. p. 253.

¹⁴⁷⁷ C.E., 1er mars 1957, *Dame Veuve Nguyen Trung*, Rec.p.141. - C.E., 10 juil. 1963, *veuve Montagne*, Rec. p. 426. - C.E., 10 nov. 1976, *Artuso*, Rec. tables p. 1102.

¹⁴⁷⁸ C.E., 11 mars 1983, *Bertazzon*, Rec. p. 853.

¹⁴⁷⁹ C.E., 16 juin 1997, *Assistance Publique Hôpitaux de Paris*, Rec. p. 242.

¹⁴⁸⁰ La circonstance d'urgence pèse sur l'appréciation de la faute, même quand elle n'est pas réelle. Ainsi, dans un arrêt *Foucault*, le Conseil d'Etat déclare : « qu'en raison de l'urgence particulière qui tenait au caractère extrêmement contagieux de la maladie décelée par l'analyse émanant du Laboratoire Central de Recherches Vétérinaires d'Alfort et à proximité de la date du concours international auquel devaient être présentés des animaux appartenant au sieur Foucault, le préfet de la Mayenne a pu, sans commettre une faute lourde, décider de la mise sous surveillance du troupeau ovin et caprin appartenant au requérant en se fondant sur le seul résultat de l'analyse transmis par le laboratoire d'Alfort qu'il n'avait aucune raison de suspecter ». Dans cette affaire, l'urgence était virtuelle puisque les faits étaient matériellement inexacts, mais « la circonstance que l'arrêt attaqué se soit trouvé [...], reposer sur des faits matériellement inexacts, n'est pas de nature, dans les circonstances de l'espèce, à engager la responsabilité de l'Etat; » : C.E., 21 juin 1972, Rec. p. 461.

¹⁴⁸¹ C.E., 4 janv. 1918, *Zulémario*, Rec. p. 10.

tribunaux de considérer comme fautive la non distribution du courrier dans un endroit très isolé et d'accès impraticable¹⁴⁸².

Mais, il est tout de même rare que les circonstances de lieu jouent à elles seules un rôle décisif. Il ressort de lectures approfondies de la jurisprudence que l'examen des circonstances de temps et de lieu permet parfois d'apprécier en outre la prévisibilité d'un fait dommageable¹⁴⁸³. Or, nous l'avons dit, la faute consiste à ne pas avoir empêché le dommage évitable. Si l'époque ou le lieu permettait de s'attendre à un dommage, le juge en tiendra compte dans son examen des difficultés réelles auxquelles s'est trouvée confrontée l'administration. A l'inverse, si les circonstances spatio-temporelles ne permettaient pas d'agir de sorte à éviter le dommage, la faute n'existera pas¹⁴⁸⁴. Or, ce sont les moyens concrets du service, potentiellement fixés par les données spatiales et temporelles, qui devront éventuellement être soumis à examen, car ils permettent de répondre à la question de savoir si l'administration aurait pu éviter le dommage. En réalité, le critère de la prévisibilité du fait dommageable est celui de détermination de l'obligation d'administrativité. La prise en compte des circonstances a donc un effet seulement indirect sur la reconnaissance de la faute. Cela est confirmé aussi dans les cas de circonstances exceptionnelles.

b) La théorie des circonstances exceptionnelles

La théorie des circonstances exceptionnelles illustre très bien comment la norme d'administrativité elle-même varie en fonction des circonstances. Cette théorie classique du droit administratif¹⁴⁸⁵ qui permet de niveler les illégalités, réduit aussi les fautes. Elle

¹⁴⁸² C.E., 17 oct. 1986, *ministre des PTT c/Ehrardt*, Rec. p. 240; R.A., 1986, p. 569 note Terneyre; A.J.D.A. 1986, p. 720, chron. Azibert et De Boisdeffre, p. 694.

¹⁴⁸³ Par exemple, dans l'affaire *Société agricole d'Oyre*, la Haute Juridiction analyse avec soin la décision qui avait été prise de retirer d'un secteur de forêt précédemment incendié le dispositif de surveillance mis en place. Il estime que: « Dans les conditions où elle est intervenue, et alors qu'il n'est pas établi qu'une recrudescence anormale des sinistres dans la région ait rendu nécessaire un retrait aussi complet et aussi soudain du dispositif de surveillance mis en place dans la commune d'Oyre, la décision de procéder à ce retrait a été constitutive d'une faute lourde ». Avant de conclure en ce sens, le Conseil d'Etat n'a pas manqué de préciser « qu'à l'endroit où l'incendie a repris [...] cette reprise était rendue prévisible par la nature de la végétation » : C.E., 7 oct. 1966, Rec. p. 532.

¹⁴⁸⁴ En réalité, le standard de la prévisibilité est souligné dans le cas où l'administration a pour mission de prévenir le fait d'un individu ou un « fait d'événement ». Dans ces cas, le service n'est fautif que si les circonstances rendaient le dommage prévisible. Voir par ex: C.E., 21 janv. 1991, *Mme Berguerand*, R.D.P. 1991, p. 1448. Voir L. RICHER, th. précitée, p. 54.

¹⁴⁸⁵ Voir L. NIZARD, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, Paris 1960 ; A. MATHIOT, *La théorie des circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la doctrine*, études off à A.Mestre, S. 1956, p. 413.

systematise la prise en compte des données temporelles et spatiales en un même ensemble, car il est vrai, le juge peut rarement utiliser les unes sans évoquer les autres¹⁴⁸⁶.

Par « circonstances exceptionnelles », il faut entendre la situation grave justifiant le fonctionnement anormal des institutions, ou plus exactement élevant le seuil d'anormalité au-delà duquel il y a fonctionnement « à faux » du service. Le phénomène s'inscrit dans une certaine durée bien qu'il soit temporaire. Sa durée peut révéler son caractère exceptionnel, s'agissant d'une grève par exemple¹⁴⁸⁷, mais celle-ci ne peut excéder une certaine longueur car alors l'exceptionnel deviendrait l'ordinaire.

Il est advenu que la jurisprudence use parfois de l'expression « circonstances extraordinaires »¹⁴⁸⁸, mais la notion n'a aucune autonomie en contentieux de la responsabilité par rapport à celui de la légalité. Certes, il n'est pas nécessaire que des circonstances exceptionnelles aient été préalablement reconnues comme telles sur le plan de la légalité pour qu'elles opèrent sur celui de la responsabilité, mais il ne saurait faire de doute que des circonstances reconnues exceptionnelles par le juge de l'indemnité ne soient pas les mêmes qui absolvent de l'illégalité.

La première application de la théorie concerna les périodes de conflits armés¹⁴⁸⁹, mais elle peut résulter de catastrophes naturelles¹⁴⁹⁰. Louable lorsqu'il s'agit d'attribuer à l'administration des pouvoirs proportionnés aux dangers encourus, une sorte de légalité spéciale aux temps de crise, cette jurisprudence est en revanche critiquable dans son application au contentieux de la responsabilité, car le juge en a usé de façon un peu trop abstraite. La prise en compte des réalités administratives a abouti en fait au rejet de l'examen de certaines situations concrètes. C'est le constat que l'on peut tirer de la pratique du juge qui délimite précisément dans le temps les circonstances exceptionnelles pour exonérer l'administration sans chercher dans les détails des espèces si les difficultés étaient réelles. Dès lors qu'un fait dommageable s'est produit dans la période dite « exceptionnelle », il est présumé moins grave¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁶ Voir M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif*, L.G.D.J. 1980, p. 156. Le juge administratif emploie souvent sans distinguer l'expression de « circonstances de temps et de lieu », ainsi dans C.E., 29 avr. 1987, *Consorts Yener et Erez*, Rec. p. 151.

¹⁴⁸⁷ C.E., 18 avr. 1947, *Jarrigion*, Rec. p. 148 ; S. 1949,3, p. 33 note J. Rivero.

¹⁴⁸⁸ C.E., A., 30 janv. 1948, *Veuve Bernard*, Rec.p.47; S. 1948,3, p. 105 ; J.C.P. 1948,II,4133, concl. Célier. - C.E., 9 avr. 1948, *veuve Ciais*, Rec. p. 156.

¹⁴⁸⁹ C.E., 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. p. 651. Voir G.A.J.A. 12^{ème} éd. Dalloz 1999, p. 193.

¹⁴⁹⁰ C.E., 28 juil. 1952 *Consorts Beauvais*, Rec. p. 404. - C.E., 9 oct. 1959, *Dame Duffieux*, Rec. tables p. 1097.

¹⁴⁹¹ L'affaire *Florand* en fournit une probante illustration. Le Conseil d'Etat y distingue la part de dommage pour la période exceptionnelle et la part hors période qui seule fait l'objet d'une réparation: « En ce qui concerne l'arrestation du sieur Florand à la date du 30 août 1944 et sa détention jusqu'au 2 septembre suivant: Considérant qu'eu égard aux circonstances exceptionnelles de l'époque et à la très courte détention du sieur Florand, ces faits

Ces solutions ne tiennent pas compte de ce que les circonstances exceptionnelles entraînent un accroissement des pouvoirs de l'administration susceptibles de lui permettre de faire face à l'augmentation de la difficulté de sa tâche¹⁴⁹². Aussi une telle jurisprudence ancienne ne serait sans doute pas maintenue aujourd'hui à supposer que le juge ferait prévaloir la logique générale d'appréciation de la faute de service qui exige l'examen des difficultés auxquelles se trouve confrontée l'administration dans chaque circonstance en fonction des moyens dont elle dispose.

c) La référence aux moyens d'action du service

La prise en considération des moyens dont dispose le service public pour accomplir sa mission est en définitive le standard déterminant l'existence ou l'absence de faute, car il délimite la difficulté de chaque mission de service public et, par suite, l'étendue des obligations de l'administration. L'auteur d'une thèse consacrée à la relativité de la faute de service avait remarqué que « le juge va déterminer l'étendue de l'obligation de l'administration en fonction des moyens dont elle dispose pour faire face aux charges qui s'imposent à elle »¹⁴⁹³. Selon L. RICHER, l'analyse des moyens est systématique et, en tout état de cause, de plus en plus explicite depuis les années 1960¹⁴⁹⁴.

Le meilleur exemple de la pratique jurisprudentielle que nous cherchons à circonscrire est fourni par la mise en cause du service hospitalier. Concernant l'obligation de surveillance des malades, il est fait mention des moyens dont dispose les établissements pour conclure à l'absence de faute¹⁴⁹⁵. Le secteur hospitalier présente en outre la particularité d'être parfois

ne constituent pas des fautes lourdes de nature à engager la responsabilité de l'Etat ». On voit ici des circonstances exceptionnelles couplées à un préjudice minimisé qui permettent d'établir l'absence de fautes lourdes, alors que le maintien en détention du sieur Florand après le 2 septembre a, « dans les circonstances de l'espèce, constitué des fautes lourdes de nature à engager la responsabilité de l'Etat ». J.-J. THOUROUDE remarque que « les circonstances exceptionnelles étant délimitées dans le temps, le Conseil d'Etat [...], décomposait la période de détention en plusieurs tranches [...]. Ainsi, pour une même détention, la qualification de la faute pouvait coexister avec l'absence de faute lourde due aux circonstances exceptionnelles ». On pourrait déplorer des découpages qui laissent une très grande liberté d'appréciation au juge car ce n'est pas le 2 septembre 1944 à minuit que tout est rentré dans l'ordre et que la soif d'épuration s'est éteinte. Voir J.-J. THOUROUDE, *La faute qualifiée dans la jurisprudence administrative*, th. dactyl. Caen 1974, p. 211 et 212.

¹⁴⁹² Voir aussi C.E., 25 janv. 1952, *Gaydou*, Rec. p. 58. - C.E., 19 oct. 1955, *Sioul*, R.D.P. 1956 p. 209

¹⁴⁹³ G. DAVID, *Essai sur la relativité de la faute du service public*, th. Caen, 1952.

¹⁴⁹⁴ L. RICHER, op. cit., p. 50 et note 1.

¹⁴⁹⁵ C.E., 17 nov. 1965, *Hôpital Hospice d'Autun*, Rec. tables p. 1053. - C.E., 13 oct. 1967, *Dame veuve Dubois*, Rec. tables p. 926. - C.E., 30 oct. 1968, *Epoux Girardo*, Rec. tables p. 1100. - C.E., 22 déc. 1976, *Dame veuve Senée*, Rec. tables p. 1114.

spécialisé dans sa mission, et il peut en être tenu compte aussi¹⁴⁹⁶. La référence permanente aux connaissances scientifiques et médicales pourrait aussi être rattachée à la prise en compte des moyens du service dans l'appréciation de la faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital¹⁴⁹⁷.

De manière générale, la référence aux moyens du service est présente à l'égard de tout type de service et en considération de tout type de circonstances de fait. On peut en donner les grandes lignes et surtout en préciser les limites. Pour la plupart des services, une référence aux moyens matériels et humains est possible, bien que rare. Elle est particulièrement présente dans l'appréciation des fautes des services de police¹⁴⁹⁸, et dans celle des services de secours¹⁴⁹⁹. La doctrine a depuis longtemps senti la nécessité de tenir compte des moyens concrets du service de police pour établir ses fautes de négligence¹⁵⁰⁰. Cela va jusqu'à la prise en compte du cadre juridique de l'activité. Ainsi, les moyens d'action juridique épuisés, l'autorité de police qui n'a pas réussi à faire régner la légalité n'est pas pour autant fautive¹⁵⁰¹.

Les critiques n'ont pas manqué de fondre sur cette jurisprudence des moyens. Les décisions sont mal comprises par une partie de la doctrine. Par exemple, l'affaire *Hawezack*¹⁵⁰², jugée le 5 janvier 1966, a fait couler beaucoup d'encre. S'agissant du suicide d'un aliéné, le Conseil d'Etat décide que l'hôpital n'a pas commis de faute de surveillance « compte tenu des moyens » à sa disposition. On a pu voir dans cette jurisprudence un régime de pénurie en vertu duquel « ce n'est plus le service qui doit s'adapter aux usagers, ce sont les usagers qui doivent restreindre leur besoins en fonction des moyens du service »¹⁵⁰³. Certes, il ne faut pas se perdre à croire en une administration parfaite et l'on partage la réplique de S. RIALS: « globalement la critique [...] est irréaliste : elle méconnaît le phénomène fondamental que l'on pourrait baptiser phénomène de rigidité des structures administratives

¹⁴⁹⁶ Ainsi le juge peut-il relever qu'un établissement n'est pas spécialisé dans le traitement de malades mentaux: C.E., 5 mars 1975, *Dame Moulis*, Rec. p. 177.

¹⁴⁹⁷ Voir C.E., 6 mai 1985, *CHR de Rennes c/ M. et mme Serot*, R.D.P. 1986 p. 898. - C.E., 22 oct. 1986, *Melle Courthioux*, R.D.P. 1987, p. 468. - C.E., 10 mai 1989, *CHR de Lille*, R.D.P. 1990, p. 1116. Cités par M. PAILLET, J.-Cl. Ad., fasc. 820 n°46.

¹⁴⁹⁸ C.E., 10 fév. 1982, *Cie Air Inter*, R.D.P. 182, p. 1438. - C.E., 6 mars 1985, *Groupement ostréicole de Binic*, Rec. tables p. 761.

¹⁴⁹⁹ C.E., 2 mars 1962, *Commune de Roquefort sur Garonne*, Rec. tables p. 1103. - C.E., 19 mars 1965, *Fouet*, Rec. p. 183.

¹⁵⁰⁰ Ainsi M. APPLETON justifiant l'exigence d'une faute lourde à l'égard des activités de police, commentait les arrêts *Vallet* et *Renaudie* avec ces mots : « Sans doute avec plus de vigilance de la part de la police municipale, l'accident eût pu être évité; mais une négligence de cette nature, surtout dans une commune rurale très modestement outillée en personnel, ne constitue pas une faute assez grave ». Cf. C.E., 20 juin 1919, *Vallet*. - C.E., 1er août 1919, *Dame Renaudie*, D. 1920,3, p. 1.

¹⁵⁰¹ C.E., A., 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre*, Rec. p. 334 concl. Gentot; R.D.P. 1972, p. 443 note Waline; J.C.P. 1971,I,2246 note Lochak.

¹⁵⁰² C.E., 5 janv. 1966, D. 1966, p. 317.

dans leur réponse aux demandes. L'administration doit s'accommoder de moyens, en hommes, en matériel, les moyens en hommes étant autant qualitatifs que quantitatifs, dont on ne saurait attendre qu'ils correspondent à l'idéal ».

Plus souvent ce sont les possibilités financières limitées d'une collectivité locale qui sont examinées par les juges. Mais il ne suffit pas qu'elles soient insuffisantes pour alléger les obligations administratives, le juge exige en principe qu'elles soient "hors de proportion" avec les ressources d'une commune soumise par exemple au risque d'avalanches¹⁵⁰⁴. De même, un maire ne commet pas de faute dans l'usage de ses pouvoirs de police en n'ayant pas réalisé des travaux de prévention de glissement de terrain situé près d'une carrière désaffectée car ceux-ci étaient hors de proportion avec les ressources de la commune¹⁵⁰⁵. Si le principe de continuité du service public implique celui de proximité, il faut compter avec les limites de l'efficacité budgétaire. On ne peut pas demander que chacune des nombreuses communes françaises soit dotée d'un établissement hospitalier, disposant des technologies de pointe. Face à l'impression choquante que pourrait laisser le sentiment que l'administration pourrait se prévaloir de ses propres faiblesses, on peut donc préciser des limites.

Pour apprécier le comportement du service, le juge administratif se réfère à un service placé dans les mêmes conditions, mais il ne se réfère pas de façon totalement concrète au service lui-même¹⁵⁰⁶. En conséquence, il est logique et fréquent que les juges, à défaut de textes, imposent à l'administration de doter ses services d'un minimum de moyens. Ainsi en fut-il dans une décision de Section rendue le 13 mai 1983 par laquelle le Conseil d'Etat imputa une faute lourde au maire qui n'avait doté un lieu de baignade d'aucun moyen permettant d'alerter rapidement un centre de secours alors que des accidents s'y étaient déjà produits¹⁵⁰⁷. De plus, le juge administratif n'hésite pas à chercher si, en fait, l'autorité défaillante disposait de moyens suffisants pour accomplir sa mission.

L'affaire *Doublet* est un exemple topique. Un voisin gêné par un camping faisait grief au maire de ne pas avoir fait respecter la réglementation préfectorale en vigueur. Selon le commissaire du gouvernement COMBARNOUS, aucune faute lourde ne pouvait être reprochée au maire dans l'incapacité de faire procéder à l'exécution d'office en l'absence

¹⁵⁰³ A. DEMICHEL, « Vers le self-service public », D. 1970, chr. p. 77.

¹⁵⁰⁴ C.E., 16 juin 1989, *Granger*, Lexilaser n°59554. - C.E., 19 juin 1989, *Assoc. "le ski alpin murois"*, Rec. p. 141. Dans le même sens : C.E., 27 juil. 1979, *Carot*, Rec. p. 342 et *a contrario* C.E., 14 mars 1986, *Commune de Val d'Isère*, Rec. p. 711.

¹⁵⁰⁵ C.A.A., Lyon, 23 janv. 1996, *Barthélémy*, Lexilaser n°95LY01553.

¹⁵⁰⁶ Voir supra p. 345.

d'urgence¹⁵⁰⁸. Le Conseil d'Etat a estimé que, nonobstant l'efficacité finale de la procédure, le maire avait le devoir de mettre en œuvre le minimum de moyens consistant à constater les infractions ou prévenir le préfet. L'insuffisance de moyens ne peut être prise en compte que si elle n'est pas imputable à l'autorité administrative¹⁵⁰⁹.

L. RICHER a bien montré que la référence aux moyens joue aussi très souvent contre l'administration, notamment quant à ses possibilités financières¹⁵¹⁰. Par exemple, dès lors qu'une commune à vocation touristique en retire des profits, elle doit investir dans les mesures de sécurité efficaces¹⁵¹¹. De même, en milieu hospitalier, l'existence de moyens importants peut conduire à une appréciation plus sévère de la faute de la part du juge¹⁵¹².

Enfin, il faut noter aussi que c'est à l'administration de prouver qu'elle ne disposait pas légitimement des moyens suffisants pour éviter la réalisation du fait dommageable. Sur ce point, le Conseil d'Etat sait se montrer exigeant. Par exemple, dans un arrêt *Centre hospitalier de Lagny*, le juge suprême relève que l'établissement ne prouvant pas qu'il n'aurait pas eu les moyens de faire exercer la surveillance qui a fait défaut, il doit être considéré comme fautif¹⁵¹³.

Les travaux de L. RICHER nous aident à saisir comment la difficulté détermine le seuil des obligations du service et surtout comment l'analyse des moyens sert moins comme excuse absolutoire des fautes que comme instrument d'appréciation de la difficulté d'action administrative, comme instrument de mesure de l'étendue des obligations du service. Une preuve en est fournie en ce que le principe fonctionnel, qui crée les obligations de service au même titre que les textes, peut jouer même si l'activité est juridiquement inorganisée, dès lors que l'activité est dotée en fait de moyens suffisants, ou du moins en droit, raisonnablement exigible. L. RICHER souligne : « le Conseil d'Etat considère qu'un service public peut exister, en l'absence de toute décision de l'autorité administrative compétente, chaque fois que sont mis en œuvre des moyens fournis par les collectivités publiques en personnel, en matériel et en deniers. Cependant, pour qu'un service existe, il faut que la mise en œuvre des

¹⁵⁰⁷ C.E., Sect., 13 mai 1983, *Mme Lefebvre*, Rec. p. 194

¹⁵⁰⁸ Concl. sur C.E., 14 déc. 1962, *Doublet*, D. 1963, p. 117.

¹⁵⁰⁹ C.E., A., 7 mai 1971, *Sastre*, Rec. p. 334, concl. Gentot.

¹⁵¹⁰ Op. cit., p. 51 et s.

¹⁵¹¹ Obs. Fournier et Combarnous sous C.E., 23 mai 1958, *Amoudruz*, A.J.D.A. 1958, p. 309. Confortées par C.E., 4 oct. 1961, *Verneuil*, Rec. p. 533 et C.E., 9 fév. 1966, *Ville du Touquet*, Rec. p. 91.

¹⁵¹² C.E., 1er mar 1974, *Mourat*, Rec. p. 161. - C.E., 12 déc. 1979, *CH. de Sevrey*, Rec. p. 464. - C.E., 12 oct. 1983, *mme Rolland*, Rec. tables p. 855. - T.A., Nice, 10 août 1987, *Epoux Le Droff*, Rec. tables p. 934.

¹⁵¹³ C.E., 3 juil. 1974, Rec. tables p. 1153.

moyens n'apparaissent pas comme trop occasionnelle ou marginale.»¹⁵¹⁴. L'obligation peut donc bien naître de l'existence de moyens en fait, tournés vers une activité de service. C'est ainsi que doit s'expliquer la jurisprudence parfois clémente à l'égard des activités bénévoles de l'administration¹⁵¹⁵.

La référence à la difficulté concrète rencontrée par un service est fréquente dans les arrêts¹⁵¹⁶, mais on ne peut en faire un standard autonome de l'appréciation de la faute de service. J. MOREAU l'a bien compris. Cet auteur regroupe dans un même standard « difficultés particulières dans l'accomplissement des missions » et « moyens concrets » dont le service dispose pour les exécuter¹⁵¹⁷. Mais en somme, il n'y a pas plus de raison de rassembler ces deux éléments là que de faire un semblable couple avec le critère des circonstances de temps et de lieu, ou celui de la prévisibilité¹⁵¹⁸. Car en réalité, tous sont imbriqués et ne sont examinés que pour apprécier *in vivo* la difficulté rencontrée par le service et par suite l'obligation que l'on est en droit d'attendre qu'il honore. Le critère de la difficulté n'est donc pas un standard comme les autres. Certes, la difficulté est comme les autres à la fois standard de la faute et de l'obligation, mais sa particularité est qu'elle joue directement sur les deux, tandis que les autres standards ne servent qu'indirectement, en lui donnant une consistance. Ceci explique cette impression que la jurisprudence utilise deux fois l'élément de la difficulté. Une première fois la difficulté servirait à déterminer le degré de faute exigé - en réalité l'étendue de l'obligation -, une seconde fois la difficulté servirait en outre à apprécier le comportement reproché¹⁵¹⁹. Cette impression est mise en valeur par le phénomène des fautes qualifiées.

¹⁵¹⁴ L. RICHER, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵¹⁵ Voir M. MOUSTAKAS, *L'activité matérielle bénévole de l'administration et sa portée véritable en droit administratif français*, R.D.P. 1996 p. 1439.

¹⁵¹⁶ M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, *op. cit.* p. 112, n° 233.

¹⁵¹⁷ J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁵¹⁸ La prévisibilité est mentionnée comme un standard de la faute par tous les auteurs. Pour notre part nous ne lui accordons pas une place équivalente aux autres éléments parce qu'elle joue seulement dans certaines hypothèses. Voir *supra* note 1484.

¹⁵¹⁹ M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, *précité*, p. 112 n° 233.

B) La faillite des anciennes justifications de la faute qualifiée au profit du seul critère de la difficulté particulière

La faute qualifiée doit son apparition au souci d'indemniser toujours plus les victimes. On oublie trop souvent qu'elle constitua, au début, un progrès important des droits des victimes, comme elle a continué de l'être dans l'utilisation audacieuse qu'en a fait le juge pour limiter les clauses d'irresponsabilité d'origine législative ou conventionnelle¹⁵²⁰. A l'époque où le droit administratif s'est ouvert à la responsabilité en recourant à l'idée de faute de service, les administrés jouissaient de beaucoup moins de droits qu'aujourd'hui, et c'est donc à hauteur de la faute qualifiée, soit « lourde » soit « d'une exceptionnelle gravité »¹⁵²¹, que les droits des administrés étaient souvent assurés. La théorie marquait une volonté de sanctionner les comportements les plus nuisibles au sein de l'administration malgré la relative impunité dont jouissaient de nombreux services conçus comme régaliens. Cette théorie eut certes la vertu de remplir une fonction « signalétique » en direction des administrés¹⁵²², mais de seulement floue elle est vite devenue choquante voire agaçante. C'est qu'en réalité la théorie de la faute qualifiée n'est pas convaincante lorsqu'elle fait croire que des fautes légères sont insuffisantes à engendrer la responsabilité publique. La faillite de la théorie de la faute lourde ne doit pourtant pas laisser un vide derrière elle, car elle correspond à une idée dont ne peut pas se passer une responsabilité fidèle à ses fonctions. Les administrés devaient être conscients que certaines activités de la puissance publique sont plus essentielles à la vie de la Nation et particulièrement difficiles, donc moins critiquables. Toutes les explications doctrinales pour justifier la faute qualifiée peuvent finalement se ramener à cette idée, que l'on invoque le caractère régalien (1), socialement important (2) ou bénévole de l'activité en cause (3).

¹⁵²⁰ Voir M. GUENAIRE, *La faute lourde réductrice de l'irresponsabilité légale et conventionnelle de l'Administration*, note sous C.E., 21 nov. 1986, *Soc. Top service c/Min. PTT*, R.F.D.A. 1987, p. 91 ; L. RICHER, *op cité*, p. 140 et s.

¹⁵²¹ Voir M. PAILLET, *J.-Cl. Ad.*, fasc. 820 n°56.

¹⁵²² M. PAILLET, *J.-Cl. Ad.*, fasc. 820 n°91.

1) Le caractère régalien de l'activité

Le concept de souveraineté de l'action administrative a été longtemps invoqué pour justifier la faute lourde. Dans les années 1920, le professeur APPLETON a systématisé cette idée énoncée par E. LAFERRIERE¹⁵²³.

Le principe était appliqué fidèlement en matière de police administrative, notamment dans l'arrêt *Lepreux*: « qu'il est de principe que l'Etat n'est pas, en tant que puissance publique et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents »¹⁵²⁴. Pour séduisante qu'elle soit, cette thèse faisait resurgir la distinction des actes de gestion et des actes de puissance publique. Elle ne correspondait en outre qu'assez mal à l'état de la jurisprudence. Le Doyen TROTABAS notait en 1928: « en réalité ces distinctions paraissent quelque peu arbitraires »¹⁵²⁵. La doctrine a relevé en effet que le juge administratif employait souvent l'expression « faute manifeste et d'une particulière gravité » dans des domaines où il exigeait d'ordinaire une faute lourde¹⁵²⁶. Dans l'arrêt *Singer*, le Conseil d'Etat parle même de « faute lourde et d'une particulière gravité »¹⁵²⁷. Pour G. CORNU, il était « arbitraire de compartimenter et de hiérarchiser à l'extrême »¹⁵²⁸. Le développement de la responsabilité de l'Etat a définitivement ruiné la construction d'APPLETON, dès lors que le juge et le législateur ont admis largement la responsabilité de la puissance publique dans ses activités les plus régaliennes.

Cependant, la tentative de rationalisation d'APPLETON correspondait à une intuition juste. Les manifestations de la souveraineté pouvaient difficilement être qualifiées de façon fautive. Cela explique le développement dans ces domaines de la responsabilité sans faute¹⁵²⁹. De plus, l'idée a perduré longtemps dans le domaine fiscal. Concernant la détermination de

¹⁵²³ Chez APPLETON, la responsabilité était construite sur une base ternaire: « Pour un acte de quasi souveraineté, il faudra établir une faute manifeste et particulièrement grave du service [...] ; en matière d'actes de police, il faut qu'on relève contre le service une faute lourde, une imprudence grave [...] En matière d'actes de gestion proprement dit, la responsabilité de l'Etat et des succédanés est engagée par toute faute de service de quelque gravité qu'elle soit ». Note sous C.E., 16 juil. 1914, *Babouet*, S. 1920,3, p. 4. Voir également: *Traité élémentaire de contentieux administratif*, 1927, p. 437 et s.

¹⁵²⁴ C.E., 13 janv. 1899, Rec. p. 17, S. 1900,3, p.1, note Hauriou.

¹⁵²⁵ Note sous C.E., 1er juil. 1927, *Demoreuil*, D. 1928,3, p.21.

¹⁵²⁶ Police : C.E., 27 oct. 1948, *Ritz*, Rec. p. 396. – C.E., 9 juil. 1943, *Lafitte*, Rec. p.183; Tutelle: C.E., 27 déc. 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne*, Rec. p. 493; Hôpitaux: C.E., 4 janv. 1952, *Dame Roustan*, Rec. tables. p. 823.

¹⁵²⁷ C.E., 8 fév. 1961, *Singer*, Rec. p. 84.

¹⁵²⁸ *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit public et en droit privé*, L.G.D.J. 1949, p. 234.

¹⁵²⁹ Apparue avec éclat C.E., 30 nov. 1923, *Couitéas*, Rec. p.789 ; D. 1923,3, p.59 concl. Rivet ; S, 1923,3, p. 57 note Hauriou, concl. Rivet ; R.D.P. 1924, p. 75 et 208, concl. Rivet note Jèze.

l'assiette et le recouvrement de l'impôt, Melle LEMASURIER a, à juste titre, évoqué « le caractère régalien des services fiscaux », en expliquant que l'acte d'imposition est l'acte type de puissance publique ou d'autorité¹⁵³⁰. Dans ce domaine plus que dans les autres, le juge administratif a affirmé sa réticence. Ainsi, même lorsque l'absence de toute faute rendait inutile toute autre précision, il ne manquait pas de rappeler ses exigences¹⁵³¹.

M. RIALS souligne en cette matière un paradoxe¹⁵³². D'une part, les services fiscaux furent parmi ceux pour lesquels a été aménagé le plus précocement un système de responsabilité. D'autre part, si le Conseil d'Etat a accepté plusieurs fois de diminuer le seuil de gravité de la faute exigée¹⁵³³, il apparaît qu'en pratique une conception très exigeante de la faute qualifiée a ici toujours prévalu¹⁵³⁴. Depuis 1962, les cas de reconnaissance d'une faute qualifiée commise par le fisc sont restés tout aussi rarissimes¹⁵³⁵. Dans de récentes conclusions, le commissaire du gouvernement GOULARD a estimé que le changement de vocabulaire n'a pas réellement atténué la rigueur de la jurisprudence¹⁵³⁶.

La preuve que la justification profonde de l'exigence de faute lourde à l'égard du fisc était une faveur politique accordée aux services fiscaux de l'Etat a été fournie par la jurisprudence du Conseil d'Etat qui admet depuis longtemps la responsabilité pour faute simple des personnes publiques autres que l'Etat dans leurs activités relatives à l'impôt¹⁵³⁷. Aujourd'hui le caractère régalien de ses prérogatives ne peut plus fonder l'irresponsabilité du fisc, même pas à titre accessoire, car en toute espèce le juge doit tenir compte des difficultés particulières rencontrées pour exiger en conséquence la faute lourde. Le mouvement a été initié par la retentissante jurisprudence *Bourgeois* qui semblait distinguer entre les activités d'établissement de l'assiette et de recouvrement de l'impôt comportant des difficultés

¹⁵³⁰ Note sous C.E., 21 déc. 1962, *Dame Husson-Chiffre*, D. 1963, juris., p. 594.

¹⁵³¹ C.E., 13 juin 1934, *Picketty*, Rec. p. 678. - C.E., 27 juin 1934, *Demontmérot*, Rec. p. 738. - C.E., 1er déc. 1937, *Acker*, Rec. p. 985. - C.E., 2 juin 1938, *Comoy*, Rec. p. 517.

¹⁵³² Op. cit., p. 434.

¹⁵³³ C.E., 30 oct. 1959, *Murat*, Rec. p. 566: passage de la faute d'une gravité exceptionnelle à la faute manifeste et d'une particulière gravité. - C.E., 21 déc. 1962, *Dame Husson-Chiffre*, D. 1963, Juris. p. 588 : passage de la faute d'une particulière gravité à la faute lourde. - C.E., Sect., 27 juil. 1990, *Bourgeois*, Rec. p. 242 ; A.J.D.A. 1991, p. 53, note L. Richer; D. 1991, p. 346, note R. Debbasch, somm., p. 287, obs. Bon et Terneyre ; R.F.D.A., 1990, p. 899, concl. Chahid-Nourai : passage de la faute lourde à la faute simple en l'absence de difficulté.

¹⁵³⁴ Du premier arrêt admettant la responsabilité du fisc en 1913 jusqu'en 1962, on relève une infime quantité de décisions engageant cette responsabilité. C.E., 21 fév. 1913, *Cie générale des tramways*, Rec. p. 248. - C.E., 1er juil. 1927, *Demoreuil*, D.P. 1928,3, p.21. - C.E., 11 avr. 1930, *Beauvillé*, Rec. p. 462. - C.E., Sect., 21 juin 1935, *Barneyrat*, D.P. 1935,3, p.65. - C.E., 28 juil. 1951, *Dame Loxq*, R.D.P. 1952, p. 1073.

¹⁵³⁵ C.E., 29 avr. 1966, *Rossi*, Rec. p. 296. - C.E., 11 juil. 1984, *S.I.S.O.*, Rec. p. 272. - C.E., 24 fév. 1986, *Consorts Legrand*, Lexilaser n°40031. - C.E., 7 déc. 1987, *Pantanella*, Rec. p. 402. - C.A.A, Nancy, 10 déc. 1992, *Broutard*, R.J.F. 6/94 n°736. - C.E., 16 juin 1999, *Tripot*, R.J.F. 8-9/99 n°1049, p. 602, chron. E. Mignon.

¹⁵³⁶ Concl. Sur C.E., Sect., 29 déc. 1997, *commune d'Arcueil*, BDCF 1998 n°23, p. 73.

¹⁵³⁷ C.E., 5 mars 1924, *Pellerin*, Rec. p. 260. Voir aussi C.E., 21 janv. 1958, *Soc. nouv. des Etab. Gaumont*, D. 1958, juris, p. 282, concl. Jouvin.

particulières, et d'autres activités complémentaires¹⁵³⁸. Ce revirement de jurisprudence aurait pu n'être qu'une extension de la séparation entre activité du service fiscal purement régaliennne et non régaliennne qui existait déjà¹⁵³⁹. Mais le Conseil d'Etat a eu l'occasion depuis, de préciser explicitement qu'une cour d'appel commet une erreur de droit en exigeant une faute lourde pour engager la responsabilité à raison de l'activité de recouvrement sans préciser en quoi ladite activité s'est trouvée, en l'espèce, comporter des difficultés particulières¹⁵⁴⁰.

Il demeure peut être une activité soumise au régime de la faute lourde en partie à raison de son caractère régalienn. Il s'agit de la responsabilité de l'Etat encourue pour les dommages nés du fonctionnement du service public de la justice. Concernant la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire, c'est le législateur qui a posé l'exigence d'une faute lourde¹⁵⁴¹. L'idée que la justice est souveraine est peut-être, entre autres causes, à l'origine de cette loi, mais ce que l'on doit en retenir est surtout que la loi vient ici déroger au principe d'irresponsabilité.

Relativement aux dommages qui peuvent naître du dysfonctionnement des juridictions administratives, le principe d'irresponsabilité a longtemps prévalu. C'est seulement en 1978, qu'un arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat a mis fin au principe en posant cependant l'exigence d'une faute lourde. Dans l'affaire *Darmont*, le requérant reprochait à la commission de contrôle des banques son laxisme dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle d'ordre disciplinaire. Le moyen invoquait l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972. Ce fut l'occasion pour le Conseil d'Etat de préciser que ladite loi ne concernait que les juridictions judiciaires. Nous sommes donc ici au cœur du droit prétorien que nous tentons d'éclaircir : « Considérant que si, en vertu des principes généraux de la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle

¹⁵³⁸ C.E., 27 juil. 1990, *Bourgeois*, Rec. p. 242; A.J.D.A. 1991, p. 53, note L. Richer; D. 1991, p. 346, note R. Debbasch, somm. P. 287, obs. Bon et Terneyre; R.F.D.A., 1990, p. 899, concl. N. Chahid-Nourai.

¹⁵³⁹ Voir C.E., 16 janv. 1935, *Jacque*, Rec. p. 61. - C.E., 22 juil. 1949, *Société Ernest Lambert*, Rec. p. 37; D. 1950, p. 24 note Waline. - C.E., 20 fév. 1974, *Sucrerie coopérative agricole de Vic-sur-Aisne*, Rec. p. 121 : le fisc est responsable pour faute simple à raison de son activité de renseignement. C.E., Sect., 7 fév. 1986, *Commune de Tallard*, Rec. p. 36 : responsabilité pour erreur dans le partage de la patente entre deux communes.

¹⁵⁴⁰ C.E., Sect., 29 déc. 1997, *Commune d'Arcueil*, Rec. p. 512; A.J.D.A. 1998, p. 112; concl. Goulard, BDCF 1998 n°23 p. 73. Voir aussi la récente condamnation pour faute simple du fisc pour avoir omis de transmettre une demande de suspension de paiement de la part du contribuable, omission rattachée à la procédure de recouvrement: C.E., Sect. 19 nov. 1999, *SARL « Occases »*, N°184318.

¹⁵⁴¹ Article 11 de la loi n°72-626 du 5 juillet 1972, A.J.D.A. 1972, p. 544. Voir J.-M. AUBY, *La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire (l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972)*, A.J.D.A. 1973, p. 4; M. LOMBARD, *La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972*, R.D.P. 1975, p. 585.

par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité, »¹⁵⁴². Dans la première partie de son considérant de principe, l'arrêt semble reconnaître que le principe de la responsabilité de la puissance publique s'est à tel point généralisé, qu'il est aujourd'hui toujours admissible, au minimum sur la base d'une faute lourde. Cette lecture s'oppose à l'ancienne théorie des actes de quasi-souveraineté engendrant de ce fait une responsabilité limitée. Mais la suite de l'arrêt énonce : « l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité, dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive ».

Ce passage est clair. L'autorité de chose jugée fait obstacle à la responsabilité. Ce sont en réalité des raisons pragmatiques de bonne administration d'une justice déjà débordée qui président à cette restriction. Si on admettait la responsabilité à raison du contenu fautif d'une décision juridictionnelle, on créerait de nouvelles voies de recours juridictionnel. La sécurité juridique serait gravement remise en cause¹⁵⁴³. La jurisprudence *Darmont* obéit donc à une logique propre à la matière. D'ailleurs, à propos de cette affaire, le commissaire du gouvernement ROUGEVIN-BAVILLE avait souligné la faiblesse de l'argument historique de la souveraineté. Tout au plus peut-on l'accoler à la justification de la difficulté¹⁵⁴⁴, et reconnaître qu'agir en souverain est *a priori* ardu. En outre, plus généralement depuis que la responsabilité de l'Etat français est engagée à raison du mauvais fonctionnement de sa justice par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁴⁵, l'argument de la souveraineté paraît complètement dépassé. On notera en revanche que c'est pour les dysfonctionnements les plus graves que cette condamnation est encourue et qu'en conséquence, même en l'absence de référence à une théorie de la gradation des fautes, la particulière difficulté de l'activité peut-être prise en compte par le droit.

A l'égard des services pénitentiaires le juge administratif apparaît encore protecteur. Ce service bénéficie dans toutes ses activités de l'exigence d'une faute lourde, qu'il s'agisse

¹⁵⁴² C.E., 29 déc. 1978, *Darmont*, Rec. p. 542 ; D. 1979, p. 279 note Vasseur ; A.J.D.A. 1979, n°11, p. 45 note Lombard ; R.D.P. 1979, p. 1742 note Auby. Voir confirmation avec rejet de la faute lourde C.E., 14 janv. 1998, *Dagorn*, L.P.A. juil. 1998, n°80, p. 10 ; D.A. mai 1998, p. 25.

¹⁵⁴³ Les rapporteurs de la loi de 1972 à l'Assemblée, MM. FOYER et MAZEAUD, faisaient confiance au juge pour qu'en aucune façon « la responsabilité de la puissance publique ne devienne un moyen de remettre en question la chose définitivement jugée ».

¹⁵⁴⁴ R.CHAPUS écrit : « parce que cette fonction est une des plus difficiles et aussi, sans doute, parce qu'elle est une fonction de souveraineté », *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n° 1482.

¹⁵⁴⁵ Voir J. MOREAU, *L'évolution des sources du droit de la responsabilité administrative*, Mél. Terré, 1999, p. 719.

d'une activité médicale¹⁵⁴⁶, ou de la surveillance des détenus¹⁵⁴⁷, que le dommage ait été subi par un détenu¹⁵⁴⁸, ou par un tiers¹⁵⁴⁹. La vérité est que l'activité pénitentiaire s'exerce dans des conditions très pénibles. C'est une coïncidence si cela correspond à un domaine manifestant des prérogatives particulièrement régaliennes. Selon nous, si statistiquement le juge exige une faute lourde dans la quasi totalité des cas mettant en cause l'administration pénitentiaire, c'est parce que dans la quasi totalité des espèces, la difficulté est suffisante pour cela. En effet, les données qui rendent le service en permanence délicat peuvent se trouver dans la personnalité particulièrement instable des usagers du service et dans le manque de moyens¹⁵⁵⁰, compte tenu de l'obligation d'efficacité qui pèse sur le service.

Si le juge exigeait parfois une faute lourde pour des dommages résultants d'actes de soins pratiqués en milieu carcéral¹⁵⁵¹, il hésite encore à renoncer à la faute lourde du corps médical dans ce contexte¹⁵⁵², c'est peut-être parce que le service pénitentiaire ne dispose pas des moyens d'un hôpital, du moins ne travaille pas dans les mêmes conditions. Si ce n'est pas le cas, alors le juge devrait admettre la responsabilité pour faute simple du service pénitentiaire. C'est ce qu'il a semblé faire à l'égard du service psychiatrique pénitentiaire dans une affaire *Volmerange* où le dommage était pourtant rattaché au fonctionnement défectueux du service médical. Appliquant ici la distinction générale utilisée en matière de responsabilité hospitalière, le juge suprême souligne que l'administration pénitentiaire se devait d'apporter une attention particulière au bon fonctionnement du service médical, compte tenu des mauvaises conditions de détention de l'époque¹⁵⁵³. S'il tient compte des moyens, le juge estime cependant que leur manque ne doit pas toujours être absolu pour l'administration¹⁵⁵⁴.

J.-L. CROZAFON explique cette divergence de jurisprudence par le fait que dans les cas où une faute lourde est exigée, s'agissant d'espèces où les détenus se sont suicidés, « le fonctionnement du service médical des prisons paraît s'effacer derrière la mission générale de

¹⁵⁴⁶ C.E., 14 nov. 1973, *Dame Zanzi*, D. 1974, p. 315.

¹⁵⁴⁷ C.E., sect. 5 fév. 1971, *Dame veuve Picard*, Rec. p. 102.

¹⁵⁴⁸ C.E., 26 mai 1978, *Remery*, Rec. p. 222.

¹⁵⁴⁹ C.E., sect. 3 oct. 1958 *Rakotoarivony*, Rec. p. 470.

¹⁵⁵⁰ Parfois il n'y a pas plus d'un surveillant pour mille détenus en période nocturne. Voir J. LEAUTE, *Les prisons*, coll. Que sais-je ?, PUF 1990. Voir Rapport de la commission parlementaire d'enquête J. FLOCH rendu le 6 juil. 2000, *Situation dans les prisons françaises*, rap. n°2521.

¹⁵⁵¹ hypothèse d'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service médical pénitentiaire: T.A. Lyon 6 mars 1980, *Epoux J.*, J.C.P. 1980, II, 19395, note J.Y. Plouvin. - C.E., 13 juil. 1981, Rec. p. 907. - C.E., 28 oct. 1983, *Dame Fernandez*, Rec. tables p. 860; D. 1985, IR, p. 211, obs. F. Moderne et P. Bon.

¹⁵⁵² C.A.A., Nancy, 9 juil. 1992, *Verron*, Rec. Tables p. 1298.

¹⁵⁵³ C.E., 10 fév. 1956, *Volmerange*, Rec. tables, p. 751.

¹⁵⁵⁴ Cf. supra p. 352.

surveillance »¹⁵⁵⁵. *A contrario*, hors cas de suicide, le juge se contenterait de la faute simple puisque seul le fonctionnement et l'organisation du service médical seraient alors en jeu. Mais nous imaginons mal qu'à l'intérieur d'une prison, un dommage ait pour cause le seul service médical, alors que l'organisation de ce service est forcément en partie déterminée par des impératifs de sécurité. Plus probante est la jurisprudence qui condamne l'administration pénitentiaire pour faute simple en cas de violences illicites commises sur des détenus par le personnel¹⁵⁵⁶. Dans ces sordides affaires, on ne voit pas où se justifierait la difficulté particulière¹⁵⁵⁷.

Par ailleurs, J.-F. COUZINET estime au regard des deux décisions qui ont admis la responsabilité pour faute simple des institutions d'éducation surveillée¹⁵⁵⁸ que : « Lorsque le préjudice a été causé à un détenu par des personnes venues de l'extérieur [...] le juge [...] semble estimer que la surveillance des délinquants détenus dans les maisons publiques d'éducation surveillée ne présente pas de difficultés particulières, justifiant la reconnaissance d'un régime assoupli d'engagement de la responsabilité administrative »¹⁵⁵⁹.

Il nous semble que la ligne de partage qui pourrait être tracée en matière de faute lourde du service pénitentiaire pourrait en réalité résider dans la considération que le dommage a été causé par un détenu. C'est lorsque le dommage est le fait de détenus qu'il est difficilement évitable¹⁵⁶⁰, parce que les détenus sont des gens difficiles¹⁵⁶¹. Le caractère régalien de la surveillance des délinquants est pourtant réel puisque ce service ne peut être délégué à des personnes privées, mais ce n'est plus aujourd'hui l'idée d'activité souveraine qui justifie la faute lourde. Ce n'est pas non plus celle d'activité à l'importance sociale particulière.

¹⁵⁵⁵ J.-L. CROZAFON, note sous C.E., 10 mai 1985, *Dame Ramade*, J.C.P. 1986, II, 20603.

¹⁵⁵⁶ C.E., 13 fév. 1952, *Veuve Labat*, Rec. p. 107. – C.E., 26 mars 1954, *Delfond*, inédit.

¹⁵⁵⁷ Cependant pour un cas d'exigence de faute lourde car s'agissant d'un détenu placé en cellule disciplinaire retrouvé pendu après avoir subi des sévices extrêmement graves infligés par des gardiens : C.A.A., Nantes, 26 juil. 1991, *Consorts Onno*, R.F.D.A. 1992, p. 269, note Hostiou. En l'espèce, les juges se gardent bien de parler de « suicide » compte tenu du fait que le détenu avait tenté auparavant une évasion et que sa pendaison a pu se faire grâce à une chemise qu'il n'aurait pas dû avoir en sa possession. La faute lourde est ici reconnue mais s'agissant de ce qui pourrait être un assassinat, cela ne surprendra pas.

¹⁵⁵⁸ C.E., 25 janv. 1952, *consorts Lassale-Barrère*, Rec. p. 60. – C.E., 15 juil. 1958, *Dufour*, Rec. p. 458.

¹⁵⁵⁹ Article précité, p. 304.

¹⁵⁶⁰ Une affaire récente le confirme. Dans une espèce où le matériel hi-fi d'un détenu avait disparu lors de son changement d'établissement pénitentiaire, le juge relève que ce détenu était seul dans sa cellule et qu'en somme seul le service a eu en charge le matériel, qu'il croyait d'ailleurs mal acquis. En conséquence, la responsabilité de l'Etat est engagée pour faute simple révélée dans le fonctionnement du service. Il n'y a aucune difficulté à conserver le bien dont on est dépositaire. C.A.A. Lyon, 3 déc. 1998, *Mme Theis*, N°96LY00352.

¹⁵⁶¹ En ce sens J. MOREAU, *Responsabilité du fait des services judiciaires et pénitentiaires*, J.-Cl. Ad., fasc. 900.

2) L'importance sociale du service

L'importance sociale du service apparaît comme une justification davantage dépassée. Elle fut inspirée à la doctrine par la lecture des conclusions de certains commissaires du gouvernement¹⁵⁶². D'après le commissaire du gouvernement RIVET : « pour s'acquitter de la lourde tâche de maintenir l'ordre dans la rue, les forces de police ne doivent pas voir leur action énervée par des menaces de complications contentieuses »¹⁵⁶³. L'exigence d'une faute qualifiée serait le moyen de limiter « l'énervement ».

Le professeur M. WALINE écrivait que « le rendement de certains services est si important [...] que la responsabilité née de l'action de ces services ne doit pas être appréciée trop strictement »¹⁵⁶⁴. Un autre auteur notait en 1952 : « l'existence d'un rapport certain entre la gravité de la faute et l'importance sociale du service »¹⁵⁶⁵.

Une telle justification de la faute qualifiée, si elle existait, jetterait le discrédit sur les décisions du juge administratif. En effet, le critère de l'importance sociale est juridiquement peu efficace. Pire, il confinerait à l'arbitraire. Selon M. WALINE, d'une part, « il [...] paraît impossible que la jurisprudence imagine des services publics en quelque sorte de seconde zone [...] Tout service public décidé par le législateur est *a priori* aussi essentiel à l'Etat que n'importe quel autre ». D'autre part, « tout essai de hiérarchie entre les différents services n'aboutirait qu'à révéler les préférences personnelles de son auteur »¹⁵⁶⁶.

Ce dernier argument nous paraît pertinent. De plus, R. CHAPUS a montré qu'il est « des services dont l'importance sociale est ou a été très grande, comme celui du ravitaillement en tant de guerre, et pour lesquels une faute simple a suffi »¹⁵⁶⁷.

L'importance sociale d'un service peut varier dans le temps et dans l'espace, bref selon les circonstances¹⁵⁶⁸. Il apparaît donc que cette justification ne peut pas avoir d'existence propre. Elle constitue selon nous une redondance de la justification basée sur la difficulté. En soulignant la lourde tâche assumée par les forces de police dans le maintien de l'ordre dans la rue, puis en précisant que la victime avait subi des violences dans la caserne

¹⁵⁶² ex: concl. sur C.E., 8 juil. 1932, *Rousselier*, D.P. 1932,3, p.68.

¹⁵⁶³ Concl. RIVET sur C.E., 13 mars 1925, *Clef*, S. 1926,3, p.36.

¹⁵⁶⁴ *Manuel élémentaire de droit administratif*, 1945, p. 486.

¹⁵⁶⁵ G. DAVID, *Essai sur la relativité de la faute du service public*, th. Caen 1952, p. 119.

¹⁵⁶⁶ note Waline, D. 1934,3, p.12.

¹⁵⁶⁷ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, th. Paris, L.G.D.J. 1957, p. 367.

¹⁵⁶⁸ Cependant, à l'égard du fisc la justification paraît pertinente parce que son activité est la base même du contrat social. Sans cotisation il n'y a plus de société, le fisc est au cœur du principe de continuité de l'Etat.

après son arrestation, le commissaire du gouvernement RIVET fait simplement référence à la difficulté qui n'est pas la même lorsque les soldats sont au repos ou sur le terrain¹⁵⁶⁹.

Quant à l'argument selon lequel les complications contentieuses risqueraient de nuire à l'esprit d'initiative des agents publics, il ne s'agit que d'une variante de la théorie de l'importance sociale du service. Sur ce point il faut noter que l'administration encourt tout autant sa responsabilité à raison de sa carence qu'à raison de ses agissements, même si en pratique les dommages nés d'une carence tendront à être moins importants. C'est ainsi que l'on doit comprendre le développement parallèle de la responsabilité pour carence comme corollaire obligé de la responsabilité en général, hypothèse qui appelle quelques remarques sur l'influence du caractère parfois bienveillant de l'activité administrative.

3) *Le caractère bienveillant de l'activité*

Les activités facultatives bienvolamment prises en charge par les services publics doivent-elles occasionner une moindre responsabilité grâce à l'exigence d'une faute qualifiée¹⁵⁷⁰? Le président ODENT a vu dans le fait que certains services « interviennent bienvolamment, sans en avoir l'obligation légale » une source de l'exigence de la faute qualifiée¹⁵⁷¹. S'il est possible que ce paramètre soit pris en compte par la jurisprudence, il demeure théoriquement peu convaincant. D'ailleurs, comme l'a montré S. RIALS¹⁵⁷², l'hypothèse regroupe deux situations distinctes que l'on nommera « activité bienveillante organisée » et « improvisation charitable ».

En présence d'un service organisé spontanément par l'administration en dehors de toute obligation légale, on invoque souvent l'arrêt *Etienne* pour convaincre que ce caractère du service peut justifier le recours à la faute lourde. Dans cette affaire où une commerçante réclamait réparation de la part de son préjudice correspondant à ce qui aurait pu être sauvé lors d'une crue exceptionnelle si le service d'annonce des crues avait fonctionné normalement, la Haute Assemblée statua ainsi : « eu égard tant au caractère du service en

¹⁵⁶⁹ Concl. sur C.E., 13 mars 1925, *Clef*, S, 1926, 3, p. 36.

¹⁵⁷⁰ Nous restreignons ici la théorie de G. MORANGE selon laquelle la faute lourde serait nécessaire au cas d'intervention administrative dans l'intérêt de la victime. Ce point de vue trop général a été battu en brèche par J.-M. AUBY dans un article au D. 1957, chr. p. 97. Voir L. RICHER, op. cit., p. 138 ; M. PAILLET, op. cit., p. 371.

¹⁵⁷¹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, 1970 p. 1104.

¹⁵⁷² *Le juge administratif français et la technique du standard*, th. Paris, L.G.D.J. 1980, p. 430 et s.

question, institué par l'administration en dehors de toute obligation légale, qu'aux difficultés propres de son accomplissement en période d'inondation et de désorganisation des moyens de communication [...] seule une faute lourde pouvait engager la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des victimes de l'inondation »¹⁵⁷³.

S. RIALS conteste cette motivation qui n'a tenu qu'en partie compte des conclusions du commissaire du gouvernement GAZIER. Celui-ci avait tenté de convaincre les juges que le caractère bénévole d'un service ne le dispense pas de fonctionner conformément à l'attente légitime des usagers en vertu du principe dit « fonctionnel ». Le commissaire du gouvernement GAZIER écrivait : « Les riverains [...] sont en droit d'exiger, dès lors que le service existe, qu'il fonctionne correctement de même que l'administration lorsqu'elle a institué d'elle-même, sans y être obligée par un texte, certaine procédure apportant des garanties aux administrés, est tenue de s'y conformer »¹⁵⁷⁴.

Nombreuses sont les espèces dans lesquelles le bénévolat n'est pas une source d'atténuation des obligations de l'administration¹⁵⁷⁵. Par exemple, en matière de service d'annonce des crues des arrêts ont exigé la faute lourde en dehors de toute action bénévole du service¹⁵⁷⁶. On peut supposer que si cette justification est parfois accessoire à celle de la difficulté, elle n'est en revanche qu'exceptionnellement suffisante. On ne verra ici qu'un cas désuet de complaisance du juge administratif à l'égard de l'administration¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷³ C.E., Sect., 11 janv. 1957, *Etienne*, A.J.D.A. 1957, II, p. 74.

¹⁵⁷⁴ A.J.D.A. 1957 p. 73. M. GAZIER proposait d'exiger la faute lourde pour la seule considération des difficultés exceptionnelles rencontrées par le service d'annonce des crues qui, s'agissant comme pour la lutte contre l'incendie de limiter les conséquences d'un sinistre, agit « dans des conditions toujours difficiles ». Le Conseil d'Etat y ajouta la considération du bénévolat. Même s'il est incontestable qu'une telle motivation est inspirée par le souci de défense de l'administration, nous pensons qu'en droit, une telle application de la faute lourde pourrait se justifier par le critère de la difficulté uniquement. Cette jurisprudence est d'ailleurs résiduelle

¹⁵⁷⁵ C.E., 17 oct. 1947, *Commune de Gilley*, Rec. p. 382. – C.E., 8 juil. 1953, *Le Dommagnet*, Rec. p. 361. – C.E., 19 fév. 1954, *Langlade*, Rec. p. 118.

¹⁵⁷⁶ voir par ex: C.E., 9 fév. 1972, *Soc. industrielle de tous les articles plastiques*, Rec. p. 126.

¹⁵⁷⁷ Un autre cas de figure envisageable est celui où le dommage survient au cours d'une opération improvisée dans l'intérêt exclusif du requérant. Ainsi, dans l'affaire *Christianini*, le Conseil d'Etat rejette la demande d'indemnité formée par une personne secourue par la Marine Nationale. L'arrêt se fonde sur l'absence de faute lourde. La victime avait été transportée dans un caisson de recompression mais brûlée par l'application de bouillottes trop chaudes. L'arrêt constate que les soins ont été donnés en dehors de la mission légale du service. Une telle affirmation apparaît pour le moins choquante, dans la mesure où, si le service n'a pas textuellement pour mission de sauver les plongeurs en détresse, il demeure néanmoins que l'obligation existe pour toute personne d'assister les individus en danger dans la mesure de ses moyens. Et c'est seulement sur le plan des moyens et de la difficulté d'un sauvetage que peut se justifier l'exigence de faute lourde. Dans l'arrêt *Christianini*, le Conseil d'Etat souligne que l'accident a été dû à l'absence de personnel spécialisé. Le fait que le service ne soit pas organisé pour ce genre d'opération explique et excuse l'absence de moyens du service. De plus, les circonstances d'urgence et de lieu rendent les sauvetages improvisés encore plus délicats. Cf. C.E., 17 janv. 1962, *Christianini*, Rec. p. 44.

Le critère de la difficulté pourrait-il sauver la théorie de la gradation des fautes de son déclin ? A voir l'exigence de faute lourde disparaître en matière médicale¹⁵⁷⁸, en matière de secours¹⁵⁷⁹, de secours médical d'urgence même¹⁵⁸⁰, on peut en douter. Mais l'application d'un régime de faute simple, que le juge ne nomme d'ailleurs jamais ainsi, préférant parler de « faute de nature à », ne doit pas bouleverser l'appréciation à porter sur le comportement du service qui reste dépendant des circonstances et difficultés d'espèce. Dans l'arrêt *Theux*, par lequel le Conseil d'Etat renonce à exiger à l'avenir la faute lourde en matière de secours médical d'urgence, le juge énonce : « en l'espèce, eu égard aux conditions météorologiques, la décision de renoncer au transport d'un blessé par hélicoptère n'a pas constitué de faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier ». Le changement de vocabulaire ne fait en somme que confirmer l'inadaptation de la théorie de la faute qualifiée aux fonctions de la responsabilité.

Afin de conserver une fonction crédible de protection de l'administration, la faute lourde devrait être exigée toutes les fois que l'action administrative a été concrètement assez difficile, et au contraire, ne pas l'être lorsqu'une activité théoriquement difficile ne l'a pas été en réalité¹⁵⁸¹. Hélas, la première proposition est irréaliste car elle aurait un arrière goût de protection opportune et passéiste. Elle impliquerait de dire qu'à raison de la difficulté rencontrée, la faute commise n'a pas été suffisamment grave pour être de nature à engager la responsabilité. Cela serait absurde, car il ne doit pas y avoir reconnaissance de faute sans responsabilité potentielle. La jurisprudence préférera évidemment tenir compte de la difficulté concrètement rencontrée pour écarter la faute simple comme elle le fait déjà¹⁵⁸².

La seconde proposition en revanche est tenable et l'on voit aujourd'hui que les activités autrefois intégralement protégées par la faute lourde ne le sont plus que ponctuellement en fonction des difficultés réellement rencontrées. L'arrêt *Marabout* en avait donné le signal pour le service de police¹⁵⁸³ ; les années 1990 l'ont confirmé pour les activités fiscales¹⁵⁸⁴. En toute

¹⁵⁷⁸ C.E., A., 10 avr. 1992, *Epoux V*, Rec. p. 171 ; A.J.D.A. 1992, p. 355.

¹⁵⁷⁹ C.E., Sect., 13 mars 1998, *Améon et autres*, A.J.D.A. 1998, p. 461 et 418 chron. F. Raynaud et P. Fombeur. - C.E., 29 avr. 1998, *Commune de Hannapes*, R.D.P. 1998, p. 1001 actualité Xavier Prétot.

¹⁵⁸⁰ C.E., 20 juin 1997, *Theux*, Rec. p. 253 ; D.A. nov. 1997, p. 24.

¹⁵⁸¹ Ex. C.E., Sect., 28 avr. 1967, *Lafont*, Rec. p. 182 ; A.J.D.A. 1967, p. 272, chron. J.-P. Lecat et J. Massot ; D. 1967, p. 434, concl. J.-M. Galabert ; J.C.P. 1967, n°15296, note W. Rabinovitch. Activité de police sur le terrain mais en l'absence de difficulté la responsabilité de la commune est engagée pour faute simple à raison d'un accident d'avalanche.

¹⁵⁸² Cf. M. PAILLET, J.-Cl. Ad., fasc. 820 n°44.

¹⁵⁸³ C.E., A., 20 déc. 1972, *Marabout*, Rec. p. 664 ; A.J.D.A. 1972, p. 583.

¹⁵⁸⁴ L'arrêt *Bourgeois* déjà cité a mis fin en 1990 à l'exigence invariable de faute lourde pour les activités de détermination et de recouvrement des créances publiques lorsqu'elles ne comportent pas de difficultés particulières. A défaut, la faute lourde refait surface : C.E., 13 mai 1991, *Commune de Garges-les-Gonesse*, A.J.D.A. 1991, p. 750. Les opérations d'assiette de l'impôt peuvent dorénavant, dans un cas concret, relever de la

circonstance, la difficulté rencontrée par l'administration doit être étayée par la juridiction exigeant la faute lourde, et c'est à cette condition que la faute lourde peut survivre, au moins pour un temps, dans le domaine fiscal¹⁵⁸⁵, et dans celui des mesures de police¹⁵⁸⁶.

Cependant, ce que le droit administratif a gagné en logique, il l'a perdu en intelligibilité pour les justiciables puisque les contours de la faute qualifiée sont de plus en plus incertains. Il devient délicat de déterminer par avance si la faute lourde sera nécessaire. Résumant la situation, R. CHAPUS écrit : « l'état du droit à perdu en simplicité ce qu'il a gagné en réalisme »¹⁵⁸⁷. La fonction signalétique de la faute lourde est en crise. Mais les signaux étaient viciés depuis le départ et il serait temps de les réformer au profit d'une distinction plus intelligible qui pourrait être celle de l'erreur et de la faute.

§3 La distinction de l'erreur non fautive et de la faute en fonction de l'intensité de l'obligation

Laisser croire que des violations légères des obligations de service constituent des fautes sans que la responsabilité en découle engendre un sentiment d'impunité et laisse une impression de cynisme choquant. Il vaudrait mieux considérer que certaines inefficacités administratives, traduites par des dommages, sont inévitables en raison du manque de moyens, de la difficulté de la mission, de l'aléa rencontré, bref qu'elles constituent des erreurs excusables. Cette notion devrait permettre de faire l'économie de la faute qualifiée lourde (A). Afin de conserver à l'appréciation de la responsabilité un caractère suffisamment objectif commandé par le droit administratif dans un système d'essence contractuelle, on se référera à l'intensité des obligations souscrites par la puissance publique, de moyens ou de résultat (B).

faute lourde alors que pour les opérations de recouvrement la faute simple pourra suffire: C.E., 31 oct. 1990, *Champagne*, Rec. p. 309.

¹⁵⁸⁵ C.E., Sect., 29 déc. 1997, *Commune d'Arcueil*, Rec. p. 512 ; A.J.D.A. 1998, p. 112

¹⁵⁸⁶ C.E., Sect., 4 déc. 1995, *Delavallade*, Rec. tables p. 1021. Mais le recul de la faute lourde s'accroît encore en la matière depuis qu'il a été jugé que le défaut d'hospitalisation d'office d'un administré peut engager la responsabilité d'une commune pour faute simple : C.E., 14 avr. 1999, *Sté AGF*, D.A. 1999, n°180.

¹⁵⁸⁷ *Droit administratif général*, t. 1, 6éd. Montchrestien 1992, n°1271.

A) Le remplacement de la gradation de la faute par la théorie de l'erreur

Depuis quelques années, des auteurs ont relevé que la théorie de la faute lourde pourrait bien correspondre à la distinction entre l'erreur non fautive et la faute. Au début du siècle, H. DUPEYROUX avait pressenti que : « la faute du service public n'engage la responsabilité de l'administration que lorsqu'elle atteint un certain degré de gravité et dans cette expression, il nous apparaît que la jurisprudence fasse contenir à la fois la grossièreté de la faute, eu égard aux écarts normaux que présente le fonctionnement moyen d'un service public et la gravité proprement dite »¹⁵⁸⁸. Or, il apparaît effectivement à la réflexion que la notion de faute lourde permet d'insister sur l'idée qu'il existe des « écarts normaux » entre le fonctionnement idéal et le fonctionnement réel des services, celle-ci n'est dès lors qu'une application particulièrement maladroite de l'idée d'erreur excusable (1), qui doit être remplacée par la notion d'erreur appréciée en référence à la théorie de l'anormalité (2).

1) La théorie de l'erreur contenue dans la théorie de la gradation de la faute de service

L. RICHER est l'auteur qui, de la façon la plus nette, a mis en valeur la notion d'erreur dans la responsabilité administrative. Il ne nie pas l'empirisme qui en empreint l'usage : « l'erreur [...] est à la limite de la faute de service. C'est dire que, si le juge voulait se montrer sévère, il pourrait qualifier l'erreur de faute. Mais compte tenu de la difficulté de l'activité, il considère qu'il y a des défaillances admissibles, tenant ainsi compte des risques normaux de l'activité »¹⁵⁸⁹. Cette expression de « risques normaux » est utilisée dans un arrêt de Section du 11 décembre 1942, *sieur Farines*¹⁵⁹⁰, dans laquelle le Conseil d'Etat déclare la responsabilité de l'Etat engagée en l'absence de la preuve rapportée que l'erreur commise par un laboratoire entre dans les risques normaux de ce genre d'analyse.

Les conclusions du commissaire du gouvernement LAURENT sous l'arrêt *Costier* sont symptomatiques de l'esprit de la jurisprudence du Conseil d'Etat¹⁵⁹¹. Ce qui est fautif, c'est ce qui n'est pas excusable compte tenu des circonstances. Saisi de la question de la responsabilité des ordres professionnels, le juge, s'il estime que l'on doit laisser à ces services

¹⁵⁸⁸ H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute du service public*, thèse Paris, 1922, p. 232.

¹⁵⁸⁹ C'est nous qui soulignons, op. cit. p. 154.

¹⁵⁹⁰ Rec. p. 350.

une marge de manœuvre, se pose tout naturellement la question de subordonner la responsabilité à une faute lourde. Le juge reconnaît la faute en fonction de la marge en deçà de laquelle on considérera qu'il n'y a pas dysfonctionnement du service compte tenu de ce que l'on peut en attendre. Ce que l'on peut attendre des ordres professionnels est le fruit de la confrontation des moyens modestes en personnel compétent et des prérogatives exceptionnelles de puissance publique dangereuses pour les libertés publiques. Pour LAURENT, « ces prérogatives doivent s'accompagner d'un transfert correspondant des devoirs et par suite des responsabilités ». Malgré ses particularités, l'activité des ordres professionnels ne peut être considérée comme vraiment difficile.

L'idée que plus une activité est délicate et aléatoire plus les risques d'erreurs sont normaux s'est révélée en droit privé sous la plume de quelques auteurs. La notion d'erreur humaine a été étudiée par MM. CARBONNIER, HANNEQUART et surtout PENNEAU¹⁵⁹². Pour M. HANNEQUART « plus la tâche réclame une action de qualité, plus l'erreur s'inscrit dans le comportement de l'homme normal »¹⁵⁹³. La question des limites du comportement normal n'est pas propre au contentieux administratif et pourtant le juge judiciaire n'a pas recouru à la faute lourde lorsqu'il statue sur la responsabilité qui découle du code civil. Pour mettre en œuvre cette idée, il n'est pas nécessaire d'invoquer une gradation des fautes.

D'ailleurs, on peut citer un certain nombre d'applications de la théorie de l'erreur dans le cadre de la responsabilité pour faute simple. La plus ancienne résiderait dans la responsabilité pour dommages de travaux publics. La responsabilité n'est engagée que si le défaut d'entretien dépasse véritablement les défaillances admissibles. Les aléas de l'activité peuvent donc être pris en considération sans utilisation de la faute lourde¹⁵⁹⁴. Selon L. RICHER, « c'est sans doute parce que la jurisprudence en matière de travaux publics démontrait cette proposition que le juge tend à abandonner la condition de faute lourde dans la responsabilité de la police pour défaut de signalisation »¹⁵⁹⁵.

La distinction des fautes et des erreurs peut s'aider de la considération de l'étendue du préjudice comme le montre la jurisprudence sur le paiement d'un indu. Lorsque le paiement résulte d'une simple erreur, il n'y a pas de responsabilité. L'erreur est fautive si elle a été commise pendant longtemps. En revanche, un paiement indu sur une courte période reste une

¹⁵⁹¹ C.E., 1er oct. 1954, *Costier*, Dr. Soc. 1955, p. 81, concl. Laurent.

¹⁵⁹² J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, L.G.D.J. 1973.

¹⁵⁹³ *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, Liège, 1959, p. 73.

¹⁵⁹⁴ Cf. A. MATHIOT, *Les accidents causés par les travaux publics*, thèse Paris, 1934, p. 145.

¹⁵⁹⁵ Op. cit. p. 154; cf. C.E., 5 mars 1971, *Le Fichant*, A.J.D.A. 1971, p. 680 ; 1er oct. 1971, *Soc. d'ass. M.G.F.*, Rec. p. 1195.

simple erreur¹⁵⁹⁶. La durée de l'erreur en fait une erreur anormale au sens que nous allons préciser.

2) La tolérance d'une marge de dysfonctionnement par la théorie de l'erreur appréciée en référence à la normalité

Les tentatives d'explication de la faute administrative par l'anormalité ont toujours été critiquées. S'attachant pourtant à reconnaître une faute objective les vertus de cette notion sont nombreuses. On a reproché à la normalité d'être « si vague que s'en tenir à elle est un véritable renoncement »¹⁵⁹⁷ ; mais la définition de l'anormalité n'est, ni plus, ni moins imprécise que celle de la faute lourde¹⁵⁹⁸. Dans un premier sens, ce qui est normal est ce qui est prévisible. Le normal, c'est ce qui n'est pas contraire à la norme. « Par anormal, il faut entendre [...] ce qui n'est pas régulier, ce qui n'est pas conforme aux prescriptions des lois et règlements »¹⁵⁹⁹. D'ailleurs il vaut mieux parler de compatibilité plutôt que de conformité car dire d'une chose qu'elle est normale ou qu'elle est non anormale n'est pas équivalent. Est « a-normal » ce qui est incompatible avec la règle, donc ce qui est anormal est illicite. Si toute illégalité méconnaît une règle, en revanche toute irrégularité formelle ne peut être qualifiée d'illégale que si la déviation par rapport à la règle est elle-même anormale.

La distorsion, l'existence d'une frontière floue entre normal et anormal, est rendue possible par le fait que les textes ne règlent pas toutes les situations, ni même tous les détails du sens de leur application. Ainsi, dans les activités les plus délicates pour l'administration, l'illégalité n'est sanctionnée qu'en cas d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits à qualifier au regard des textes. Dans ce cas, la faute est bien distincte de l'erreur en ce qu'elle a d'anormal. Lorsque la notion d'illégalité devient elle-même fluctuante, car appréciée par rapport à des seuils d'anormalité, il n'apparaît pas indispensable au juge de distinguer illégalité et faute. De cette façon, on respecte l'adéquation faute/illégalité sans renoncer à

¹⁵⁹⁶ C.E., 1er juil. 1904, *Nivaggioni*, S. 1904,3, p.121. Voir concl. Lagrange sur C.E., 18 juin 1937, *Brandon*, S. 1937,3, p. 66. - C.E., 30 sept. 1942, *Frayon*, Rec. p. 266.

¹⁵⁹⁷ G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en Droit privé et en Droit public*, th. Matot-Braine, 1951. p. 270.

¹⁵⁹⁸ Cf. supra p. 355 et s.

¹⁵⁹⁹ C. BLAEVOET, *Normalité, sécurité et garde*, D. 1955, Chr. p. 37.

l'idée d'erreur excusable, mais cela seulement si le contrôle du juge en la matière est restreint. Si tel n'est pas le cas, on peut encore considérer que l'illégalité vénielle ne présente pas à elle seule un caractère suffisant d'anormalité. Lorsqu'ils envisagent l'anormalité, les auteurs s'efforcent de la rattacher, soit au dommage dans le cas de la responsabilité sans faute, soit au fait générateur dans le cas de la responsabilité pour faute. En réalité, un tel cloisonnement *a priori* logique ne nous convainc pas.

La responsabilité est acquise par la réunion de deux éléments rattachés entre eux par un lien de causalité. C'est donc un « ensemble » qui forme la responsabilité. La responsabilité publique ne peut être engagée en raison du fait générateur à lui seul ou du dommage à lui seul. Elle n'est pas engagée en raison d'une faute ou d'un dommage mais en raison des deux. C'est donc l'anormalité de « l'ensemble » qu'il faut appréhender. Il faut une certaine dose d'anormalité « au total ». Celle-ci peut résulter du seul comportement s'il est manifestement ou gravement défectueux, ou du seul dommage s'il est exceptionnellement préjudiciable. Mais le plus souvent elle provient de la réunion de l'anormalité du fait générateur et de l'anormalité du dommage. L'anormalité s'apprécie autant par rapport au fait générateur qu'au dommage ; l'éclaircissement de l'un se fait à la lueur de l'autre. « L'anormalité s'entend aussi bien du fonctionnement défectueux des services publics que de la démesure des dommages causés par leur activité »¹⁶⁰⁰. On pourrait à l'instar de C. BLAEVOET reconstruire ici tout le droit de la responsabilité autour de la notion d'anormalité, mais il nous suffit de conclure que toute irrégularité formelle n'est pas imputable à faute, ou plus précisément que la méconnaissance d'une règle n'est pas toujours anormale, cela dépend des circonstances et des conséquences de « l'écart »¹⁶⁰¹.

Dès lors, on peut qualifier l'erreur comme le « fonctionnement non optimum du service mais non incompatible avec ses obligations ». Dans cette logique, la faute n'est plus le simple manquement à une obligation, elle doit en outre violer par son anormalité le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Pour la déclarer, les juridictions administratives pourraient utiliser une formule du type : « compte tenu des difficultés auxquelles s'est trouvé confronté le service, le dommage subi ne peut être imputé au fonctionnement anormal de ce service ; qu'il suit de là que l'administration n'a pas commis de faute nécessaire à l'engagement de sa responsabilité ».

¹⁶⁰⁰ C. BLAEVOET, *De l'inadaptation des théories de la faute et du risque comme fondement de la responsabilité des collectivités en droit public*, J.C.P. 1958, I, 1406.

¹⁶⁰¹ A l'extrême, on pourrait soutenir que c'est la norme qui a un contenu variable et évolutif. On pourrait ainsi expliquer la jurisprudence sur le refus licite de prêter le concours de la force publique, de même celle relative aux circonstances exceptionnelles.

L'abandon de l'expression « faute de nature à » marquerait la rupture avec l'ancienne conception qu'avait le juge de la faute et de la puissance publique autoritaire et protégée. En rester à la stricte définition classique de la faute comme manquement à une quelconque obligation avait nécessité que pour tenir compte des difficultés d'une activité on recourt à la gradation des fautes. Les imperfections terminologiques étaient alors si grandes que les juristes pouvaient utiliser l'expression de « faute excusable »¹⁶⁰² pour désigner la faute simple commise dans les activités soumises à l'exigence de faute qualifiée¹⁶⁰³.

Pourtant, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes a montré la voie qui concilie théorie de la faute qualifiée et théorie de l'intensité de l'obligation. Les juges de Luxembourg exigent dans certains cas pour reconnaître la responsabilité des Communautés que la faute de service ait été « manifeste »¹⁶⁰⁴, ou qu'elle ait constitué une « erreur inexcusable »¹⁶⁰⁵. Or, cette exigence est fondée sur la difficulté concrète rencontrée par le service en cause sans qu'il soit possible de la présumer pour tout un type d'activité¹⁶⁰⁶. D'ailleurs, il est notoire que la C.J.C.E. opère une distinction de l'erreur et de la faute appréciée *in concreto* et de manière objective, et n'a donc nul recours à la théorie de la faute lourde¹⁶⁰⁷.

En réalité, on devrait à peine employer le mot « dysfonctionnement » pour ce qui désigne ce qui n'est en somme pas anormal dans le fonctionnement d'un service. Les inefficacités malheureusement dommageables ne sont pas des fautes au sens classique du mot, elles ne réalisent pas l'illicite, ne violent ni droit ni obligation. C'est toute la distinction de l'erreur qui est excusable et de la faute qui ne l'est jamais. En droit, une faute ne saurait trouver d'excuses. En effet, si la faute est manquement à une obligation, reconnaître qu'une faute est excusable revient à dire que le droit corrélatif à l'obligation examinée n'a pas été lui-même méconnu, et donc puisqu'il y a corrélation, on est conduit à considérer comme une faute ce qui n'est pas manquement à une obligation, ce qui n'est pas faute par conséquent. A l'auteur d'une faute ne peut être accordé que le pardon *a posteriori*, tandis que l'excuse joue *a priori* pour caractériser l'erreur.

¹⁶⁰² Le législateur lui-même incite à cet usage lorsqu'il emploie l'expression "faute inexcusable"

¹⁶⁰³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd. 1999, n° 1463.

¹⁶⁰⁴ C.J.C.E., 13 juil. 1961, *Cie des hauts fourneaux de Chasse*, aff. 27/60, Rec. p. 319.

¹⁶⁰⁵ C.J.C.E., 9 déc. 1965, *Sté des laminoirs*, aff. 29/63, Rec. p. 1123.

¹⁶⁰⁶ C.J.C.E., 14 juil. 1967, *Kampffmeyer*, Rec. p. 317. Il n'est pas pertinent d'exiger systématiquement la faute lourde pour toutes les activités de contrôle sans se référer aux circonstances de chaque espèce.

¹⁶⁰⁷ Une exception notable cependant dans la seule hypothèse de responsabilité pour illégalité du fait d'une mesure à caractère normatif de politique économique, la Cour exige une « violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers » : C.J.C.E., 25 mai 1978, *Bayerische HNL*, Rec. 1978, p. 1209.

Une raison essentielle à l'adoption de l'articulation faute simple/faute lourde en France pouvait résider dans la dogmatique différenciation opérée entre contentieux de la légalité et contentieux de l'indemnité. Certes, l'illégalité ne recouvre pas toutes les situations illicites, mais cela peut-il conduire à croire que toute illégalité n'est pas forcément fautive ? Cet enseignement de l'ancienne doctrine reposait sur la jurisprudence refusant de voir dans certaines illégalités mineures des fautes de nature à engager la responsabilité. Cette jurisprudence semble avoir disparu en 1973¹⁶⁰⁸. Selon J.-L. de CORAIL¹⁶⁰⁹, la faute lourde trouve son origine dans cette idée particulièrement nette chez le commissaire du gouvernement DETTON qui, constatant que l'obligation en matière de responsabilité se distingue de l'obligation en matière de légalité, puisque l'on y doit tenir compte des difficultés selon les circonstances, annonçait à son époque que « toute illégalité n'engendre pas automatiquement la responsabilité. Il faut une illégalité d'une certaine gravité »¹⁶¹⁰. L'emploi de la séquence « faute de nature à » dans les arrêts témoigne d'ailleurs de l'attachement profond à cette idée de gradation des fautes.

Nous ne sommes aujourd'hui plus convaincu par la proposition selon laquelle la difficulté circonstancielle jouerait différemment en matière de responsabilité et en matière de légalité. J.-C. HELIN a montré combien la légalité varie aussi en fonction des circonstances de fait¹⁶¹¹. En tout état de cause, on ne voit pas comment il serait possible de soutenir en même temps qu'il peut y avoir des illégalités non fautives en raison des circonstances difficiles¹⁶¹² si l'on peut par ailleurs avoir déjà tenu compte des circonstances de difficulté pour reconnaître l'illégalité. Faudrait-il penser que la difficulté prise en compte n'est pas de la même intensité dans les deux contentieux, qu'elle aurait à un moindre degré plus d'influence sur le plan de la responsabilité que sur celui de la légalité ?

Que les variations de la légalité n'existent qu'en cas de circonstances exceptionnelles ou d'extrême urgence, circonstances qui ne sont pas les moindres difficultés, n'est d'abord pas

¹⁶⁰⁸ C.E., 26 janv. 1973, *Driancourt*, A.J.D.A. 1973, p. 273.

¹⁶⁰⁹ *Réflexions sur la conception juridique de la faute du service public. De l'utilité du recours aux notions d'obligation et d'activité administrative*, Mém. Hadjidas, Le Pirée Université 1989, p. 333 et 337.

¹⁶¹⁰ Concl. sur C.E., 3 avr. 1936, *Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers*, S. 1936,3, p. 108.

¹⁶¹¹ J.-C. HELIN, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, th. Nantes, 1969, notamment p. 128 à 143.

¹⁶¹² Cela comprend les cas de circonstances exceptionnelles ou d'urgence. Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, Montchrestien 13^{ème} éd. 1999, n° 1274 à 1278 ; G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, t.1, PUF 1992 p. 503 et s. Mais il peut s'agir plus simplement de l'impossibilité matérielle de remplir certaines formalités. Cf. C.E., Sect., 12 oct. 1956, *Sieur Baillet*, Rec. p. 356. Voir sur ce point AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J. 1984, t. 2, n°1109 et 1124.

exact. L'urgence peut très facilement justifier une adaptation du seuil de légalité¹⁶¹³. Nous avons de plus montré que la difficulté qui est prise en compte pour exiger une faute qualifiée n'est pas la difficulté minimale. La difficulté ne peut être prise en considération pour la responsabilité que si elle joue réellement sur la possibilité pour l'administration de respecter les droits subjectifs à la sécurité et au bon fonctionnement du service public, c'est-à-dire qu'elle doit engendrer un aléa suffisant pour changer la nature de l'obligation à respecter par le service public. En tout état de cause, la question de la faute est en effet celle de savoir si l'administration pouvait éviter le dommage.

Cette question se complique plus communément dans la jurisprudence sous une autre forme. Elle revient à savoir si la difficulté peut jouer deux fois dans un cas de responsabilité pour faute. D'après les observations des commentateurs, la difficulté concrète rencontrée par l'administration joue à deux niveaux, dans la mesure où il n'est pas rare que le juge module l'appréciation qu'il porte sur la qualité de fonctionnement du service en fonction de ce paramètre en plus d'en tenir compte pour exiger une faute lourde.

Pour étayer cette affirmation M. PAILLET cite des arrêts constants en matière de responsabilité des services hospitaliers, fiscaux, policiers et de secours¹⁶¹⁴. Ainsi peut-on lire : « La prise en compte de la difficulté d'une activité administrative est ainsi effectuée à un double niveau: celui du degré de gravité de la faute requise et celui de la plus ou moins grande indulgence avec laquelle est appréciée en tout état de cause la conduite de l'administration ». Evidemment, nous vérifions que tous les arrêts que l'on trouve explicites en ce sens, concernent le domaine de la faute lourde ; mais penser que le critère de la difficulté sert deux fois au juge pour éventuellement exonérer l'administration de sa responsabilité laisse un sentiment d'iniquité et interpelle la logique. C'est pourtant ce que semble penser la doctrine qui est abusée par le laconisme opportun du juge administratif. Nous ne prétendons pas que le constat soit faux, le juge administratif use bien deux fois de la difficulté pour justifier ses solutions, pour les rendre d'autant moins discutables en pratique. C'est la logique juridique que nous voulons éclairer. Pour cette raison, nous proposons une présentation plus conforme à notre conception des obligations administratives.

Relisons un arrêt qui semble implicitement mais nécessairement tenir compte deux fois de la difficulté pour exonérer l'administration : « que la circonstance qu'elles n'aient

¹⁶¹³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 13^e éd. Montchrestien 1999, n°1278.

¹⁶¹⁴ J.-Cl. Ad., fasc. 820 n°44. Voir aussi C.E., 4 août 1982, *Margiotta*, lexilaser n°26.077: absence de difficulté particulière à réaliser un diagnostic dont il est tenu compte pour déclarer la faute lourde.

abouti qu'au bout de onze mois ne suffit pas, eu égard aux difficultés rencontrées au cas d'espèce pendant l'enquête, à établir l'existence d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat »¹⁶¹⁵. Ici, la référence à la difficulté sert moins à provoquer le passage d'un régime de faute simple à un régime de faute lourde qu'à fixer précisément le seuil de normalité déterminant exactement l'obligation qui pèse sur le service. Sous cette lecture, ce qui pourrait paraître choquant, car jouant comme une double protection de l'administration, n'est en réalité que simple logique.

En effet, la difficulté invoquée dans une espèce est toujours à la fois particulière à cette espèce mais en même temps elle participe à la détermination de ce qu'est la moyenne des difficultés rencontrées dans l'activité administrative concernée. Elle contribue à deux niveaux à fixer une seule chose : le seuil de normalité administrative, l'obligation d'administrativité exacte. En témoigne une formule telle que « compte tenu des difficultés propres à la confection et à l'impression des annuaires, l'erreur matérielle de l'administration, si préjudiciable soit-elle, ne présente pas le caractère d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat »¹⁶¹⁶. Ici, la difficulté propre est invoquée pour l'activité en général¹⁶¹⁷ et sert à décliner l'existence de la faute de service en l'espèce.

Ce genre de rédaction peut paraître maladroit au regard d'une théorie des obligations administratives cohérente, mais elle s'explique par le fait que le juge administratif n'utilise pas explicitement la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. Il est donc conduit à faire par deux fois allusion à la difficulté mais ne devrait pas pouvoir logiquement en cumuler les effets. La difficulté détermine l'étendue de l'obligation d'administrativité, elle est donc nécessairement prise en compte pour découvrir la faute, mais ce sont là les deux faces d'une même pièce. Certes, il n'existe guère, à notre connaissance, d'arrêts refusant de constater une faute simple en raison du seul critère de la difficulté rencontrée par l'administration¹⁶¹⁸. La difficulté est en effet prise en compte en se fondant dans les éléments de circonstances d'espèces, ces circonstances qui servent autant à définir le

¹⁶¹⁵ C.E., 5 avr. 1991, *Société européenne de location et de service*, Rec. p. 120 ; à propos d'un véhicule en fourrière dont l'administration a tardé à retrouver le propriétaire.

¹⁶¹⁶ C.A.A., Lyon, 21 fév. 1989, *M. Gérard Ayache*, Rec. tables p. 910.

¹⁶¹⁷ Même si c'est ici la loi qui exige la faute lourde, n'oublions pas que cela ne peut se justifier en théorie que par la difficulté de l'activité, et que le législateur n'a d'ailleurs fait qu'entériner la position adoptée par le Conseil d'Etat en 1976. Cf. infra note 1815 p. 423.

¹⁶¹⁸ A l'exception d'une jurisprudence qui explicitement refuse de reconnaître un défaut d'aménagement dans l'ouvrage sujet à chutes de pierres, en raison des difficultés techniques qu'il faudrait surmonter pour les éviter. Cette dernière jurisprudence lie les difficultés techniques au coût des travaux de sécurisation, si bien que la difficulté n'est pas conçue alors comme un aléa mais plutôt comme un élément du critère des moyens dont dispose le service public. C.E., 20 mars 1987, *Consorts Garzino*, Rec. p. 101. - C.E., 3 avr. 1987, *Consorts Duhayon*, n°64.404.

degré des obligations du service qu'à reconnaître la faute. De fait, on imagine mal le juge insister sur la difficulté particulière rencontrée dans une espèce où la faute lourde ne serait pas exigée, puisque la faute simple correspond en théorie au moindre dysfonctionnement depuis que toute illégalité est fautive. Toujours est-il que, l'appréciation de l'existence du comportement fautif suit le même cheminement selon que l'on recherche une faute simple ou une faute qualifiée, car il n'y a entre les deux qu'une différence de degré et non de nature. La distinction faute simple et faute lourde pourrait donc être remplacée par celle des erreurs non fautives et des fautes. Les auteurs qui se sont posés cette question avec la remise en cause quasi-systématique de la faute lourde ont eu raison¹⁶¹⁹, et les travaux de L. RICHER doivent nous permettre d'apporter notre contribution au débat.

Précisons, que cette question se distingue de celle de savoir si toute illégalité est fautive, même si la théorie de l'erreur peut conduire logiquement à la reconnaissance d'illégalités non fautives¹⁶²⁰. L'ancienne doctrine et le juge administratif se trompaient en croyant que certaines illégalités « vénielles » n'étaient pas fautives¹⁶²¹, et pourtant tous percevaient bien ainsi que toute erreur n'est pas une faute, que certaines sont excusables par manque d'anormalité. Si nous admettons aujourd'hui avec le Conseil d'Etat que toute illégalité, même légère, constitue une faute de service, c'est à la condition de concevoir en contrepois que toute erreur ou absence de formalisme n'est pas constitutive d'illégalité. Cela ne pose pas de difficulté lorsqu'un dommage est justifié par des circonstances exceptionnelles, mais en dehors de cette hypothèse, le critère de différenciation actuel est celui de la substantialité des vices de formes constatés. D'ailleurs, le critère de la substantialité n'est pas vraiment établi en droit positif, la jurisprudence dresse un inventaire des formalités importantes mais elle fait aussi souvent dépendre le caractère substantiel des circonstances de l'espèce¹⁶²².

Dans la perspective du contentieux de la responsabilité, nous proposons de tenir compte de l'impact qu'une forme ou une procédure a sur les droits subjectifs pour les reconnaître comme substantiels. Il faudrait considérer les irrégularités formelles qui n'ont pas eu de

¹⁶¹⁹ M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996, p. 126.

¹⁶²⁰ Pour la C.J.C.E., adepte de la théorie de l'erreur, certaines illégalités suffisantes pour entraîner l'annulation sur le plan de la légalité ne sont pas des fautes sur le plan de la responsabilité. Cf. F. FINES, *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté Economique Européenne. De la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Paris, L.G.D.J. 1990, p. 383.

¹⁶²¹ Voir J.-C. HELIN, th. citée, p. 49.

¹⁶²² Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1., 13^{ème} éd., n°1226.

conséquences sur l'acte administratif et qui n'ont pas méconnu de droit subjectif¹⁶²³ comme des erreurs. Les actes en procédant ne devraient pas non plus être susceptibles d'annulation puisqu'ils sont non contraires au droit, les formalités non substantielles omises étant non obligatoires.

En somme, on peut accepter l'idée que toutes les illégalités constituent des fautes de service, tout en préservant à la responsabilité sa fonction sanctionnatrice et préventive dès lors que certaines erreurs sont excusées dès le stade de l'illégalité. Dans cette vision, ce n'est donc pas que selon les circonstances une illégalité n'est pas une faute, mais plutôt qu'avec elles il n'y a pas illégalité donc pas faute. Afin de refléter que les exigences qui pèsent sur l'administration sont très variables et sont fonction de différents facteurs, dans le cadre d'une conceptualisation contractualiste de la responsabilité, il serait sans doute judicieux d'adopter en droit administratif la distinction des obligations de moyens et de résultat.

B) L'intérêt d'une référence à la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat

La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat n'est pas utilisée en droit public positif, et quasiment pas étudiée¹⁶²⁴. Couramment employée par les tribunaux civils dans le contentieux contractuel¹⁶²⁵, la distinction ne l'est pas dans celui du contrat administratif qui pourtant ne diffère pas énormément du contentieux privé¹⁶²⁶. On aurait pu

¹⁶²³ Certes, le droit au respect des formes est une composante du droit subjectif au respect de la légalité, mais seulement lorsque ces formes sont susceptibles d'avoir un impact sur la situation des personnes. Le droit au respect de la légalité n'est pas méconnu dès lors qu'une forme non substantielle est omise. Selon notre raisonnement, on pourrait même prétendre que lorsqu'une décision devant être prise ne peut l'être que dans un sens déterminé, l'administration n'est plus obligée de respecter toutes les formes puisqu'elle ne fait que constater un état du droit qui s'impose à elle comme une circonstance extérieure. Cependant, son « acte-constat » doit respecter les règles de motivation et de publicité pour ce qu'il a de constat.

¹⁶²⁴ Cependant voir D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, thèse, Paris II, 1972; J.-P. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan 1997, p.126 à 139.

¹⁶²⁵ Cf. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 1998, n°529.

¹⁶²⁶ Voir A. DE LAUBADERE, *Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration*, études off. à A. Mestre, Sirey 1956, p. 383. L'autonomie du contentieux se situe au niveau de certains droits exorbitants dont dispose l'administration dans l'intérêt général et qui peuvent engendrer éventuellement une responsabilité sans faute. Voir Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en*

penser que cette place était occupée en droit public par la théorie de la gradation des fautes, puisque la nature de l'obligation de moyens ou de résultat dépend elle aussi de la difficulté et de l'aléa qui pèsent sur la mission entreprise¹⁶²⁷. D'ailleurs, la technique de gradation des fautes est largement utilisée en matière contractuelle¹⁶²⁸ comme non contractuelle¹⁶²⁹. En fait, si la référence à cette distinction peut être utile en droit administratif afin de préserver la fonction signalétique assumée auparavant par la notion de faute lourde (1), elle réclame d'être affinée pour rendre compte des différents types de responsabilité en droit administratif (2)

1) Intérêt de la référence à la distinction pour préserver la fonction signalétique de la faute

Avec la disparition progressive de la théorie de la gradation des fautes, on ressent le besoin d'initier un nouveau vocabulaire. Si la distinction de l'erreur non fautive et de la faute demeure toujours comme nécessité dans un système de responsabilité, elle ne saurait s'expliquer par elle-même sans encourir le grief d'empirisme, voire d'arbitraire¹⁶³⁰. Pour une jurisprudence comprise et stable il faut en effet continuer de satisfaire à la fonction « signalétique » que remplissait la faute lourde.

La faute lourde permettait de signaler maladroitement l'écart existant entre l'erreur et la faute car sa théorie n'était pas clairement rattachée à la nature des obligations administratives. Ne pas faire cet effort aboutit seulement à déplacer le problème et l'abandon de la faute lourde est alors perçu comme une hypocrisie de communication. Peut-être eut-il mieux valu que la jurisprudence œuvre en profondeur à l'explication de la théorie de la faute lourde¹⁶³¹. Elle aurait pu se référer à la nature plus ou moins intense des obligations

droit administratif, th. Economica 1989; A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, 2ème éd. t.1, L.G.D.J. 1984, n°766 p. 761.

¹⁶²⁷ A. TUNC, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, J.C.P. 1945, I, 449; A. PLANCQUEEL, *Obligations de moyens, obligations de résultat*, R.T.D.C. 1972, p. 334; J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, L.G.D.J. 1965.

¹⁶²⁸ Répertoire Dalloz responsabilité de la puissance publique, *Responsabilité contractuelle*, n°149 et s.

¹⁶²⁹ Voir J.-J. THOUROUDE, *La faute qualifiée dans la jurisprudence administrative*, th. dactyl. Caen 1974; J.-F. COUZINET, *La notion de faute lourde administrative*, R.D.P. 1977, p. 283. Certains privatistes recommandent l'usage de la distinction aussi en matière extra-contractuelle.

¹⁶³⁰ « Lorsque le juge estime qu'aucune faute lourde n'a été commise, le justiciable ressent la sentence comme signifiant qu'une faute a bien été commise mais que le juge lui en refuse réparation. Le sentiment de justice n'est pas alors apaisé » explique le commissaire du gouvernement STAHL dans ses conclusions précitées sur l'affaire *Theux*. Nous pensons que la même incompréhension subsisterait si l'on se contentait de parler d'erreur non fautive.

¹⁶³¹ En ce sens G. LEBRETON, D. 1998 p. 535 et s.

administratives¹⁶³², à cette distinction tout à fait pédagogique et signalétique de ce qui oblige à des moyens ou à des résultats. Mais une telle référence condamne sans doute elle aussi la théorie de la faute qualifiée puisque la variation de responsabilité se manifeste alors à l'aune de l'intensité de l'obligation et non plus à celle de l'intensité de la faute. Il est plus satisfaisant de ne pas laisser croire que des fautes légères qui ont pu causer des dommages importants laissent impunis leurs auteurs. Dire sans ambages qu'une faute n'engendre pas la responsabilité va contre le sens commun car est incompatible avec l'esprit de la « loi de responsabilité ».

Dans notre optique, l'exigence d'une faute lourde pourrait se justifier par la volonté de ne pas faire peser sur l'administration une obligation de résultat dans les domaines de son activité où l'aléa est le plus difficile à maîtriser. Classer les obligations des services publics de la sorte présente l'avantage de préserver la fonction « signalétique »¹⁶³³ occupée par la faute lourde. Il faut entrevoir que l'affirmation qu'une obligation est de résultat ou de moyens correspond à la volonté jurisprudentielle des tribunaux, et que de par sa nature traditionnellement prétorienne, le droit administratif devrait être tout à fait réceptif à cette distinction. Ce ne serait d'ailleurs pas porter atteinte à la liberté des parties au contrat social que de faire ce travail d'interprétation de leur volonté, dans la mesure où ce contrat est muet sur beaucoup de ses aspects et en tout état de cause en perpétuelle mutation. Dans les chroniques doctrinales on a vu récemment poindre la référence à l'absence d'obligation de résultat pour justifier le maintien très circonscrit de la faute lourde dans le contentieux de la responsabilité des services fiscaux¹⁶³⁴. Cette activité là n'est certes pas facile mais elle ne présente pas plus d'aléa que l'activité hospitalière, celle des instances de contrôle, ou celle des services de secours et de lutte contre l'incendie, qui ont pourtant vu disparaître pour elles l'exigence de faute lourde¹⁶³⁵.

¹⁶³² Elle eut dû alors faire un pas honni vers la conception contractualiste des rapports administrés-puissance publique.

¹⁶³³ Expression du commissaire du gouvernement LEGAL sur l'affaire *époux V*. Les civilistes évoquent quant à eux la valeur pédagogique et suggestive de la distinction des obligations. Cf. G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n°528.

¹⁶³⁴ Chronique générale de jurisprudence administrative française, A.J.D.A. 1998, p. 418.

¹⁶³⁵ C.E., 10 avr. 1992, *Epoux V*, Rec. p. 171 : responsabilité médicale. - C.E., A., 9 avr. 1993, *G, D, B*, Rec. p.110 ; R.F.D.A. 1993 p.583 concl. Legal ; J.C.P. 1993 n°22110 ; A.J.D.A. 1993, p. 381 : activité de contrôle. - C.E., 20 juin 1997, *Theux*, D.A. nov. 1997, p. 24 : service médical d'urgence. - C.E., Sect., 13 mars 1998, *Améon et autres*, A.J.D.A. 1998, p. 461 et 418 chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; D. 1998, p. 535 note Lebreton ; C.J.E.G. 1998, p. 197 concl. L. Touvet. Et C.E., 29 avr. 1998, *Communes de Hannapes*, R.D.P. 1998, p. 1012 : responsabilité des services de secours et de contrôle technique.

En fait, si l'on veut expliquer la nature des obligations de service selon la distinction des obligations de moyens ou de résultat, on ne saurait dresser la liste exhaustive des obligations qui sont de l'une ou de l'autre intensité. En effet, s'il est en théorie concevable qu'il existe un rapport entre cette distinction et la théorie de la gradation des fautes, force est bien de constater que si la faute lourde correspond à l'absence d'obligation de résultat pour l'administration, en revanche la faute simple ne signifie absolument pas l'obligation de résultat.

Il paraîtrait légitime de penser, que le régime de la faute simple constituant la plus répandue des hypothèses de responsabilité administrative, l'administration verrait sa responsabilité engagée pour la moindre de ses irrégularités de fonctionnement. Mais l'administration n'est en réalité tenue la plupart du temps qu'à mettre en œuvre les moyens que l'on peut raisonnablement attendre qu'elle adopte¹⁶³⁶. Par exemple, la jurisprudence exige souvent de l'administration qu'elle ne s'abstienne pas de toute intervention ou de tout retard excessif dans ses missions de maintien de la légalité. Ainsi, aucune faute n'est constituée lorsque l'administration tarde à adopter des textes au-delà des délais impartis si ceux-ci ne dépassent pas le « raisonnable »¹⁶³⁷. De même, il n'y a pas de faute à ne pas parvenir à faire respecter des règlements en l'absence d'obligation légale de poursuivre les contrevenants¹⁶³⁸, car dès lors que l'administration justifie avoir accompli les « diligences nécessaires », ses services de police ne sont pas en faute pour avoir néanmoins échoué¹⁶³⁹. Est en revanche sanctionnée la carence systématique dans la prise de mesures en réaction à une situation illicite¹⁶⁴⁰.

L'administration est tenue à une obligation de résultat toutes les fois que son incapacité à éviter un dommage suffit à établir le manquement source de sa responsabilité. La faute de service est en ce cas plus aisément reconnue. Il en est ainsi lorsque aucun aléa ne domine l'obligation. A dire vrai, les conditions de l'obligation de résultat seront rarement réunies et

¹⁶³⁶ Cf. M. PAILLET, J.-Cl. Ad., fasc. 818 n°112 et s.

¹⁶³⁷ Voir *a contrario* pour des exemples de condamnation pour faute : C.E., A., 27 nov. 1964, *Veuve Renard*, Rec. p. 590, concl. Galmot ; D. 1965, p. 632, note J.-M. Auby. – C.E., 20 mai 1988, *Duprat*, D.A. 1988, n°393. – T.A., Nantes, 18 fév. 1997, *Association des marais des Olonnes c/min. de l'environnement*, D. 1998, J, p. 403, note R. Romi.

¹⁶³⁸ C.E., 26 mai 1965, *kutschera*, Rec. p. 295. – C.E., 4 janv.1987, *Sté Marceau Immobilier*, R.D.P. 1988, p. 891; D. 1988, somm. P. 62, obs. Moderne et Bon.

¹⁶³⁹ Ex. : C.E., 8 janv.1988, *Million*, Lexilaser n°71.164. – C.E., 6 mai 1991, *Sté automobiles Citroën*, R.D.P. 1991, p. 1447.

¹⁶⁴⁰ C.E., 14 déc. 1962, *Doublet*, Rec. p. 680. – C.E., 8 nov. 1985, *Lange*, R.D.P. 1986, p. 920. – C.E., 14 mai 1986, *com. de Cilaos*, R.D.P. 1987, p. 478. – C.E., 22 juin 1987, *Ville de Rennes*, R.D.P. 1988, p. 900. – C.E., 25 sept. 1992, *SCI Le Panorama*, Rec. Tables p. 1160; D. 1994, SC., p. 62, obs. P. Bon et Ph. Terneyre.

l'on en trouve peu d'exemples en droit administratif¹⁶⁴¹. Cependant, on peut en déceler dans la jurisprudence quelques applications. Ainsi, s'agissant de communiquer des informations simples aux administrés, l'absence d'aléa dans le circuit de transmission des documents rend toute inexécution fautive¹⁶⁴². Même si un document se perd, il est toujours possible de s'assurer de sa bonne réception et de renouveler le cas échéant l'émission.

D'une manière que nous pourrions qualifier de naturelle au regard des objectifs que se fixe la société humaine, l'intensité de l'obligation tend vers le résultat lorsque la sécurité corporelle des personnes est en jeu. En ce qui concerne les services de police, il est souvent exigé par le juge que les moyens mis en œuvre par l'administration se révèlent appropriés au but recherché de prévention des dommages. Selon la doctrine, dans le domaine de la police administrative, la jurisprudence n'absout pas l'administration du seul fait que celle-ci a pris un minimum de mesures pour répondre au but qui lui est assigné. Exigeant que celles-ci se montrent appropriées au résultat à atteindre, dans le cas où cette exigence n'est pas satisfaite, le juge déclare la responsabilité de la puissance publique.

L'illustration topique de cette tendance figurerait dans le célèbre arrêt *Marabout* par lequel le Conseil d'Etat calquait pour la première fois l'exigence de faute lourde aux aléas circonstanciés de la mission à mener¹⁶⁴³. On a pu penser qu'il résultait de cette affaire que « quelles que soient les difficultés auxquelles elle se trouve confrontée, l'autorité de police doit assurer le respect de la réglementation qu'elle a édictée »¹⁶⁴⁴. Mais, il s'avère que cette sévérité affirmée dans l'arrêt *Marabout* à l'égard de l'autorité de police n'a pas eu une grande filiation. Notons qu'il est par ailleurs paradoxal de mentionner l'existence de difficultés propres à une espèce pour exiger la preuve d'une faute lourde tout en déclarant que de toute façon l'obligation est faillie dès que le résultat n'est pas atteint.

A la vérité, il nous semble que l'exigence de mesures appropriées n'est pas le signe d'une obligation de résultat mais bien de moyens. Le Conseil d'Etat n'a pas manqué d'ailleurs de le rappeler dans l'un de ces derniers arrêts faisant appel à la notion de faute lourde : « que si les mesures édictées puis exécutées de ce chef n'ont pu empêcher que des dommages surviennent [...] aux cultures de M. Delavallade, la commune ne peut-être pour autant regardée comme ayant commis une faute simple, au regard de la finalité de la police

¹⁶⁴¹ Même dans le contentieux du contrat administratif. Cf. J.-P. DREYFUS, op. cit. p. 124.

¹⁶⁴² C.E., 15 juin 1955, *Courtial*, D. 1955, p. 790 concl. Heumann. : absence d'information de la famille sur les résultats d'une visite médicale d'un enfant scolarisé. - C.A.A., Paris, 26 juin 1990, *M. Baudinière*, R.F.D.A. 1991, p. 491 obs. Théobald : défaut d'information des parents sur la vacance d'un cours dans un établissement scolaire.

¹⁶⁴³ C.E., A., 20 déc. 1972, *Marabout*, Rec. p. 664.

municipale, dans l'édition de mesures appropriées aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation de pigeons ou une faute lourde dans l'exécution de ces mesures »¹⁶⁴⁵.

Voilà confirmé s'il en était besoin que, quel que soit le degré de faute exigé, il ne pèse généralement sur l'administration que des obligations de moyens. Toutefois, il demeure que celles-ci n'ont pas toujours la même intensité. La sévérité de la jurisprudence *Marabout*, lorsqu'elle se manifeste, peut s'expliquer par la nature des droits subjectifs que la police protège. En l'espèce, le droit d'accès des riverains à la voie publique depuis leur domicile était amputé, ce qui est un droit particulièrement essentiel dans la jurisprudence¹⁶⁴⁶, et plus grave encore, leur droit à la sécurité physique était compromis dans la mesure où le stationnement sauvage empêchait toute circulation de véhicules de secours dans leur impasse. Nous observons d'ailleurs que cette sévérité se manifeste lorsque des accidents corporels ont lieu.

Envisageons la jurisprudence relative à l'insuffisance des mesures, notamment de signalisation, prises pour éviter les accidents sur les lieux de loisirs. Certains arrêts semblent mettre à la charge du service public une faute dès lors que la signalisation des dangers n'a pas empêché la survenance de l'accident, sans certitude toutefois que la signalisation ait eu un rôle dans la production du dommage. Peut-on en conclure à l'existence d'une obligation de résultat quant à la qualité de la signalisation dès lors que celle-ci est déclarée défectueuse par la seule survenance d'un accident ? Les arrêts qui vont en ce sens ne sont pas réellement probants¹⁶⁴⁷. Tout au plus avons-nous le sentiment que le juge tend à présumer que l'existence de l'accident révèle une défectuosité de la signalisation, mais en tout état de cause, il tient compte des circonstances des espèces pour se forger sa conviction. Il s'agit en réalité d'un système de présomption. Cela est tout à fait compréhensible puisque la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat a pour conséquence pratique de déterminer sur quelle partie au litige pèsera la charge de la preuve de la source du

¹⁶⁴⁴ Chron. CABANES et LEGER, A.J.D.A. 1972, p.583.

¹⁶⁴⁵ C.E., Sect., 4 déc. 1995, *Delavallade*, Rec. tables p. 945. L'exigence de faute lourde en matière de police administrative risque de perdurer longtemps par mimétisme avec son exigence en matière de police judiciaire, du moins tant que la loi maintiendra ce régime pour les activités judiciaires de l'Etat, entendues largement par la Cour de cassation qui peut au mieux faciliter ou banaliser son admission jurisprudentielle : cf. Cass. 1^{ère} civ. 9 mars 1999, *Malaurie c/ agent judiciaire du Trésor*, J.C.P. 1999, II, 10069 rap. Sargos.

¹⁶⁴⁶ Voir infra note 1990 p. 460.

¹⁶⁴⁷ M. PAILLET, J.-Cl. Ad., fasc. 818, n° 118.

dommage¹⁶⁴⁸. Dans ces conditions, on doit se demander si cette distinction ne permettrait pas aussi en droit administratif de déterminer par avance les hypothèses de présomption de faute, de sorte que la fonction signalétique de la distinction serait aussi opératoire du côté de la charge de la preuve. Mais il faudrait pour cela affiner la distinction.

2) Une distinction à améliorer en droit administratif

Contrairement à la responsabilité contractuelle du droit civil, le droit administratif connaît de nombreux régimes de responsabilité épars. On peut alors douter que la seule distinction des obligations de moyens ou de résultat puisse en rendre parfaitement compte. Nous venons de pressentir que celle-ci ne correspond pas à la distinction de la faute lourde et de la faute simple. La pratique des présomptions de faute du droit administratif trouble encore un peu plus le jeu de la distinction.

De véritables hypothèses de présomptions de faute la jurisprudence administrative n'en connaît pas beaucoup, mais chacune d'elle est d'une application contentieuse fréquente. Or, nous pensons que les obligations de résultat sont fort rares en droit public¹⁶⁴⁹. La présomption de faute ne peut donc pas *a priori* être caractéristique de l'exigence d'une obligation de résultat. Il n'est besoin que d'observer l'existence de mécanismes présomptifs dans des hypothèses de faute de négligence de l'administration pour réaliser que la présomption de faute peut-être pratiquée par le juge aussi en cas d'obligation de moyens. L'intérêt de la présomption n'est effectivement pas moindre dans un cas que dans l'autre et il se peut tout à fait que, devant une difficulté de preuve, le juge présume la faute à partir de simples indices, alors même que celle-ci consisterait dans la violation d'une obligation de moyens¹⁶⁵⁰. L'exemple le plus connu en est fourni par la notion de défaut d'entretien normal de l'ouvrage public dont la doctrine admet aujourd'hui qu'il s'agit bien d'une responsabilité

¹⁶⁴⁸ C'est la position de DEMOGUE, théoricien de la distinction en France en 1925, *Traité des obligations*, t. V, n° 1237 et t. VI, n° 599. Cf. J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, th. L.G.D.J. 1965, p. 38 et 39.

¹⁶⁴⁹ On a pu même défendre l'idée de leur inexistence. Cf. D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, th. Paris II, 1972, p. 889 et s. *Contra* M. PAILLET, th. précitée, p. 330 et s.

¹⁶⁵⁰ Cf. D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, op. cit. p. 900 note 14 ; J. FROSSARD, th. précitée, n° 197, p. 107 ; F. LLORENS-FRAYSSÉ, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, th. L.G.D.J. 1985, p. 204.

pour faute présumée, même si parfois la faute est expressément relevée par le juge parce qu'elle est tout à fait identifiable et établie par le requérant¹⁶⁵¹.

L'hypothèse de faute lourde consistant en somme à faire peser sur l'administration des obligations de moyens, il en résulte nécessairement que la faute lourde peut comme la faute simple être présumée. Mais la doctrine pense généralement que la faute lourde ne peut pas être présumée¹⁶⁵². Certes, si on peut déduire de l'existence d'un dommage qu'il trouve nécessairement sa cause dans une faute, on peut difficilement deviner si cette faute est grave. On ne peut pas déterminer par exemple qu'un dommage grave est nécessairement le résultat d'un manquement grave. Le Conseil d'Etat ressent parfois le besoin de le rappeler solennellement¹⁶⁵³. Toutefois, on peut penser que dans la pratique la gravité des dommages joue pour reconnaître la faute lourde. Il n'est pas absurde d'imaginer que plus un préjudice dû à une faute est grave, plus il a de probabilité d'être dû à une faute lourde. En effet, qu'est-ce qu'une faute lourde si ce n'est ce qui est le plus répréhensible, le moins excusable, le plus antisocial ? Or, les comportements sont jugés répréhensibles en raison des conséquences qu'ils pourraient avoir, de celles qu'ils ont parfois. Ceci explique que beaucoup de fautes ont été qualifiées lourdes alors qu'elles semblaient bénignes intrinsèquement, simplement en raison de leur dangerosité potentielle.

Au demeurant, avant la disparition de la faute lourde médicale, on en trouvait quelques cas de présomption. On songe à cette responsabilité présumée du service hospitalier à l'égard des malades qui sortent de l'hôpital atteints d'une affection grave hors de proportion avec l'état initial ayant motivé leur hospitalisation¹⁶⁵⁴. Dans de telles hypothèses, le dommage est rattaché à l'organisation défectueuse du service sans que l'on sache, en fait, si ce n'est pas plutôt une faute médicale qui en est à l'origine, une faute qui devait être lourde avant le revirement jurisprudentiel de 1992¹⁶⁵⁵. Il est à relever d'ailleurs que le passage à la faute simple n'est qu'un changement de vocabulaire dans la mesure où certaines fautes lourdes

¹⁶⁵¹ F. LLORENS-FRAYSSÉ, op. cit. p. 189 et 204.

¹⁶⁵² Par ex. J.-F. COUZINET, *La notion de faute lourde administrative*, R.D.P. 1977, p. 327.

¹⁶⁵³ C.E., 23 mars 1973, *CPAM des Bouches-du-Rhône et dame Ponel*, R.D.P. 1973, p. 1791. – C.E., 7 déc. 1990, *S.C.I. les Mouettes*, Rec. p. 968.

¹⁶⁵⁴ C.E., 23 fév. 1962, *Meier*, Rec. p. 122. – C.E., 22 déc. 1976, *Dame Derridj*, Rec. p. 576 ; J.C.P. 1976, n° 18792, note Auby – C.E., 9 janv. 1980, *Dame Martins*, D. 1980, IR, p. 318, note F. Moderne.

¹⁶⁵⁵ Il pourrait s'agir par exemple d'une erreur de diagnostic. R. CHAPUS voit dans la jurisprudence postérieure à 1988 un nouvel élan de la présomption de faute à l'égard des « victimes, sinon d'actes médicaux proprement dits, du moins d'actes qui se situent dans leur contexte immédiat et qui leur ressemblent beaucoup » : *Droit administratif général*, t.1., n°1458. En réalité ces systèmes étaient destinés à déplacer le contentieux du terrain de la faute lourde vers celui de la faute simple par une dénaturaison de l'imputabilité de la faute. Cf. J.-J. THOUROUDE, *La faute qualifiée dans la responsabilité administrative*, th. Dactyl. Caen 1974, p. 223.

étaient en tout état de cause de « fausses fautes lourdes »¹⁶⁵⁶. La « fausse faute lourde » se manifestait dans de nombreux domaines. Par exemple, en matière de police des fêtes, les hypothèses concrètes dans lesquelles était admise l'existence d'une faute lourde de la police étaient les mêmes que celles où était retenue la faute simple de la commune organisatrice de la fête¹⁶⁵⁷. Il n'y a en définitive pas moins de raison de présumer la faute lourde que la faute simple parce que dans les deux systèmes, il s'agit de distinguer l'erreur excusable de la véritable faute¹⁶⁵⁸.

Dans l'absolu, on peut considérer que les véritables obligations de résultat n'existent de toute façon jamais tant il est vrai que la seule constatation qu'un résultat n'est pas atteint ne suffit pas à établir la responsabilité du débiteur d'obligation. En effet, on n'est responsable que de ce que l'on a contribué à causer, et le débiteur d'une obligation ne peut être appelé ainsi qu'à la condition de pouvoir s'exonérer par une cause étrangère¹⁶⁵⁹. « A l'impossible nul n'est tenu », telle est la règle de droit naturel¹⁶⁶⁰ qui s'impose *a priori* de tout système artificiel de pure garantie. Il n'y a donc pas de correspondance entre la distinction des obligations de moyens et de résultat et celle de la faute simple et de la faute lourde, ce qui ne dénie pas cette première de tout intérêt dans la mesure où elle est susceptible de nuances¹⁶⁶¹. Il demeure toujours possible en effet de mentionner qu'une obligation est plutôt de résultat ou plutôt de moyens. La doctrine civiliste utilise d'ailleurs selon les cas les expressions d'obligations « renforcées » ou d'obligations « atténuées »¹⁶⁶².

Lorsque la responsabilité est engagée pour faute, l'obligation est de moyen ; dans ce cas lorsque la faute est présumée, l'obligation est de « moyens renforcée ». Il ne reste alors en droit public d'obligations de résultat qu'en matière de responsabilité sans faute. Mais, cette obligation de résultat est atténuée lorsque cette responsabilité sans faute connaît des exonérations ; elle est donc marginalement une obligation de résultat « absolue » lorsque de

¹⁶⁵⁶ J.-J. THOUROUDE, *ibid.*

¹⁶⁵⁷ F.-P. BENOIT, *La responsabilité du fait de la police administrative*, 1946, p. 38.

¹⁶⁵⁸ De fait, les juges administratifs français ont très peu présumé la faute lourde parce qu'ils la concevaient alors comme une protection de l'administration. Mais conceptuellement, un autre usage plus rationnel de la faute lourde ne s'oppose pas à ce qu'elle soit présumée.

¹⁶⁵⁹ Cela se déduit en droit privé de l'article 1147 du code civil. Voir A. PLANCQUEEL, *Obligations de moyens, obligations de résultat*, R.T.D.C. 1972, p. 334. ; cf. J. FROSSARD *th.* cité p. 98.

¹⁶⁶⁰ PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, traduit du latin par Jean Barbetrac, T. 1, p. 442.

¹⁶⁶¹ De ce point de vue, on peut se demander si finalement l'ancien système de gradation des fautes administratives à plusieurs niveaux n'était pas beaucoup plus logique que la dérive engendrée par la seule subsistance de la faute lourde. Sur l'historique de ce système, voir J.-J. THOUROUDE, thèse précitée.

¹⁶⁶² Lorsqu'une obligation de moyens est allégée, son créancier doit apporter la preuve d'une faute lourde. Cf. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* n°533-2.

plein droit elle constitue une pure garantie qui à nos yeux est rarissime en droit public¹⁶⁶³. Ce constat présente l'avantage de montrer combien la responsabilité administrative sans faute est bien elle aussi la conséquence de la violation d'une obligation, une véritable responsabilité pour illicéité que l'on déclare sans culpabiliser la puissance publique responsable, bref une violation tolérée de la norme objective.

SECTION 2

LA VIOLATION TOLEREE DE LA NORME OBJECTIVE

Même lorsque le service public n'a pas mal fonctionné, la puissance publique peut être contrainte de réparer les conséquences de son action. Pour expliquer l'existence de la responsabilité sans faute, les auteurs ne peuvent qu'invoquer l'équité, l'Etat-providence ou la « théorie du scandale »¹⁶⁶⁴. S'en remettre à ces seuls fondements conduit à oublier d'autres raisons.

L'habitude a été prise de parler de responsabilité sans faute dans la mesure où l'existence d'une faute du responsable n'a pas à être relevée pour parvenir à la solution juridique du problème. Mais il ne s'agit en réalité que d'une faveur faite à la victime quant à la preuve de l'origine de son dommage. Il faut donc envisager que dans la responsabilité sans faute, la faute puisse exister bien qu'elle soit alors ignorée par le droit positif.

En outre, nous avons déjà expliqué notre point de vue selon lequel la responsabilité sans faute, en ce qu'elle est distincte de la garantie, n'est pas une responsabilité sans causalité. Nous avons montré que la rupture d'égalité devant les charges publiques, fondement de l'ensemble de la responsabilité, peut être envisagée comme une illégalité¹⁶⁶⁵. Pour cette raison, il faut prendre avec réserve l'expression « responsabilité sans faute » qui devrait

¹⁶⁶³ Toutefois, on peut en voir un exemple jurisprudentiel éclatant avec l'obligation qui pèse sur les centres de transfusion sanguine de délivrer un produit exempt de vice : C.E., A., 26 mai 1995, *Consorts Pavan*, Rec. p. 222. Voir opinion de C. DEBOUY, *Le droit français de la responsabilité administrative : métamorphose ou permanence?*, C.J.E.G. 1997, p. 334.

¹⁶⁶⁴ P. AMSELEK, *La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative*, Mél. Eisenmann Cujas 1975, p. 233 et s.

¹⁶⁶⁵ Cf. supra p. 142 et s.

désigner uniquement l'obligation absolue de résultat, la garantie. La responsabilité sans faute de service est en somme une responsabilité pour faute ignorée, et son existence a pour fonction de permettre l'indemnisation sans que l'on puisse faire de reproche à l'administration¹⁶⁶⁶. Ainsi, cette responsabilité est selon nous une responsabilité pour violation déculpabilisante de la norme d'égalité devant les charges publiques. Nous pouvons le confirmer à travers l'examen des cas de responsabilité dites sans faute que sont les hypothèses de risque (§1) et d'abus de droit (§2), qui en réalité ne sont que des cas de « relation causale prohibée »¹⁶⁶⁷.

§ 1 La responsabilité pour risque

A la fin du XIXème siècle, l'idée de risque a marqué le début de l'ère moderne de la responsabilité en droit public et en droit privé. A la fin du millénaire, cette idée est toujours sur le devant de l'actualité et conquiert toujours plus de droits pour les victimes. A l'ère du risque mécanique a succédé une ère du risque biologique, appelant des réponses assurantielles et judiciaires. L'homme occidental, conquérant par culture ne peut accepter de voir ses conquêtes ralenties ou discutées par leurs effets néfastes, et s'il est contraint de réparer les conséquences de ses ambitions c'est à la commode condition qu'on le dédouane de toute faute. La responsabilité des particuliers entre eux, des personnes publiques envers leurs administrés est alors engagée à raison de l'idée de risque, de fatalité accidentelle dont on fera peser la charge sur le plus grand nombre possible, soit au moyen du contrat d'assurance privé, soit au moyen du contrat social global.

Un siècle de controverse entre les tenants du risque et les tenants de la faute n'aura pas vidé la querelle de savoir quel doit être le fondement de la responsabilité civile. Pourtant, cette querelle devient accessoire si l'on réalise que ces notions ne sont pas des fondements de la responsabilité mais des conditions de son engagement, servant uniquement à déterminer ponctuellement si une victime peut-être indemnisée. Entre le risque et la faute il n'existe

¹⁶⁶⁶ En ce sens : G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit Dalloz 1996, p. 99.

¹⁶⁶⁷ Formule de Y. WEBER, *Illicéité et responsabilité administrative en France*, précité p. 41 et s.

qu'une différence sémantique répondant aux fonctions de la responsabilité que le juge veut ponctuellement souligner, entre plus et moins de sanction. Risque et faute sont les indices d'une même recherche, les indices de l'illicite au regard du contrat social, les indices de la violation du droit. Selon nous, le risque cache toujours la faute dans le contrat social, car non seulement il masque parfois d'authentiques fautes (A), mais en outre, il réalise une rupture d'égalité devant les charges publiques (B).

A) Le risque masque de la faute

« La querelle de la faute et du risque est une querelle de famille [...] Le risque est encore un fait imputé à une personne à qui on fait grief de l'avoir créé ou d'en profiter ». Par ces mots, R.-E. CHARLIER résume toute la relativité de la construction théorique entreprise par les civilistes et les publicistes à la fin du XIX^{ème} siècle pour s'affranchir du problème de la preuve des fautes¹⁶⁶⁸. Certes, il s'agissait pour la doctrine de l'époque de faire mieux que poser des présomptions de faute, dans la mesure où l'on ne concevait pas encore les fautes objectives et où l'on ne voulait pas remettre en cause les progrès techniques contemporains.

En droit public, l'épanouissement de cette idée était acquis par avance en ce que le berceau de la responsabilité de la puissance publique est moins le domaine de la faute que celui où elle passe inaperçue. La responsabilité sans faute a toujours présenté l'énorme avantage de déculpabiliser une puissance publique censée ne pouvoir mal agir. Le caractère attractif de la responsabilité sans faute a souvent été relevé par la doctrine¹⁶⁶⁹. Il est attesté par le contentieux administratif lui-même qui tient la responsabilité sans faute pour un moyen d'ordre public soulevable d'office par le juge et lui permettant alors de laisser planer le doute sur les négligences commises¹⁶⁷⁰. L'examen de la jurisprudence révèle une pratique plus

¹⁶⁶⁸ Note sous C.E., 13 déc. 1940, *Isselée*, S.1945,3, p. 21. Dans le même sens les conclusions de J.-F. THERY sur C.E., A., 9 janv. 1976, *Dame Berkowitz*, Rec. p. 21.

¹⁶⁶⁹ P. DELVOLLE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, L.G.D.J. 1969, p. 341 ; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz 1952, p. 445.

¹⁶⁷⁰ L'exemple le plus flagrant figure dans une affaire où des blindés militaires avaient été déplacés sans leur train de roulement sur la chaussée d'une ville et sans aucune précaution et l'avaient ainsi considérablement détériorée. La Haute juridiction administrative préfère s'en remettre à l'idée que les dommages sont, à raison de leur importance et de leur caractère anormal, de nature à ouvrir un droit à indemnité au profit de ladite ville.

générale d'utilisation de la responsabilité sans faute par le juge désireux de ne pas faire « cette affirmation de la faute qui lui répugne »¹⁶⁷¹.

En matière d'utilisation de choses dangereuses, il a été commode de condamner l'administration à réparer les dommages causés par des explosifs sans relever les fautes qui pourtant avaient été commises¹⁶⁷². Il n'est peut-être pas anodin non plus d'avoir condamné les hôpitaux publics à indemniser les victimes de transfusions sanguines contaminées par le virus HIV sur l'idée de risque, car cela dispensait de tout autre prochain débat sur les fautes de l'administration dans les dossiers de scandales sanitaires à venir¹⁶⁷³. Nous pensons évidemment au problème de la « vache folle » et des organismes génétiquement modifiés.

En matière de dommages de travaux publics, le préjudice subi par l'usager engage la responsabilité du maître de l'ouvrage pour « défaut d'entretien normal ». Les juges et une partie de la doctrine veulent absolument détacher ce cas de figure de toute idée de faute pour que l'entière responsabilité pour dommages de travaux publics repose sur le fondement du risque¹⁶⁷⁴. Certes, quelques particularités de ce système le singularisent du droit commun de la faute : ainsi l'invocation de la faute de service après celle du défaut d'entretien correspond pour le juge à une cause juridique nouvelle. Si l'on veut par-là tenir compte du fait que l'on change de régime juridique par rapport à la pratique classique de la responsabilité pour faute, c'est une évidence. Le plus étonnant en ce domaine réside en ce que le fait du tiers n'exonère pas l'administration de sa responsabilité¹⁶⁷⁵. Notons que cette règle n'est pas très ancienne¹⁶⁷⁶. Selon M. DEGUERGUE, ce n'est véritablement qu'en 1958 que la règle d'absence d'effet

L'annotateur de l'arrêt parle lui de négligence grave étouffée au profit de l'idée de risque. C.E., 16 juin 1950, *Ville de Belfort*, D. 1950,3, p. 93, note Suel.

¹⁶⁷¹ Remarque faite par M. WALINE commentant C.E., A., 24 juin 1949, *Lecomte*, R.D.P. 1949, p. 583.

¹⁶⁷² Dans l'affaire *Regnault-Desrozières*, le commissaire du gouvernement proposait une responsabilité pour faute car les explosifs étaient manipulés et stockés dans des conditions déplorables. C.E., 28 mars 1919, Rec. p. 329 ; S. 1919,3, p. 25 note Hauriou ; R.D.P. 1919, p. 239 concl. Corneille, note Jèze.

¹⁶⁷³ C.E., A., 26 mai 1995, *Jouan et Pavan*, R.F.D.A. 1995, p. 763 ; J.C.P.1995,II, 22468. Dans ces dossiers, la Cour administrative d'appel de Paris avait débouté les requérants en raison de l'absence de preuve concernant les fautes alléguées.

¹⁶⁷⁴ Ce sont les membres du Conseil d'Etat eux-mêmes qui perpétuent ce point de vue, spécialement GAZIER, ODENT et ROUGEVIN-BAVILLE. Idée acceptée par quelques auteurs dont J.-P. DUBOIS, *La responsabilité administrative*, coll. Repères, La Découverte 1996, p. 84.

¹⁶⁷⁵ C.E., 3 oct. 1979, *ville de Cabourg c/ Epoux Vigan*, Rec. 949.

¹⁶⁷⁶ On en trouve des prémises peu convaincantes dans quelques décisions des années 1930, mais l'absence d'effet exonératoire du fait du tiers semble stigmatiser dans un cas le comportement justement fautif du maître de l'ouvrage, dans d'autres il est lié au fait que les ouvrages en cause étaient des ouvrages dangereux justifiant cette faveur faite aux victimes même utilisatrices de l'ouvrage. Voir d'une part : C.E., 23 janv. 1930, *Commune d'Espaly-St-Marcel*, Rec. p. 97., d'autre part : C.E., Sect., 24 mai 1935, *Port autonome du Havre*, Rec. p. 596. – C.E., 23 déc. 1941, *Ville de Montpellier*, Rec. p. 244 ; S.1945,3, p. 21. – C.E., 11 déc. 1942, *Farines*, Rec. p.350. Voir M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994, p. 454.

exonératoire du fait du tiers est assise par le juge administratif suprême¹⁶⁷⁷. C'est que même influencée par les progrès des idées sociales depuis la seconde guerre mondiale, la théorie du défaut d'entretien normal ne se départit pas de la théorie de la faute. Ainsi, pour le commissaire du gouvernement DETTON, si le risque fonde toute la responsabilité pour dommages de travaux publics, l'usager est victime d'une faute parce qu'il supporte les risques anormaux¹⁶⁷⁸. Le risque anormal provient donc d'une faute.

A son origine, la responsabilité à l'égard de l'usager reposait comme dans les autres services publics sur la faute prouvée¹⁶⁷⁹. L'avantage procédural laissé à la victime est donc une innovation pragmatique, une garantie accordée aux victimes, construite à partir de 1926 sous l'impulsion décisive du commissaire du gouvernement RIVET lorsque le Conseil d'Etat renonça à l'exigence de la faute prouvée par la victime¹⁶⁸⁰. L'administration est responsable à moins qu'elle ne démontre qu'elle n'a pas commis d'impair dans l'entretien normal de l'ouvrage. Il s'agit bien du renversement de la charge de la preuve qui ne modifie pas radicalement la dimension sanctionnatrice de ce régime particulier. D'ailleurs, au stade de l'action récursoire, c'est bien en considération des fautes respectives que la responsabilité sera partagée avec d'éventuels tiers, quand bien même le fait de ces tiers n'aurait pas été exonératoire au moment de l'obligation à la dette vis-à-vis de la victime. Le juge soumet en outre l'absence d'effet exonératoire du fait du tiers à l'existence d'un droit de recours de l'administration contre ce tiers¹⁶⁸¹.

Le défaut d'entretien normal quant à lui, par sa seule référence à « l'anormalité », se rattache à la méthode habituelle d'appréciation des comportements adoptée par le juge en matière de faute. Ce manquement à une obligation d'entretien s'apprécie en effet en fonction des circonstances propres à chaque espèce, circonstances de moyens principalement¹⁶⁸².

Ces curiosités s'expliquent par le fait que ce régime est en quelque sorte hybride, un compromis entre le droit commun de la faute que les usagers des services doivent prouver et la traditionnelle « générosité » du droit administratif à l'égard des victimes de travaux publics. Globalement c'est l'ensemble du contentieux des dommages de travaux publics, avec ce qu'il

¹⁶⁷⁷ C.E., 18 juin 1958, *Ville de Decazeville*, Rec. p. 362. Cf. M. DEGUERGUE, op. cit., p. 455.

¹⁶⁷⁸ Conclusions sur C.E., 6 oct. 1944, *Société Streichenberger*, R.D.P. 1946, p. 333.

¹⁶⁷⁹ M. DEGUERGUE, op. cit., p. 149 et s.

¹⁶⁸⁰ C.E., 20 mars 1926, *Grimaud*, R.D.P. 1926, p. 258, concl. Rivet.

¹⁶⁸¹ C.E., Sect., 15 juil. 1959, *E.D.F. c/ Cornut*, Rec. p. 471 ; R.P.D.A. 1960, chron. p. 41, concl. Kahn ; C.J.E.G. 1959, J, p. 144, note Carron.

¹⁶⁸² M. DEGUERGUE, op. cit., p. 155.

entraîne dans son sillage de par son caractère volontairement attractif, qui échappe ainsi à une culpabilisation trop ostensible¹⁶⁸³.

Le défaut d'entretien normal est bien une faute, mais cela ne signifie pas que le risque ne joue pas son rôle dans ce régime juridique, bien au contraire selon nous. En effet, le malentendu entre doctrine et juges repose sur l'ignorance de l'articulation pourtant simple entre la faute et le risque. En réalité la présomption de faute est bien justifiée par l'existence d'un risque. Pierre-Louis JOSSE l'avait bien perçu ainsi en déclarant : « la non-exigence de la preuve d'une faute reposerait sur l'idée que la réalisation de l'accident constitue la concrétisation, la manifestation malheureuse du risque créé par l'ouvrage »¹⁶⁸⁴. Ainsi la faute serait présumée du fait de l'existence d'un risque, de l'existence d'un ouvrage qu'il faut entretenir afin qu'il ne devienne pas dangereux, car dans l'hypothèse contraire il y a faute contre le droit à sécurité des administrés.

Un auteur a réussi nettement la synthèse de cette articulation : « c'est parce qu'il est présumé fautif que le caractère dangereux de l'ouvrage, engage, aux yeux du juge administratif, la responsabilité du maître de l'ouvrage ou du constructeur. Apporter la preuve de l'entretien normal, ce n'est pas prouver l'absence de caractère dangereux de l'ouvrage, c'est prouver qu'aucune faute imputable au maître de l'ouvrage ou au constructeur poursuivi n'est à l'origine de ce danger »¹⁶⁸⁵. En d'autres termes, l'administration se décharge en prouvant qu'elle n'est pour rien dans la production du dommage. Le défaut d'entretien normal c'est la faute qui consiste à créer ou laisser se créer, ne pas supprimer ou ne pas signaler un danger. « Le risque-danger conditionne l'obligation dont la violation est source de faute »¹⁶⁸⁶.

Le risque est invoqué comme fondement de la responsabilité de la puissance publique à raison de certaines de ses décisions légales occasionnant des dommages anormaux à un nombre limité d'administrés. C'est une sorte de risque social qui déboucherait inéluctablement sur un dommage subi par quelques uns au nom et au profit de l'intérêt général. Les victimes d'un dommage spécial et grave sont alors indemnisées pour que l'égalité équitable soit rétablie.

¹⁶⁸³ Voir l'hypothèse constante où la faute commise dans le fonctionnement de l'ouvrage par un agent est absorbée par le fait de l'ouvrage : C.E., Sect., 26 juil. 1929, *Commune de Chailly-en-Bière*, Rec. p. 888 ; D. 1930,3, p. I, note Appleton. Cf. M. DEGUERGUE, op. cit., p. 289 et s.

¹⁶⁸⁴ In *Les travaux publics et l'expropriation*, Sirey 1958, cité par Y. BRARD.

¹⁶⁸⁵ Y. BRARD, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. Caen 1975, p. 77.

¹⁶⁸⁶ M. DEGUERGUE, th. précitée, p. 150.

Ainsi, la responsabilité de l'administration est engagée avec absolue de tout caractère fautif lorsqu'elle s'est révélée inefficace à faire respecter l'Etat de droit. Un refus de prêter le concours de la force publique à l'exécution des décisions de justice peut être justifié et légitimé par le juge si les mesures envisagées étaient de nature à causer des troubles graves à l'ordre public¹⁶⁸⁷. Le raisonnement paraît logique, si l'on considère que le risque d'une détérioration grave de la paix publique change l'ordre des priorités légales, si en quelque sorte le droit se plie au fait exceptionnel. Il n'y a pas faute à vouloir préserver le droit de tous à la sécurité par-dessus le droit à la sécurité juridique individuelle, car le bon droit général l'emporte sur le bon droit individuel.

Malheureusement, dans la pratique contentieuse ce raisonnement permet trop souvent de se dispenser d'avoir à déclarer la faute de l'administration¹⁶⁸⁸. Par exemple, dans la célèbre affaire *Couitéas*, le Conseil d'Etat a pu accorder l'indemnisation sans s'attarder sur le comportement de l'administration française en Tunisie¹⁶⁸⁹. Dans d'autres espèces où la police ne sait pas obtenir le respect des lois et règlements en vigueur, le juge absout l'administration de toute faute dès lors qu'elle a pris les mesures élémentaires d'intimidation, même si elle n'a pas mis en œuvre tous les moyens légaux dont elle disposait pour faire face. Ainsi, la saisine des juridictions judiciaires pour obtenir des démolitions de constructions illégales n'est pas obligatoire pour l'administration¹⁶⁹⁰, de même celle-ci n'est pas tenue de faire usage de son pouvoir de réquisition ou de poursuites disciplinaires pour faire cesser un mouvement de grève illégal¹⁶⁹¹.

Cet état de la jurisprudence française fondée sur l'idée déculpabilisante de risque présente des avantages de souplesse incontestable pour l'administration, mais par ses applications trop fréquentes et surtout trop laxistes, elle entre aujourd'hui en conflit avec certaines dispositions juridiques moins « protectionnistes ». La jurisprudence *Couitéas* est amenée à se réduire comme peau de chagrin depuis que la Cour européenne des droits de

¹⁶⁸⁷ C.E., 30 nov. 1923, *Couitéas*, Rec. p.789 ; D. 1923,3, p. 59 concl. Rivet ; S, 1923,3, p. 57 note Hauriou, concl. Rivet ; R.D.P. 1924, p. 75 et 208, concl. Rivet note Jèze. – C.E., A., 3 juin 1938, *Société "La cartonnerie et imprimerie Saint-Charles"*, Rec. p. 521 ; D.1938,3, p. 65 note Appleton ; S. 1939,3, p. 9 concl. Dayras ; R.D.P. 1938, p. 375, note Jèze ; D.S. 1938, p. 241, concl. Dayras ; J.C.P. 1938,II,834, note Mihura.

¹⁶⁸⁸ Cf. D. LOCHAK, *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation*, in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993.

¹⁶⁸⁹ L'affaire a donné lieu à de nombreuses décisions judiciaires et certaines observations font état de ce que l'administration aurait eu une attitude encourageant *Couitéas* à acquérir des terres qui étaient cependant occupées par des milliers de nomades déterminés à s'y comporter en propriétaires légitimes.

¹⁶⁹⁰ C.E., A., 20 mars 1974, *Navarra*, Rec. p. 200, concl. Rougevin-Baville ; Chron. A.J.D.A. 1974, p. 303 ; R.D.P. 1974, p. 924.

¹⁶⁹¹ C.E., 6 nov. 1985, *Cie Touraine Air Transport*, Rec. p. 312 ; A.J.D.A. 1986, p. 84 ; D. 1986, p. 584, note Rainaud.

l'homme¹⁶⁹², et la Cour de Justice des Communautés Européennes¹⁶⁹³, ont condamné l'attitude qui consisterait pour les administrations nationales à se retrancher derrière cette jurisprudence déculpabilisante pour laisser l'état de fait l'emporter sur l'état de droit. Plutôt que d'exonérer globalement la puissance publique confrontée aux mouvements sociaux d'ampleur, le juge français est invité désormais à rechercher concrètement au cas par cas sur le terrain des opérations si elle avait les moyens de faire respecter l'ordre légal¹⁶⁹⁴. La faute retrouvera sans doute ici la place que le risque lui a disputée illégitimement, place que nous lui avons de toute façon toujours réservée pour notre part, puisque toutes les hypothèses que nous venons d'envisager sont des cas particuliers de responsabilité pour violation du principe d'égalité devant les charges publiques.

B) Le risque masque de l'inégalité devant les charges publiques

La responsabilité pour risque se fonde intégralement dans le principe d'égalité devant les charges publiques. Nous pouvons l'affirmer sur la base d'un double constat. La responsabilité pour risque n'a pas de domaine autonome délimitable en droit administratif. La prise en compte de la situation de la victime dans ce type de responsabilité renvoie à l'égalité devant les charges publiques.

La notion de risque est sans frontière en droit administratif parce qu'il s'agit d'un indice utilisé selon le degré de moralisation que le juge souhaite intégrer dans sa jurisprudence. Ainsi, le risque n'a jamais pu caractériser en droit public un véritable régime de responsabilité du fait des choses¹⁶⁹⁵. Il existe bien, en droit administratif, des cas de responsabilité du fait des choses exceptionnellement dangereuses, mais ceux-ci sont moins

¹⁶⁹² C.E.D.H., 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, D.A. 1997, n°185 : le droit à l'exécution des jugements fait partie du droit à un procès équitable.

¹⁶⁹³ C.J.C.E., 9 déc. 1997, *Commission c/République française*, R.F.D.A. 1998, p. 131.

¹⁶⁹⁴ Voir L. DUBOUIS, *La guerre de la fraise : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire*, R.F.D.A. 1998, p. 120. ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Quel avenir pour la jurisprudence Couitéas?*, D.A. oct. 1998 p. 4.

¹⁶⁹⁵ La question de la non existence d'une responsabilité autonome du fait des choses en droit administratif a été tranché très clairement par la négative par A. DE LAUBADERE, *Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français*, E.D.C.E., 1959, p. 29 et s. Voir aussi C. GUETTIER, *Un principe général*

liés à l'existence des choses qu'à celui du dommage anormal qu'elles peuvent causer. L'intervention d'une chose dans la réalisation d'un dommage imputé à l'administration ne déclenche aucune règle propre. Certes, le contentieux des dommages de travaux publics connaît des particularités, mais l'existence d'une chose y importe peu puisque le dommage peut résulter de l'absence de travaux ou d'ouvrages, par conséquent de choses. Quant à l'usage de choses dangereuses, certes il permet une responsabilité sans faute, mais celle-ci est déclenchée tout autant par l'exploitation de méthodes dangereuses ou de situations dangereuses. L'idée de danger, de risque n'a pas de frontière déterminable, car la responsabilité est nécessairement déclenchée en raison d'un dommage, donc d'un risque qui s'est réalisé. A la vérité, toutes les choses et toutes les situations peuvent se révéler dangereuses.

Plus que le fait des choses, c'est le fait des victimes qui importe le plus au juge administratif. C'est lui qui détermine largement l'étendue de responsabilité pesant sur l'auteur du dommage¹⁶⁹⁶. Dans la responsabilité rattachée au risque la distinction des victimes tiers ou usagers est primordiale¹⁶⁹⁷. L'utilisateur doit avoir été victime d'une faute, prouvée ou présumée, tandis que le tiers bénéficie lui d'une responsabilité sans que la faute soit en débat. En outre, il ne faut pas oublier la grande rigueur dont le juge administratif a toujours fait preuve dans la prise en considération du fait de la victime, fautif ou non, pour exonérer l'administration de tout ou partie de sa responsabilité¹⁶⁹⁸.

Par la prise en considération de la situation active de la victime, la responsabilité pour risque perd beaucoup de son caractère objectif. En effet, ce que l'on recherche chez la victime, c'est son degré de participation à la réalisation du risque¹⁶⁹⁹, sans doute son acceptation implicite du risque mais aussi explicite, et alors fautive. En somme, on se réfère à ce que la victime était en droit d'attendre de l'administration dans le cadre des rapports consensuels qu'elle a noués avec elle.

L'influence de la situation passive de la victime par rapport au service public révèle

de responsabilité du fait des choses est-il réellement nécessaire? Point de vue de publiciste, in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Economica 1997, p. 121.

¹⁶⁹⁶ Voir J. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1957.

¹⁶⁹⁷ A. BOCKEL, *Sur le rôle de la distinction du tiers et de l'utilisateur dans le droit de la responsabilité publique*, A.J.D.A. 1968, p. 437.

¹⁶⁹⁸ J.-P. PAYRE, *Faute et fait de la victime dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle*, A.J.D.A. 1980, p. 398.

¹⁶⁹⁹ Cf. Y. WEBER, *Illicéité et responsabilité administrative en France*, précité p. 41.

surtout que risque et faute ne sont que les indices permettant de détecter l'existence d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques. En réalité, toutes les hypothèses de responsabilité pour risque peuvent aussi être répertoriées dans la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁷⁰⁰. Certes, la rédaction des arrêts du Conseil d'Etat ne permet pas clairement de faire le lien entre ces deux idées¹⁷⁰¹, mais curieusement la lumière a été faite sur cette réalité par la Cour de cassation dans une affaire où elle devait statuer sur la responsabilité des services de police judiciaire consécutivement à l'interpellation au cours de laquelle le suspect avait fait usage d'une arme à feu et blessé des tiers. La Cour déclare que si en principe la victime d'une opération de police doit prouver une faute, « cette responsabilité se trouve engagée, même en l'absence d'une telle faute, lorsque la victime n'était pas concernée par l'opération de police judiciaire et que cette opération, du fait de l'usage d'armes par le personnel de la police ou par la personne recherchée, comporte des risques et provoque des dommages excédant par leur gravité les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'intervention de la police judiciaire »¹⁷⁰².

Cet attendu semblerait mélanger les différentes théories du droit administratif de la responsabilité s'il n'était précédé d'un visa se référant aux « principes régissant la responsabilité de la puissance publique et notamment, le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques ». Quelle belle leçon de droit administratif nous donne le juge judiciaire dans cet arrêt ! Le risque est un élément de fait statistique qui cause des dommages anormalement graves et provoque ainsi la rupture d'égalité. Cette rupture est une faute car elle n'a pas à être laissée à la charge de la victime¹⁷⁰³. Voici conciliés tous les fondements invoqués par les auteurs depuis longtemps. Comment ne pas adhérer à cette évidence que le seul véritable fondement de la responsabilité de la collectivité publique ne peut être qu'une règle souscrite par les citoyens dans la charte qui les unit tous ? Le risque comme la faute ne sont bien que des conditions, des indices de la violation de la promesse faite à chacun de respecter ses droits et l'équilibre social qu'ils ont pour finalité de maintenir. Il n'y a jamais de

¹⁷⁰⁰ En ce sens J. WALINE note que « nombre de cas relèvent tout à la fois du risque et de la rupture d'égalité », *L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, E.D.C.E.n°46, 1995, p. 470.

¹⁷⁰¹ J.-P. BOURGOIS déplore à l'occasion d'un colloque la polysémie du vocabulaire du juge administratif : *Un double centenaire*, in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Economica 1997, p.9 s.

¹⁷⁰² Cass. 1ère civ., 10 juin 1986, *Consorts Pourcel*, R.F.D.A. 1987, p. 92 note J. Buisson.

¹⁷⁰³ En ce sens : M. SOUSSE, *La responsabilité administrative entre régulation et réglementation*, Recherches et travaux du RED&S à la maison des Sciences de l'Homme, vol. 5, 1998, p. 359.

responsabilité publique sans violation du droit. La théorie de l'abus de droit ne peut pas y faire exception en tentant de l'occulter.

§ 2 L'usage abusif d'un droit

L'équilibre social implique que tous les droits publics aient une fonction sociale dont la méconnaissance peut engager la responsabilité pour abus de droit. On appelle abus de droit le fait d'user d'un droit en causant un dommage anormal. Une part éminente de la doctrine¹⁷⁰⁴, en s'appuyant sur la jurisprudence, semble considérer que l'abus de droit n'est pas un comportement hors la loi mais néanmoins source de responsabilité. Les auteurs s'appuient en cela sur la jurisprudence qui engage parfois la responsabilité sans faute dans des hypothèses qui ne se rattachent apparemment pas aux conditions classiques de la responsabilité sans faute. Voilà un paradoxe que nous souhaitons nuancer puisque selon nous, il n'y a pas de responsabilité sans violation d'une norme de droit. Pour cela nous devons étudier les cas d'abus de droit dans la jurisprudence administrative (A), puis montrer que l'abus de droit correspond à un comportement illicite et fautif (B).

A) Les applications de la notion d'abus de droit en droit administratif

Le Conseil d'Etat use explicitement de la notion civiliste d'abus de droit depuis 1912¹⁷⁰⁵. Il a choisi le contentieux contractuel pour inaugurer ce nouvel outil déculpabilisant de contrôle de l'administration à une époque où la responsabilité sans faute n'avait pas encore

¹⁷⁰⁴ M. HAURIOU, note sous C.E., 27 fév. 1903, *Zimmermann*, S. 1905,3, p. 17 ; R. BONNARD, note sous C.E., 22 nov. 1929, *Cie des mines de Sigüiri*, S. 1930,3, p. 17.

¹⁷⁰⁵ C.E., 22 nov. 1912, *ville de Rouen*, Rec. p.1077. Voir L. DUBOUIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, th. Poitiers 1962.

été développée. En réalité, la notion est utilisée certainement plus tôt. Dans l'affaire *Zimmermann* jugée en 1903¹⁷⁰⁶, l'Etat est condamné, bien que son préfet n'ait fait qu'user d'un droit à lui conféré d'exécuter un arrêté de délimitation de la voirie publique avant que le juge n'ait statué sur sa légalité. Mais la brusquerie de ces agissements dénote « un ensemble de mesures abusives » prises par le préfet « aux risques et périls de l'Administration ».

La même année on note une formule intéressante dans l'arrêt *Villenave*. Il est jugé que l'indemnité allouée par un conseil municipal à un agent brusquement licencié est « suffisante »¹⁷⁰⁷. Or, à l'époque il n'existe pas d'indemnité de licenciement pour les agents publics, et quelques années plus tôt, la Haute juridiction déniait tout droit semblable pour les employés municipaux brusquement renvoyés¹⁷⁰⁸. Ainsi, sans une juste indemnité, la commune eut abusé de son droit de licencier le sieur *Villenave*, elle eut même commis une faute selon HAURIUO. Cependant, c'est en remarquant que le licenciement brusque est justifié par l'intérêt du service que le Conseil d'Etat accorde néanmoins réparation¹⁷⁰⁹, il n'y a donc pas faute selon la jurisprudence. Aujourd'hui encore, le Conseil d'Etat ne renonce pas à indemniser les fonctionnaires auxquels l'administration refuse certes régulièrement la titularisation, mais de manière trop soudaine¹⁷¹⁰.

Comme nous pouvons le voir, l'abus de droit en droit administratif correspond à l'usage brutal ou précipité d'une faculté qui n'est pas explicitement désigné comme fautif par les tribunaux. La doctrine parle à cet égard de brusquerie administrative. Par exemple, dans les hypothèses de responsabilité pour abandon de projet, le droit à réparation peut exister dès lors qu'une faute de service peut se déduire du comportement de l'administration¹⁷¹¹. Soit elle s'est engagée alors qu'elle n'en avait pas le droit¹⁷¹², soit elle a brutalement changé d'attitude malgré un engagement à l'origine parfaitement régulier¹⁷¹³. En revanche, en l'absence d'engagement formel de l'administration, le juge ne veut pas déclarer fautif le brusque changement d'attitude. Cependant, il indemnise les conséquences dommageables de l'acte

¹⁷⁰⁶ C.E., 27 fév. 1903, Rec. p.180 ; S.1905,3, p.17, note Hauriou.

¹⁷⁰⁷ C.E., 11 déc. 1903, S.1904,3, p. 122 note Hauriou.

¹⁷⁰⁸ C.E., 13 déc. 1889, *Cadot*, S. 1892,3, p. 17 note Hauriou ; D. 1891,3, p. 41 concl. Jagerschmidt.

¹⁷⁰⁹ C.E., 26 déc. 1919, *Amblard*, Rec. p. 955 ; C.E., 1^{er} août 1928, *Pain*, Rec. tables p. 984 . - C.E., 2 févr. 1939, *Bentz*, Rec. p. 121. - C.E., 20 janv.1967, *Dame veuve Mazerand*, Rec. tables p. 844 ; A.J.D.A. 1967, p. 423.

¹⁷¹⁰ C.E., 26 juil. 1978, *Marsaud*, R.D.P. 1979 p. 1173.

¹⁷¹¹ Dans ce domaine, le Conseil d'Etat refuse d'engager la responsabilité sans faute alors que cela serait imaginable dans les cas où l'administration renonce à ses promesses pour des raisons d'intérêt général. ex: C.E., 15 juil. 1957, *Soc. de décortilage*, Rec. p.485 ; voir J.-M. ANDRE, *La responsabilité de la puissance publique du fait de diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration*, A.J.D.A. 1976, p.20.

¹⁷¹² Ex. C.E., 12 mars 1954, *Weickert*, Rec. p.152 : l'Etat ne peut promettre de ne pas faire usage de la loi.

¹⁷¹³ C.E., 5 avr. 1974, *Ministre de l'Education Nationale c/ commune d'Onnaing*, A.J.D.A. 1974 p. 607. Le juge censure comme fautif l'abandon brutal d'un projet d'aide de l'Etat à une commune pour la construction d'une école.

abusif¹⁷¹⁴. Dans les deux hypothèses le revirement administratif crée une situation illicite, un dommage anormal. Mais, dans la seconde, le juge administratif ne se prononce pas sur la légalité des décisions dans la mesure où il les considère comme de simples faits juridiques. Ainsi, dans l'affaire *Compagnie des mines de Siguiri*, fréquemment citée pour illustrer la théorie de l'abus de droit en matière administrative, le Conseil d'Etat jugeait que la décision du gouvernement de mettre fin à une pratique illégale, mais tolérée et encouragée par elle, était intervenue de manière trop brusque en l'absence de nécessité, de sorte que, bien que régulière, la décision avait constitué un abus de droit¹⁷¹⁵.

On peut penser que l'évolution du droit français sous l'influence du droit communautaire incitera nos juridictions à utiliser de plus en plus la notion d'usage abusif d'un droit. Cela pourrait bien se faire sous les traits du principe de confiance légitime utilisé en Allemagne. Le tribunal administratif de Strasbourg a montré la voie dans l'affaire *Freymuth*¹⁷¹⁶ qui mérite que l'on s'y attarde.

L'entreprise se plaignait d'avoir été contrainte au dépôt de bilan en raison de la survenance d'un décret « légalement pris » d'interdiction d'importer des déchets. Sur le terrain de la responsabilité sans faute du fait de la loi, en l'espèce loi relative à l'élimination des déchets, la requête est rejetée car, eu égard à son objet la loi vise un intérêt général important. Mais, dans un considérant de principe, le tribunal relève que : « dans la mise en œuvre de son activité, l'administration doit veiller à ne pas porter aux tiers un préjudice anormal en raison d'une modification inattendue des règles qu'elle édicte ou du comportement qu'elle adopte si le caractère soudain de ce changement n'est pas rendu nécessaire par l'objet de la mesure ou par les finalités poursuivies [...] qu'à défaut de respecter ce principe de confiance légitime dans la clarté et la prévisibilité des règles juridiques et de l'action administrative, l'administration engage sa responsabilité à raison du préjudice anormal résultant d'une modification inutilement soudaine de ces règles ou comportements ».

La solution rendue par les juges strasbourgeois n'a rien de très surprenant. Elle constitue simplement la mise à l'heure européenne de l'ancienne jurisprudence sur l'abus de droit. Notamment, nous ne voyons guère de différence entre la solution de l'affaire *Siguiri* et

¹⁷¹⁴ C.E., 13 nov. 1987, *S.A. d'HLM "Cité nouvelle habitat 2000" c/ Ministre des PTT*, Lexilaser n°69.526.

¹⁷¹⁵ C.E., 22 nov. 1929, S. 1930,3, p. 17, note R. Bonnard.

¹⁷¹⁶ T.A. Strasbourg, 8 déc. 1994, *Entreprise Freymuth*, A.J.D.A., 1995, p. 555 ; R.F.D.A. 1995, p. 962.

celle de l'affaire *Freytmuth*¹⁷¹⁷. La référence au principe de confiance légitime provient du droit communautaire qui en fait un principe général et supérieur du droit communautaire. Là réside une particulière audace parce que le Conseil d'Etat ne veut pas encore utiliser ce principe en droit interne¹⁷¹⁸, d'autant que s'il n'entrave pas l'administration dans son pouvoir de modifier la réglementation, il peut la contraindre à adopter des mesures transitoires pour ne pas heurter trop la sécurité juridique. Dans ce contexte hostile, la jurisprudence doit évoluer avec prudence et la décision du tribunal de Strasbourg nous apparaît très habile en sous-entendant que finalement l'administration avait commis une faute « dans la mise en œuvre » de sa réglementation légale, tout en présentant l'anormalité de la situation du côté du dommage, comme s'il s'agissait de responsabilité sans faute¹⁷¹⁹. Nous partageons le raisonnement sans réserve¹⁷²⁰, car l'abus de droit est bien la mise en œuvre fautive du droit.

B) Le caractère illicite et fautif de l'abus de droit

Les différents arrêts que nous avons rapportés à l'abus de droit ont pour point commun qu'ils auraient pu se fonder sur une faute de service mais s'en sont dispensés¹⁷²¹. Tout l'intérêt de la théorie de l'abus de droit est en effet de condamner à réparer sans entraver

¹⁷¹⁷ En ce sens S. CALMES, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, th. dactyl., Paris 2000, p. 483.

¹⁷¹⁸ C.E., 16 mars 1998, *Assoc. Élèves, parents d'élèves et professeurs des classes*, D.A.1998 n°149. Voir aussi la position du Conseil Constitutionnel qui ne reconnaît pas encore valeur constitutionnelle au principe de confiance légitime : D.C. 96-1181, 30 déc. 1996, *Loi de finances*, A.J.D.A. 1997, p. 161.

¹⁷¹⁹ Confirmant sa tendance originale, le tribunal de Strasbourg persiste à faire usage du principe de confiance et d'attente légitime de l'administré dans un cas où l'administration fiscale avait négligé de prévenir un contribuable que la procédure de redressement qui le menaçait avait été abandonnée. L'administration n'était nullement obligée par les textes à cette information mais elle paraît avoir abusé de son droit, et le juge la déclare en faute. T.A., Strasbourg, 14 mai 1996, *Buchlin*, R.J.F. 10/96 n°1209; BDCF 5/96 concl. Miet, p. 51.

¹⁷²⁰ Dans l'affaire *Freytmuth*, la Cour administrative de Nancy saisie en appel du jugement n'a pu que s'aligner sur la position officielle du Conseil d'Etat : C.A.A., Nancy, 17 juin 1999, *Min. de l'Environnement, Entreprise Transports Freytmuth*, A.J.D.A. 1999, p. 950 ; R.F.D.A. 2000, p. 254, concl. P. Vincent. Mais la position du tribunal strasbourgeois ne restera pas toujours isolée. Voir déjà par exemple T.A., Paris, 14 oct. 1997, *Sté Eiffage et Spie Batignolles*, D.A. avr. 1998, p. 16 : en renonçant à la réalisation d'un stade dans une ville au profit d'une autre pour des raisons tout à fait justifiées, le Premier ministre n'a commis aucune faute car les requérants n'ayant aucun droit acquis à faire valoir, ne peuvent se prévaloir du principe de confiance légitime. Cet arrêt confirmerait donc implicitement que la responsabilité reposant sur le principe de confiance légitime est possible en tant qu'application particulière de l'idée de faute. Telle est l'interprétation faite par S. CALMES, op. cit., p. 493.

¹⁷²¹ Dans l'affaire *Olivier et Zimmermann*, le commissaire du gouvernement ROMIEU relevait qu'il y avait faute du service public.

l'action administrative. Le risque d'amalgame entre abus de droit et responsabilité sans faute est alors grand¹⁷²².

Imaginons que l'abus de droit ne soit pas un acte fautif, comment expliquer alors l'obligation de réparer ? On peut répondre que le dommage qui découle de l'abus ne doit pas être laissé sans réparation¹⁷²³, au même titre que certains dommages causés sans faute dans l'intérêt général. Autrement dit, c'est une obligation de réparer le dommage né de l'abus. Or, de la même façon que nous avons affirmé que la responsabilité sans faute administrative est en réalité une responsabilité pour violation du droit, la responsabilité qui découle de l'abus de droit est bien une responsabilité pour faute. Il s'agit de sanctionner le manquement à l'obligation de réparer spontanément les conséquences de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Cependant, parce qu'elle fait fi de la fonction préventive de la responsabilité, cette conception déculpabilisante de la responsabilité n'est pas satisfaisante pour expliquer l'abus de droit. Le rapprochement avec la responsabilité classique sans faute est sans doute excessif, car en matière d'abus de droit, la jurisprudence ne fait aucunement référence au caractère spécial et anormal du dommage. C'est qu'il n'est pas utile de le faire si l'on peut démontrer que l'abus de droit correspond à une responsabilité pour faute.

La majorité des auteurs se sont depuis longtemps ralliés à l'idée selon laquelle l'abus de droit n'est pas autre chose qu'un détournement de pouvoir ignoré¹⁷²⁴. La démonstration en est fort simplifiée en droit public parce que tous les droits y sont conférés dans des buts déterminés, et à tout le moins toujours dans celui de servir l'intérêt général. De façon générale et comme le prétendait JOSSERAND¹⁷²⁵, chaque droit possède une fonction sociale. Dans cette perspective, nous pensons que tout droit ne peut-être utilisé de manière totalement libre car chacun a été institué pour un usage légitime, déterminé ou non, mais en tout cas qui ne peut être employé au détriment d'autrui en l'absence de mobiles légitimes. Autrement dit, l'abus de droit n'est rien moins qu'un détournement de pouvoir par rapport à la fonction sociale du droit. L'abus de droit est l'usage antisocial d'une faculté.

¹⁷²² G. CORNU est tombé dans ce piège en classant la théorie des troubles de voisinage dans la catégorie de l'abus de droit. Mais il est obligé d'invoquer le risque et le dommage anormal pour cela. *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en Droit privé et en Droit public*, thèse, Matot-Braine, 1951, p. 165 et s.

¹⁷²³ M. HAURIOU invoque l'équité et le droit naturel, S. 1905,3, p. 17. Et parle même de « faute contre l'équité », note au S. 1904,3, p. 124.

¹⁷²⁴ Voir la magistrale démonstration de R. CHAPUS, th. p. 381 à 392.

Le cas de brusquerie administrative entre tout à fait dans ce cadre explicatif. Si la brusquerie n'a pas de mobile légitime, elle méconnaît la confiance des administrés et engendre une responsabilité¹⁷²⁶. La doctrine rattache sans peine cette hypothèse à l'abus de droit par détournement de pouvoir¹⁷²⁷. Abuser d'un droit, c'est bien agir sans droit¹⁷²⁸. R. BONNARD concluait son étude de l'arrêt *Siguri* en déclarant que les abus de droit sont en réalité des actes illicites. Selon l'éminent professeur, soit il s'agit d'une illicéité par le motif de l'acte, soit c'est un cas de détournement de pouvoir par l'illicéité des buts de l'acte. En effet, motifs et buts des actes administratifs sont bien des conditions de leur licéité, de même que leur objet éventuellement source de « l'illicéité principale » de l'acte.

Cependant, quelques cas posent problème, et R. BONNARD est contraint d'admettre que dans l'affaire *Siguri* l'acte était parfaitement « légal » compte tenu de ses motifs, buts et objet. Aujourd'hui, nous pouvons surmonter cette exception. Le principe de confiance légitime peut être violé sans intention de nuire, et portant atteinte à un droit protégé, celui à la sécurité dans le domaine des situations juridiques, il doit en naître une responsabilité pour illicéité. Dans un dernier cas d'école, R. BONNARD imagine un vrai abus de droit « par inopportunité quant au motif » (sic). L'acte serait alors licite mais néanmoins annulable. Nous préférons penser que le principe d'opportunité possède une vraie valeur juridique aujourd'hui en droit administratif, par le biais notamment du principe de proportionnalité, et explique l'illégalité dans ce cas.

Toutes les hypothèses d'abus de droit dégagées par les publicistes sont en réalité des agissements contraires au droit, ou à tout le moins non conformes au droit. Plus généralement, cette étude de l'abus de droit conduit à penser différemment l'articulation entre illégalité et faute. Avec cette conception de l'abus de droit, ne risque-t-on pas d'élargir le champ des illégalités? Prenons l'exemple d'un trop brusque retrait d'une autorisation. La victime pourrait

¹⁷²⁵ *De l'esprit des droits et leur relativité - théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz 2ème éd. 1939, p. 393 à 395.

¹⁷²⁶ On en trouverait l'idée dans la jurisprudence relative à la brusque décision de l'administration de réclamer des rémunérations indûment versées pendant plusieurs années à des agents de bonne foi. C.E., 18 juin 1937, *Brandon*, Rec. p. 608. – C.E., 13 nov. 1953, *Clair*, Rec. p. 488. – C.E., 7 fév. 1986, *Dame Giustiani*, D.A. 1986, n°170. – C.E., 2 avr. 1997, *Doubres*, N°151877. C'est l'opinion de S. CALMES, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, th. dactyl., Paris 2000, p. 583. Mais dans ces arrêts le fondement de la responsabilité est celui d'une véritable faute de négligence qui donne alors droit à la victime de réclamer l'indemnisation des préjudices qui y en ont résulté, l'idée de confiance est superfétatoire ici.

¹⁷²⁷ G. CORNU, th. précité p. 164 ; R. BONNARD, note S. 1930,3, p. 17 ; R. GOY, *L'abus du droit en droit administratif français*, R.D.P. 1962, p. 5 et s.

¹⁷²⁸ TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, th. Paris, Rousseau 1901, p. 40.

faire annuler ce retrait puisqu'il serait considéré comme illicite. Mais, à cette requête, la jurisprudence répondrait négativement si la décision pouvait être justifiée au fond malgré ses conséquences excessives. Par économie, le juge ne déclare donc pas l'abus de droit comme constitutif d'excès de pouvoir car l'administration peut immédiatement reprendre l'acte, l'administré ayant eu toute la période contentieuse pour penser sa situation. Ce raisonnement serait assimilable à celui qui prévalut en son temps à l'égard des vices de forme véniels¹⁷²⁹. Le pragmatisme du juge administratif le conduit à considérer qu'il ne servirait à rien de reconnaître l'illégalité de la décision trop brusque puisque dans l'hypothèse où elle serait annulée, cette décision pourrait être reprise régulièrement vu le temps qui se serait écoulé depuis. Il ne faut jamais perdre de vue que le Conseil d'Etat n'apprécie guère prononcer de vaines annulations.

On pourrait se passer de la notion d'abus de droit si on admettait que les droits publics ne sont pas absolus, puisqu'ils ont pour limite les lésions éventuelles des victimes de leur abus¹⁷³⁰. Comme le concluait R. CHAPUS sur la question, « exercer son droit en vue de fins autres que celles reconnues comme les fins légitimes de ce droit, c'est en réalité cesser d'exercer son droit et agir sans droit »¹⁷³¹, d'où il résulte que l'abus de droit s'inscrit dans l'illicite. Que l'on parle d'abus de droit ou d'absence de droit n'a aucune influence sur les solutions rendues. Cependant, il serait plus sain d'adopter le parti de « l'absence de droit », car on percevrait mieux que les droits sont limités par l'esprit de la loi et l'interprétation qui doit en être faite en fonction des circonstances de chaque espèce puisque la responsabilité de l'administration est toujours une responsabilité pour faute.

La spécificité de la théorie de l'abus de droit demeure tout de même sur un point. Elle permet de mettre en lumière un cas de responsabilité pour faute découlant d'un acte légal. En effet, si l'abus de droit est un cas de détournement de pouvoir non établi, alors l'acte générateur du dommage continue d'être présumé légal et inattaquable en excès de pouvoir. Le détournement de pouvoir est le cas d'ouverture le plus difficile à établir devant le juge et le

¹⁷²⁹ Par exemple dans C.E., 15 juil. 1964, *Prat-Flottes*, Rec.p. 438 : fermeture d'un sanatorium fondée sur une erreur de fait, mais justifiée au fond. - C.A.A., Lyon, 21 janv. 1997, *Société Hypromat*, Lexilaser n°94LY00802 : détournement de pouvoir dans un refus de permis de construire mais pour une construction de toute façon impossible en raison du POS.

¹⁷³⁰ Cf. R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Sirey, 1911. p. 254 et s. ; et L. ROGER, *De la responsabilité civile de l'Etat*, th. Montpellier, Rousseau 1900, p. 10.

¹⁷³¹ Op. cit. n°391, p. 391.

doute profite à l'administration bien souvent. Pourtant, l'idée d'abus de droit permet de faire une faveur à la victime en posant une sorte de présomption de faute au stade du contentieux de l'indemnité. C'est un cas de faute sans illégalité¹⁷³², ce que seul l'idée d'illicéité peut rendre.

¹⁷³² En ce sens, R. CHAPUS, *op. cit.* n° 389, p. 390 et R. GOY, *précité*, p.16 et 17. C'est ce que présentait Maurice HAURIUO plaçant l'abus de droit sur le plan de l'exécution des actes, et l'assimilant sur ce point à la faute.

Conclusion du titre 1

La responsabilité de l'administration est toujours le résultat de la violation d'une norme obligatoire correspondant à un droit subjectif pour l'administré. L'illicéité apparaît donc comme l'élément fédérant la multitude de régimes juridiques permettant d'obtenir l'indemnisation. Elle permet de dépasser les clivages cloisonnant l'étude traditionnelle de notre sujet entre le contractuel et l'extra-contractuel, le fautif et le non fautif. Risque, faute de service, présomption de faute, ne sont pas les fondements de la responsabilité mais seulement des conditions techniques de réalisation de cette seule idée : la puissance publique est responsable pour violation d'une obligation donc pour faute.

La condition d'illicéité de la responsabilité est en définitive assez facile à remplir et la jurisprudence ne manque pas d'imagination pour étendre les hypothèses de responsabilité publique. La réflexion qui prend en compte l'atteinte au droit subjectif corrélative à la violation de la norme objective, explique en plus grande profondeur les extensions du domaine de la responsabilité. Elle a ouvert de nouvelles perspectives sur la recevabilité des recours.

Sans doute certains regretteront-ils que les juges disposent d'autant plus de liberté pour statuer que la condition d'illicéité est beaucoup plus large que celle d'illégalité objectivement entendue. Mais, s'il faut juger sur pièce, on ne trouvera guère de critiques à énoncer contre la jurisprudence qui sait élaborer quotidiennement une déontologie de l'action administrative compatible avec les attentes sociales. L'étude de son fait générateur montre qu'en tout état de cause la responsabilité a pour fonction de sanctionner et réguler les comportements administratifs, tantôt en les dissuadant lorsque la faute de service est déclarée, tantôt en les prévenant sans les entraver lorsque la responsabilité sans faute invite à réfléchir sur les méthodes présentant des risques.

Mais, le fait générateur n'est qu'une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité et non suffisante. Si celle-ci permet une extension importante et utile des obligations administratives, il ne faut pas négliger qu'il faut encore un dommage indemnisable pour engager une responsabilité. Or, sur ce point, les grands équilibres sont préservés.



Titre 2

LE PREJUDICE REPARABLE LIMITE PAR LES CONTRAINTE DU CONTRAT SOCIAL

Pour tout juge de la responsabilité conscient des fonctions sociales de celle-ci, l'attention particulière doit être portée sur la question des faits générateurs de responsabilité, *a fortiori* lorsque l'auteur des faits dommageables est un acteur « hyperactif » et « hyperpuissant » dans la société. Pour le juge de l'administration, c'est la normativisation du comportement de celle-ci qui doit importer en premier lieu, et le sort des victimes vient ensuite dans l'ordre des priorités¹⁷³³. En effet, s'il est justifié au regard des fonctions préventives de la responsabilité que la porte soit ouverte largement quant à la possibilité de faire condamner un comportement administratif, il apparaît en revanche que le bénéfice de la condamnation ne doive pas rompre l'équilibre du contrat social au profit de quelques uns.

Ceci explique pourquoi les concepts qui président au sort individuel des victimes n'ont pas toujours été l'objet en France d'une attention aussi rigoureuse en jurisprudence et en doctrine que ceux qui déterminent le comportement futur des administrations. Selon nous, les concepts parfois mal fixés, ou tout simplement mal connus, qui président à la réparation des dommages font la part belle aux interprétations variables et évolutives et ont trop souvent permis de limiter la satisfaction des personnes s'estimant victimes de l'administration.

Malgré tout, force est de reconnaître par comparaison avec le droit étranger, que le droit français est probablement le plus large au monde en matière de conditions d'indemnisation des victimes des services publics¹⁷³⁴, système juridique original dans lequel

¹⁷³³ Il entre tout à fait dans les méthodes du juge administratif français d'ouvrir le principe de la condamnation largement en sachant que la responsabilité n'aura pas toujours de traduction très concrètes dans un bon nombre de cas. Voir Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, L.G.D.J. 1972.

¹⁷³⁴ Conviction que l'on peut se forger en lisant : F. FINES, *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté Economique Européenne. De la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Paris, Bibliothèque de droit international public, L.G.D.J. 1990 ; Ph.

par conséquent, la non-indemnisation se présente comme une exception, une limite. Mais dans notre théorie, ces limites doivent être acceptées et naturelles. Alors on ne verra rien d'anormal à ce que la satisfaction de la victime apparaisse parfois dépendante de la grande liberté d'appréciation des juges légitimes de la puissance publique, ou de dispositions textuelles limitatives des indemnisations, à la fois sur la question de savoir quels sont les préjudices qui ne constituent pas des servitudes normales dans le pacte social (Chapitre 1), et sur celle de savoir comment l'on peut les imputer à un patrimoine public en continuant de mettre en œuvre une véritable responsabilité découlant dudit pacte (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les limites imposées par les servitudes sociales

Chapitre 2 : L'imputabilité limitée par la notion même de responsabilité

Chapitre 1

LES LIMITES IMPOSEES PAR LES SERVITUDES SOCIALES

Que répare le droit ? Le dommage ou le préjudice ? Nous devons poser cette question puisque les termes préjudice et dommage ne doivent pas être juridiquement synonymes¹⁷³⁵. Précisons que le rejet de la synonymie n'a aucun caractère absolu, d'ailleurs les anciens auteurs ne faisaient pas la distinction¹⁷³⁶. Dans langue française courante et dans les écrits, la commodité a créé l'habitude. Pourtant, le langage juridique ne devrait pas permettre l'interchangeabilité des deux termes. Le dommage est le constat objectif d'une dégradation par rapport à une situation antérieure ; son synonyme est « dégât ». Le préjudice est la conséquence de la dégradation dans la personne juridique victime du dommage ; c'est une atteinte portée à des droits antérieurs, à des intérêts « pré-jugés »¹⁷³⁷.

Si nous observons cette rigueur, c'est afin de rendre compréhensibles certaines subtilités du droit de la responsabilité que l'on ne saurait comprendre en faisant cette économie. En effet, le principe même du contrat social commande que les dommages qui ne dépassent pas un certain seuil ou ne remplissent pas certaines autres conditions ne soient pas érigés au rang de « préjudices » car ils font partie de ce qui est accepté par les personnes vivant en société. Ceci étant, nous pouvons aussi parfois employer un mot pour l'autre, car tous les préjudices sont d'abord des dommages¹⁷³⁸. Autrement dit, ce que nous allons tenter de démontrer, c'est que pour qu'un préjudice soit réparé, il doit ne pas avoir été exclu de la

¹⁷³⁵ En ce sens, F.-P. BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé. Problèmes de causalité et d'imputabilité*, J.C.P. 1957, I, 1351, n°11 et s. ; R. CHAPELARD, *Le préjudice indemnisable dans la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, th. dactyl Grenoble 1981, p. 7 ; M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994, p. 401 et 402 ; C. EMERI, *La responsabilité de l'administration à l'égard de ses collaborateurs*, L.G.D.J. 1966, p. 274. ; M. PAILLET, *La faute de service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J. 1980, p. 179 et 180 ; J.-M. JOANNES, *Le préjudice immatériel dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, th. dactyl., Paris II, 1998, p. 47 et s. ; M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, L.G.D.J. 1994, p. 1 à 7 ;

¹⁷³⁶ Voir C.-A. COLLIARD, *Le préjudice en droit administratif*, th. précitée, p. 13.

¹⁷³⁷ En langue anglaise, *damage* signifie bien dégât, tandis que *préjudice* a le sens de préjugé. Le terme juridique français « préjudice » a aussi ce sens lorsqu'il évoque le préjudiciel ; cf. *Vocabulaire juridique Cornu*, Association Capitant, P.U.F. 8^{ème} éd. 2000.

¹⁷³⁸ En revanche, tous les dommages ne sont pas des préjudices.

réparation par des textes ou des jurisprudences interprétatifs du contrat social qui se trouvent comme autant de limites et de servitudes pesant sur la responsabilité publique (Section 1), qu'il doit en outre résulter d'un dommage anormal quant à sa nature ou à son seuil de gravité (Section 2).

SECTION 1

LE CARACTERE EFFECTIVEMENT REPARABLE DU PREJUDICE

Le principe en droit français est aujourd'hui celui de « l'égale réparabilité de tous les préjudices »¹⁷³⁹. Il faut entendre par-là non pas que tous les préjudices sont traités de la même manière et systématiquement indemnisés - nous avons vu qu'il ne devait pas en être ainsi - mais que tout type de préjudice a vocation à être indemnisé à la condition première qu'ils soient prouvés. Ce point ne soulève pas de débat particulier au droit administratif car l'on sait combien les procédures d'instruction judiciaire et administrative se ressemblent et de plus en plus¹⁷⁴⁰. Dans les deux branches du droit la doctrine s'interroge sur l'exigence autonome du caractère légitime de la demande en réparation. Mais, comme nous tenterons de le démontrer, cette question sera résolue par l'exigence plus générale du caractère certain du préjudice. Ainsi, nous ne reviendrons pas sur la question de savoir quel type générique de préjudice peut être réparé. De même, il ne sera pas nécessaire d'aborder la description des mécanismes du non-cumul des réparations, cas où le responsable d'un dommage ne paie pas la victime parce qu'elle a été indemnisée par un tiers débiteur statutaire, assureur, employeur ou caisse de sécurité sociale. Il ne s'agit pas là d'une exception à la réparabilité du dommage. Nous rattacherons toutes ces questions plutôt au problème de l'efficacité de la fonction indemnitrice de la responsabilité¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, Montchrestien 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°1410, p. 1187.

¹⁷⁴⁰ Voir par exemple les dispositions de la loi précitée du 30 juin 2000 relative au référé administratif permettant au juge de décider tout type de mesure d'instruction qu'il estime nécessaire.

¹⁷⁴¹ Cf. supra p. 240 et s.

Cependant, afin de rendre compte des règles non négligeables qui excluent ou limitent l'indemnisation de certains dommages imputables à l'administration, nous devons nous attarder sur les principes propres au droit administratif qui aboutissent à des fins de non recevoir pour les victimes, de sorte à relever les éléments accréditant les fondements et fonctions que nous croyons être ceux de la responsabilité publique. Comme nous le constaterons après les avoir examinées à tour de rôle, les préoccupations du législateur (§1) et du juge (§2) en matière de limitations de la réparabilité des préjudices sont assez convergentes et leurs rôles souvent complémentaires.

§1 Les limitations au caractère effectivement réparable du préjudice imposées par les textes

L'exposé synthétique des règles textuelles limitant ou excluant la socialisation de certains préjudices se heurte à leur grande diversité d'objet. Certaines semblent plutôt disposer l'irresponsabilité d'un service public en amont de la question de la réparabilité des préjudices, d'autres au contraire s'appliquent totalement en aval du problème du préjudice mais font obstacle à sa réparation effective. Certaines règles paraissent relever du fond de la responsabilité tandis que d'autres relèvent de la procédure contentieuse. Bref, leur seul point commun semble être la volonté affichée de ne pas faire supporter par la collectivité des charges indemnitaires rendues trop lourdes, à la fois par leur fréquence et par l'insécurité financière qu'elles feraient peser sur les finances publiques, et ceci indépendamment de la théorie générale des fondements et des seuils de la responsabilité administrative. Dans ces conditions, notre exposé des textes doit s'efforcer de rattacher ces règles à notre théorie de la responsabilité publique. On expliquera ainsi que les limitations textuelles à la réparabilité des préjudices ne sont pas prévues dans l'intérêt unique de la puissance publique responsable, ce qui relativisera leur unilatéralité, et l'on cherchera à montrer que ces limitations ne sont pas aussi sévères qu'il semble de prime abord, puisqu'elles sont parfois corrigées par la jurisprudence. Cette démonstration ne sera pas aussi aisée selon que l'on exposera d'abord les règles qui sont susceptibles dans tout litige de limiter la réparation des préjudices (A), ou que l'on s'attardera sur quelques exclusions particulières dont l'intégration dans la cohérence d'ensemble de la théorie apparaît plus problématique (B).

A) Les règles textuelles générales limitatives de réparabilité

Nous voulons ici exposer les règles que la puissance publique a édicté sans remettre en cause sa responsabilité, mais qui peuvent avoir pour effet de limiter l'égle réparabilité effective de tous les dommages. Certaines de ces règles utilisent le temps comme un facteur d'exclusion de réparabilité, ce sont les hypothèses de prescriptions (1), d'autres concernent l'étendue de l'indemnisation, ce sont les forfaits d'indemnisation (2).

1) Les prescriptions des créances de responsabilité

« L'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers et peuvent également les opposer ». Les rédacteurs de l'article 2227 du code civil ont mal mesuré l'utilité d'une telle disposition. Si la prescription décennale des actions en responsabilité extra-contractuelle¹⁷⁴², la prescription trentenaire des actions en responsabilité contractuelle¹⁷⁴³, et d'autres encore inscrites au code civil s'appliquent en droit administratif¹⁷⁴⁴, il demeure que le mécanisme présente peu d'intérêt pratique dans le contentieux administratif¹⁷⁴⁵. Les règles de procédure administrative laissent peu de place à l'installation de situations de fait, et quand bien même ce serait parfois le cas, l'intérêt public interdit généralement que le temps puisse créer le droit. Souvent ce sont les règles de délais qui empêchent leur application¹⁷⁴⁶. Ce peut être aussi le fait des prescriptions propres au droit administratif.

La plupart du temps c'est l'obstacle obligatoire de la prescription quadriennale qui s'oppose à l'efficacité des prescriptions plus longues. Régie actuellement par la loi du 31

¹⁷⁴² Art. 2270-1 c. civ. Nouvelle rédaction issue de la loi du 5 juil. 1985.

¹⁷⁴³ Applicable aux actions nées de dommages de travaux publics.

¹⁷⁴⁴ Celle de l'article 2270 civ. pour la responsabilité de plein droit que les constructeurs encourent à l'égard du maître d'ouvrage en vertu des principes de l'article 1792 civ.

¹⁷⁴⁵ A. HEURTE, *La prescription en droit administratif*, A.J. 1957, p. 5.

¹⁷⁴⁶ A compter de la réponse de l'administration à la demande en réparation d'une victime, le délai de droit commun pour agir en justice s'applique. Décret du 11 janv. 1965. Toutefois, contrairement à la règle en matière d'excès de pouvoir, aucun délai ne court en cas de silence gardé par l'administration sur la demande ou de réponse évasive. Ex. C.E., 21 mars 1980, *Vanderiele*, Rec. p. 161.

décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, celle-ci s'applique dans le contentieux de la responsabilité en ce qu'elle vaut pour les obligations de somme d'argent en général. A son propos nous relevons des contradictions intéressantes dans la jurisprudence. Par exemple, il est prescrit légalement que l'administration ne peut renoncer à opposer cette prescription¹⁷⁴⁷; c'est en effet une règle de comptabilité publique. Pourtant, le juge ne peut soulever d'office ce moyen de défense comme étant d'ordre public¹⁷⁴⁸. Il est donc reconnu que l'autorité compétente peut omettre de le faire. Cela ne paraît pas logique au regard du principe général du droit, découvert par le Conseil d'Etat lui-même, selon lequel une personne publique ne peut payer plus qu'elle ne doit¹⁷⁴⁹. Certains juges sont contraints alors de préciser que cela ne constitue pas toutefois une renonciation¹⁷⁵⁰. On pourra avancer une explication juridique en faisant remarquer que depuis 1968 le mécanisme est nommé « prescription » et non plus « déchéance »¹⁷⁵¹. Or, la déchéance agit sur le contenu du droit, tandis que la prescription joue seulement sur l'action en justice. L'explication n'apparaît pas convaincante si, en fait, « l'omission » de l'administration aboutit à ce qu'elle répare alors que la loi l'interdirait. Cela n'est pas concevable, à moins de se souvenir que la responsabilité est un principe général du droit nécessaire au maintien de la vie sociale et de l'Etat. Un tel principe fondamental du droit, de valeur constitutionnelle au moins selon nous, peut prévaloir sur n'importe quelle règle de comptabilité. Le juge administratif doit réfléchir à cette question, s'il veut résoudre la contradiction. Aidons-le en mentionnant que selon nous, la créance de responsabilité n'est de toute façon pas de celles auxquelles on peut appliquer la prescription quadriennale, parce qu'elle n'est pas fondamentalement une créance de somme d'argent. Elle ne le devient que par équivalent, pour des raisons de commodité. Or, la réparation en nature est imprescriptible. Voilà un élément de plus à prendre en compte dans une politique jurisprudentielle. Le juge administratif sera-t-il enclin à écarter la réparation en nature ou au contraire à la préférer exceptionnellement pour faire échec à la prescription ? Bien des raisons de politique

¹⁷⁴⁷ Art. 6 loi 31 déc. 1968.

¹⁷⁴⁸ C.E., 17 mai 1974, *Dame Herque*, D.A. 1974, n°207.

¹⁷⁴⁹ C.E., Sect., 19 mars 1971, *Sieur Mergui*, Rec. p.235, concl. Rougevin-Baville. Ce principe résulte de l'impossibilité pour un personne publique de faire des libéralités qui ne seraient pas prévues par une loi, consentement exprès du peuple à la libéralité. En effet, selon nous, les personnes publiques ne sont pas les seules propriétaires de leurs biens et de leur argent, elles en ont l'usage réel mais les biens publics appartiennent au peuple.

¹⁷⁵⁰ C.A.A. Paris, 2 juin 1992, *Ministre de la Défense c/ Jaouen*, Req. N°91 PA 00447 : un administré ne peut donc pas invoquer une rupture d'égalité pour contester la validité de la décision lui opposant la prescription quadriennale.

¹⁷⁵¹ La nature ambiguë de la déchéance quadriennale participant aussi de la prescription avait été déjà relevée par E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t.2, 1896, p. 252.

jurisprudentielle se cachent derrière la pratique de la prescription quadriennale. Sa rigueur en est devenue très relative quand on sait les nombreux cas d'interruption des délais, qui alors sont reconduits entièrement¹⁷⁵².

Notre impression générale en la matière est que la jurisprudence administrative est d'une grande souplesse dans l'application des prescriptions¹⁷⁵³. Cela profite aux victimes, on le sait, pour le rejet de la prescription pénale, et à leur assureur, victime moins directe et moins à plaindre, en ce que le Conseil d'Etat rejette aussi la prescription applicable aux actions découlant du contrat d'assurance. La prescription de deux ans de la loi du 13 juillet 1930 aurait pour effet de limiter l'action de l'assureur contre le tiers responsable devant le juge administratif, mais le Conseil d'Etat s'y est opposé¹⁷⁵⁴, montrant encore l'impossibilité pratique, si ce n'est morale, de débouter des victimes de la puissance publique en raison d'une règle de procédure élaborée par elle, à moins que globalement les victimes n'y trouvent aussi un intérêt, comme il en est en matière de forfaits et plafonnements d'indemnisation.

2) Les forfaits et plafonnements d'indemnisation

Curieux système que celui des forfaits de pension. Jeté au milieu de la responsabilité par la législation, afin que tout collaborateur du service public victime d'un dommage corporel bénéficie d'un minimum de réparation, il paraît servir plus l'administration que les individus. D'une part, il évite d'avoir à conduire l'examen critique du fonctionnement du service, d'autre part, il permet de réaliser des économies. Les indemnités allouées au titre de la pension peuvent être jusqu'à dix fois inférieures à celles que le droit commun aurait permis d'obtenir devant un juge¹⁷⁵⁵. Le forfait est appliqué automatiquement quelle que soit la gravité

¹⁷⁵² Voir J.-Cl. Ad., fasc. 111.

¹⁷⁵³ Pas plus qu'elle ne l'est d'ailleurs pour les règles des délais de recours juridictionnel en responsabilité. L'exception à l'exigence de décision préalable en matière de réparation de dommages de travaux publics l'atteste. Et la jurisprudence va loin dans son libéralisme à l'égard des victimes puisque dans le cas où l'une d'elle a saisi l'administration d'une demande préalable en réparation alors que celle-ci n'est pas obligatoire, il n'en résulte la computation d'aucun délais : Ex. C.E., A., 16 oct. 1970, *TPG des Hauts-de-Seine et receveur municipal de Rueil-Malmaison*, Rec. p. 584.

¹⁷⁵⁴ C.E., 17 nov. 1933, *Cie Le Soleil*, Rec. p. 1066.

¹⁷⁵⁵ Voir les conclusions DUTHEILLET DE LAMOTHE sur C.E., Sect., 16 oct. 1981, *Guillaume*, A.J.D.A. 1982, p. 43.

de la faute imputable à l'administration¹⁷⁵⁶, et il est opposable, en tant que plafond, non seulement à son bénéficiaire mais aussi à ses ayants droit¹⁷⁵⁷. Il est ainsi impossible pour le conjoint ou les enfants d'obtenir réparation de leur préjudice moral, même en cas de faute lourde à l'origine du dommage. En cela, les règles qui découlent du code des pensions civiles et militaires sont plus sévères que la législation relative aux accidents du travail qui, elle, permet de demander une réparation supplémentaire en cas de faute intentionnelle ou inexcusable de l'employeur ou de ses employés¹⁷⁵⁸. On le voit, les administrés ne travaillant pas pour la puissance publique subissent aussi les rigueurs des plafonnements lorsque l'indemnisation de leurs dommages relève d'une législation le prévoyant. C'est le cas des victimes de vols ou pertes d'objets dans les hôpitaux¹⁷⁵⁹, des victimes - encore hypothétiques - d'accidents nucléaires¹⁷⁶⁰.

Un tel système traite de manière absolument égale des victimes qui ont pu pourtant subir leur dommage de manière différente. Ici, l'égalité semble primer l'équité. Certes, on conçoit que le législateur ne s'embarrasse presque jamais de sanctionner les comportements lorsqu'il s'agit d'octroyer un minimum de confort matériel aux citoyens victimes de la vie en collectivité. Mais la rigueur dont fait preuve le juge dans le champ d'application large qu'il confère au forfait au vu des dispositions législatives du code des pensions civiles et militaires, comme au vu d'autres législations d'indemnisations automatiques, paraît difficile à expliquer¹⁷⁶¹. On fera pourtant remarquer que certains textes ont précisé explicitement l'interdiction de dépasser le forfait de pension. Ainsi l'article L.354-11 du code des communes disposait autrefois : « aucun avantage supplémentaire ne peut être accordé par les collectivités locales pour l'indemnisation des risques couverts par la présente sous-section » aux sapeurs-pompiers communaux volontaires non professionnels¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁶ C.E., 16 nov. 1988, *Ministre de l'Economie c/ veuve Fratani*, Rec. p. 1021. « Le maintien des rigueurs du forfait de pension », observations de P. BON à la R.F.D.A. 1990, p. 63.

¹⁷⁵⁷ Par exemple à l'assureur dans le cadre de la subrogation, C.E., 31 oct. 1986, *Soc. A.G.F.*, J.C.P. 1987, IV, p. 125.

¹⁷⁵⁸ Art. L.468 et L. 469 du code de la Sécurité sociale.

¹⁷⁵⁹ Loi du 6 juil. 1992.

¹⁷⁶⁰ Voir textes cités supra p. 234.

¹⁷⁶¹ C'est bien en s'appuyant sur la volonté présumée du législateur que le Conseil d'Etat limite la réparation au forfait : « il résulte de l'ensemble des dispositions du code des pensions que le législateur n'a pas entendu ouvrir au bénéfice des militaires victimes d'accidents de service ainsi que de leurs ayants droit un droit à réparation de l'Etat autre que celui prévu par ledit code » : C.E., 31 oct. 1986, *Soc. A.G.F.*, précité.

¹⁷⁶² Ancien art. L. 354-11 code des communes; voir: C.E., 11 janv. 1985, *Mme Dubrousse*, lexilaser n°36-567. - T.A., Bastia, 12 juil. 1985, *M. Stéphane Zakariades*, R.F.D.A. 1986, p. 453.

On croirait presque qu'il existe une sorte de répartition tacite des rôles entre loi et jurisprudence. Ce qui serait issu de la loi resterait présumé uniquement indemnitaire et secourable ; au juge de rendre la justice en appliquant ses règles du droit commun. Mais, en réalité, cela n'est pas. En effet, le législateur tend de plus en plus souvent à aménager de véritables réparations intégrales, en remplacement des plafonds antérieurs. Nous en citerons deux exemples. La loi du 3 janvier 1977 prévoyant une indemnisation plafonnée des dommages corporels subis par certaines victimes d'infractions pénales a été modifiée en 1990 au profit d'une réparation intégrale de tous les préjudices nés d'une atteinte à l'intégrité corporelle¹⁷⁶³. Et dans le même esprit, l'alinéa premier de l'article L.354-11 du code des communes que nous citons plus haut, a été abrogé en 1991¹⁷⁶⁴. D'ailleurs cette même année, la loi d'indemnisation pour les victimes de transfusions sanguines a adopté un régime de réparation très favorable¹⁷⁶⁵.

De son côté, le juge administratif ne s'est-il pas lui-même comporté, de fait, comme l'auteur de forfaits et de plafonds de réparation, lorsqu'il refusait d'indemniser certains préjudices¹⁷⁶⁶, lorsqu'il évaluait toujours en deçà de son homologue judiciaire les montants des préjudices dans le dessein à peine caché d'épargner les deniers publics ? Enfin, on peut songer à la jurisprudence sur les dommages causés par une rupture d'égalité devant les charges publiques par le fait de lois que le juge interprète le plus souvent comme ayant exclu la réparation. Dans ces cas où la loi est déclarée s'opposer implicitement à l'indemnisation, de par l'efficacité qu'elle recherche, difficile de dire qui du législateur ou du juge a entendu exclure la réparation¹⁷⁶⁷. La prévisibilité du droit est plus aisée pour les citoyens lorsque des textes précis limitent la réparabilité des préjudices dans des domaines particuliers.

¹⁷⁶³ Loi n°90-589 du 11 juil. 1990. Voir aussi circ. du 27 déc. 1990, B.O. Min. de la Justice, 30 sept. 1991.

¹⁷⁶⁴ Loi n°91-1389 du 31 déc. 1991 relative à la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service.

¹⁷⁶⁵ Loi du 31 déc. 1991. Cf. supra p. 226.

¹⁷⁶⁶ Voir A. COUDEVYLLE, *Le « pretium affectionis » : un piège pour le juge administratif*, D. 1979, Chron. p. 173.

¹⁷⁶⁷ Ce qui démontre, s'il en était encore besoin, que le droit administratif de la responsabilité a bien deux types de sources ; l'une textuelle et l'autre jurisprudentielle.

B) Les règles textuelles particulières de limitation de réparabilité

Il existe sans doute un certain nombre de textes limitant l'indemnisation qui peut être mise à la charge de la puissance publique pour une raison où une autre, mais nous ne nous intéresserons ici qu'aux textes se rapportant à la responsabilité¹⁷⁶⁸. Parmi eux, deux méritent l'attention parce qu'ils concernent paradoxalement des secteurs qui très tôt ont été ouverts à la responsabilité avant de s'y fermer quelque peu sous l'effet de la loi.

Les services des postes et télécommunications, ainsi que ceux touchant à la propriété privée ont depuis longtemps participé à l'écroulement du principe d'irresponsabilité publique¹⁷⁶⁹, puis les dispositions législatives excluant la réparation de certains préjudices provoqués par ces activités sont apparues comme de véritables exceptions difficiles à expliquer dans le cadre de la théorie générale de la responsabilité publique. Cependant, sous l'effet de la jurisprudence, des évolutions ont ramené dans le giron de la théorie générale le problème de l'indemnisation des servitudes administratives légales (1) et celui des défaillances des services postal et téléphonique (2).

1) *Les servitudes administratives légales*

L'article 649 du code civil distingue les servitudes d'utilité privée et les servitudes d'utilité publique, mais ne mentionne de droit à réparation qu'en ce qui concerne les premières. On s'est donc généralement accordé à croire que l'indemnisation des dommages causés par ce biais n'était pas exigible¹⁷⁷⁰. Toutefois, l'irresponsabilité de la puissance publique étant devenue l'exception, rares devraient être aujourd'hui les servitudes d'utilité publique non réparées. En pratique ce n'est pourtant pas le cas. Il apparaît que même dans les

¹⁷⁶⁸ Par exemple nous écartons du débat les textes en matière d'indemnisation pour expropriation. Ex. art. L.13-13 code de l'expropriation qui exclut le préjudice moral des chefs de préjudice indemnisables pour les expropriés. Ceci ne relève pas de la responsabilité puisqu'ils ne concernent pas des dommages qui auraient pu être évités. En effet, leur survenance dépend d'une nécessité publique constatée légalement et sous le contrôle étroit du juge.

¹⁷⁶⁹ Les atteintes à la propriété privée ont presque toujours été indemnisées par le biais de la théorie des dommages de travaux et ouvrages publics. Cf. supra p. 48.

¹⁷⁷⁰ On pouvait d'autant plus le penser que dès 1808 certains textes prévoient des indemnités pour des servitudes : ex. : servitude de halage, décret du 22 janv. 1808.

cas où l'indemnisation n'est pas exclue, celle-ci est limitée en raison de certaines règles propres à ce domaine. Quelles en sont les raisons ? Avec cette question nous sommes aux limites de la responsabilité. En effet, la servitude est la charge établie sur un immeuble pour l'usage et l'utilité d'un autre que son propriétaire, en l'occurrence résultant, lorsqu'elle est administrative, de textes dans l'intérêt du domaine public ou dans l'intérêt général. Cette définition n'est pas sans évoquer la responsabilité-prix, voire l'expropriation. Or, nous soutenons que les indemnités relèvent de l'expropriation et non de la responsabilité chaque fois qu'elles sont la contrepartie d'une opération légale¹⁷⁷¹.

Observons que d'une part, l'établissement d'une servitude n'est pas une dépossession mais une atteinte partielle¹⁷⁷², temporaire, au droit de jouissance des biens¹⁷⁷³, et que d'autre part, la moindre illégalité survenant dans l'atteinte à la propriété fait retrouver à la responsabilité son empire classique¹⁷⁷⁴. En somme, c'est uniquement la responsabilité sans faute au sens large qui serait parfois exclue dans le domaine envisagé ici. Pour autant, l'indemnité attribuée au propriétaire du fond servant n'est pas le prix d'un droit, mais la réparation d'un préjudice anormal. Pour qu'elle soit due, le préjudice doit être prouvé¹⁷⁷⁵, et d'une manière générale, l'indemnité est octroyée non à raison de la servitude en elle-même mais de ses conséquences dommageables¹⁷⁷⁶. Si la réparation est presque toujours intégrale, le préjudice doit être actuel, direct et certain, selon des formules qui varient peu dans les textes¹⁷⁷⁷. En outre, il doit être matériel et à ce titre le préjudice psychologique ou moral ne peut être retenu¹⁷⁷⁸. Il semble que pour les juges, l'atteinte au droit de propriété ne soit pas en elle-même génératrice d'un préjudice anormal. L'économie du système consiste dans

¹⁷⁷¹ Cf. supra. p. 220 et s.

¹⁷⁷² Cependant, selon G. LIET-VAUX, la servitude d'urbanisme dispose véritablement du sort des biens. Des zones entières déclarées inconstructibles voient leur valeur réduite dans une proportion de 100 à 1. Parfois même, l'inclusion dans un périmètre aboutit à la dépossession de fait. Voir : *L'indemnisation des sujétions d'urbanisme prélude à une réforme législative*, R.A. 1984, p. 461.

¹⁷⁷³ T.C., 3 juil. 1850, *Manuel*, Rec. p. 644 ; D. 1851,3, p. 19. - T.C., 21 déc. 1850, *Chevallier*, Rec. p. 964. - C.E., 8 août 1910, *Beaucart-Dové*, D.P. 1914,3, p. 13. - C.E., 13 avr. 1983, *Association pour le tourisme de plein-air à Belle-Ile-en-Mer*, Rec. tables, p. 902.

¹⁷⁷⁴ C.E., 19 fév. 1965, *Melle Desamy*, Rec. p. 199 : utilisant une servitude de visibilité, telle qu'instituée par le décret-loi du 30 oct. 1935, le maire qui fait arracher une haie, commet une faute de nature à engager la responsabilité de la commune, s'il n'assure pas le remplacement de la haie par un dispositif similaire sans inconvénient pour la visibilité.

¹⁷⁷⁵ Cass. 1ère civ., 22 juin 1959, Bull. civ. I, n°45. - Cass. 3ème civ., 16 mars 1979, C.J.E.G. 1979, p. 55 : à propos de l'indemnisation des servitudes de passage des lignes électriques, pour lesquelles la loi du 15 juin 1906 prévoit la compétence des tribunaux civils.

¹⁷⁷⁶ P. SUBRA DE BIEUSSES, *Les servitudes administratives*, Berger-Levrault 1976. Voir Cass. 3ème civ., 7 juin 1983, C.J.E.G. 1983, p. 322.

¹⁷⁷⁷ Voir J.-Cl. Ad, fasc. 390 n° 216 et s.

¹⁷⁷⁸ Ibid. n°218.

l'appréciation concrète, et selon chaque espèce¹⁷⁷⁹, des conséquences de la servitude. Ainsi, contrairement au principe posé en matière d'expropriation, l'indemnité ne peut pas être préalable¹⁷⁸⁰. Les tribunaux doivent, comme en matière de responsabilité administrative, tenir compte de la plus-value qui peut résulter de la servitude. Cependant, en dehors des hypothèses où la loi elle-même le prévoit, le juge judiciaire s'interdit cette sévérité à l'égard des propriétaires. Au regard des principes du droit public, applicables devant les juridictions civiles, cette position n'est pas orthodoxe.

En définitive, ce sont bien les solutions classiques en matière de responsabilité sans faute de la puissance publique qui nous paraissent gouverner l'indemnisation des servitudes régulières. La preuve en a été faite dans un remarquable arrêt de section du Conseil d'Etat, rendu sur le point de savoir si les conséquences dommageables des servitudes *non aedificandi* à proximité des cimetières peuvent donner lieu à une responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁷⁸¹. Le commissaire du gouvernement JEANNENEY n'y a vu aucun obstacle malgré le silence de la loi. Il invoqua l'abandon de la jurisprudence ancienne qui tenait les servitudes de proximité des biens publics pour une sorte de fatalité¹⁷⁸², abandon consacré explicitement dès un avis du Conseil d'Etat du 18 décembre 1924 qui, à la question de savoir si les textes relatifs aux plans d'aménagement des villes excluaient ou non tout droit à indemnité, répondait qu'il existe : « un principe général selon lequel tout acte de la puissance publique ouvre droit à réparation lorsqu'il en résulte un dommage direct, matériel et spécial »¹⁷⁸³. La première application de ce principe pour une servitude d'inconstructibilité attendit tout de même vingt cinq ans¹⁷⁸⁴. Il ne faut pas s'en étonner.

On doit comprendre que la responsabilité dont nous parlons est exclue pour certains dommages parce qu'elle est fondée sur la violation de l'égalité des administrés devant les charges publiques par des lois généralement. Il faut donc que le dommage soit grave et spécial pour qu'il soit réparable. Or, on connaît la grande sévérité de la jurisprudence en matière de responsabilité du fait de la loi. Ce qui bénéficie aux victimes en l'absence de dispositions

¹⁷⁷⁹ Sur ce point les juges du fond sont d'ailleurs souverains.

¹⁷⁸⁰ Cass. 3ème civ., 3 nov. 1981, C.J.E.G. 1982, p. 196. - C. appel Toulouse, 18 janv. 1984, C.J.E.G. 1985, p. 56.

¹⁷⁸¹ C.E., Sect., 14 mars 1986, *Commune de Gap-Romette c/Crts Béraud*, Rec. p. 73 ; A.J.D.A. 1986, p. 317, concl. Jeanneney ; J.C.P. 1987, II, 20759 note Davignon.

¹⁷⁸² Voir Cour royale d'appel de Nancy, 30 mai 1843, S. 1847, I, p. 333 : « les servitudes légales sont une conséquence légale pénible, mais impérieusement nécessaire de la civilisation progressive, qui journellement expose les propriétés privées à des chances de diminution ou d'augmentation de valeur, selon que le cours imprévu des événements amène à leur portée des établissements publics qui tantôt leur nuisent et qui quelquefois leur profitent ».

¹⁷⁸³ Cité aussi par P. SUBRA DE BIEUSSES, *Les servitudes administratives*, Berger-Levrault 1976, p. 167.

¹⁷⁸⁴ C.E., 4 mars 1949, *Société du stadium de Paris*, Rec. p. 113.

textuelles s'y opposant, ajoute en revanche à la sévérité de la solution lorsque ceux-ci soumettent déjà l'indemnisation à des limitations précises. Tel est l'épineux problème en matière de servitude d'urbanisme.

La non-indemnisation des préjudices nés des servitudes légales d'urbanisme a été posée comme principe par une loi du 15 juin 1943. Le champ d'application du principe de non-indemnisation posé aujourd'hui par l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme est circonscrit aux servitudes constituées en application de ce seul code, ce qui exclut toutes celles résultant d'autres législations¹⁷⁸⁵. Cela ne signifie pourtant pas que toutes les autres donnent lieu à indemnisation¹⁷⁸⁶. Cela dépend des textes qui les instituent¹⁷⁸⁷. Heureusement, ils sont de moins en moins nombreux à consacrer la non-indemnisation. Par exemple, l'article L. 51 du Code des Postes et Télécommunications prévoyait que les servitudes occasionnées par l'installation de lignes téléphoniques n'ouvrent droit à indemnité que pour le préjudice résultant des travaux de construction ou d'entretien de la ligne¹⁷⁸⁸. Or, il a été abrogé à l'occasion de la réforme des télécommunications¹⁷⁸⁹. Le nouveau dispositif prévoit un droit pour le maire d'établir sur les propriétés privées des servitudes en vue de permettre l'installation et l'exploitation des équipements de réseau, à la demande des opérateurs autorisés par le ministre des télécommunications¹⁷⁹⁰. Le plus intéressant réside dans la rédaction nouvelle de l'article L. 48 du code ainsi libellé : « le bénéficiaire de la servitude est responsable de tous les dommages qui trouvent leur origine dans les équipements du réseau. Il est tenu d'indemniser l'ensemble des préjudices directs et certains causés tant par les travaux d'installation et d'entretien que par l'existence ou le fonctionnement des ouvrages »¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁵ C.E., Sect., 14 mars 1986, *Commune de Gap-Romette*, Rec. p. 73. Cependant il faut noter l'existence d'une servitude de passage le long du littoral qui elle est indemnisable en vertu de l'article L.160-7 du code de l'urbanisme.

¹⁷⁸⁶ Précisons qu'une servitude donnant lieu à une indemnisation en vertu d'un texte spécial, ne change ni de nature ni de régime juridique du fait qu'elle est incluse dans un plan d'urbanisme: Cass., 3ème civ, 8 déc. 1971, Bull. civ., III, n°611.

¹⁷⁸⁷ Pour des exemples d'exclusion totale voir art. 4 loi du 28 nov. 1963 pour les réserves foncières en bordure de mer, ou art. 6 décret du 23 déc. 1958 pour les servitudes grevant les terrains nécessaires aux routes nationales et aux autoroutes, et encore l'art. 52 de la loi du 31 déc. 1976 pour les servitudes d'accès des piétons aux rivages.

¹⁷⁸⁸ C.E., 31 janv. 1986, *Herrenschmidt*, D.A. 1986, n° 189 : la dépréciation d'un immeuble du fait de la présence d'une ligne téléphonique n'est donc pas réparable quelle que puisse être son importance.

¹⁷⁸⁹ Loi n°96-659 du 26 juil. 1996, art. 11 III.

¹⁷⁹⁰ Art. L. 45-1 et s. du code des postes et télécommunications.

¹⁷⁹¹ Les mêmes principes sont adoptés pour les servitudes radioélectriques de l'art. L. 56-1 et pour les servitudes destinées à éviter les perturbations électromagnétiques de l'article L. 62-1.

L'évolution s'inscrit, il est vrai, dans la privatisation de ce contentieux, puisqu'il n'y a plus de personne publique opératrice de télécommunications en France depuis 1998¹⁷⁹².

Il y a dans le domaine particulier des servitudes d'urbanisme une source importante de dommages non réparés. Nombreuses ont été les espèces dans lesquelles un administré, ayant obtenu l'annulation d'un refus illégal de permis de construire, s'est vu ensuite opposer le renouvellement de la décision prise sur la base de nouvelles règles d'urbanisme, et n'a pu alors obtenir aucune indemnité¹⁷⁹³. La conséquence pratique de l'article L.160-5 est en effet d'interdire toute réparation de quelque préjudice que ce soit survenu suite à un acte instituant régulièrement une servitude¹⁷⁹⁴. Voilà une jurisprudence qui relativise grandement l'exception au principe de non-indemnisation réservée par le Code de l'urbanisme. Celui-ci prévoit bien que le titulaire de droits acquis atteint d'un préjudice direct, matériel et certain, par le fait d'une servitude, est indemnisé à défaut d'un accord amiable par le tribunal administratif. Mais le Conseil d'Etat a toujours admis restrictivement cette exception, ne l'appliquant positivement que quelques fois¹⁷⁹⁵. Il n'a même pas hésité à la rejeter au détriment d'une société ayant pourtant signé une convention d'aménagement avec l'autorité communale¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹² France Télécom est transformée en société anonyme par la loi 96-660 du 26 juil. 1996 entrée en vigueur au 1er janv. 1998.

¹⁷⁹³ C.E., 28 janv. 1983, *SA. Aménagement touristique de l'Ouest.*, D.A. 1983, n°99. - C.E., 7 juin 1985, *Sté Malet Promotion*, et C.E., 26 juil. 1985, *Joly*, et C.E., 29 nov. 1985, *SCI Le Clos Saint-Paul et M. Georges Friedman*, R.F.D.A. 1986, p. 470 note J.-P. Gilli. Ces solutions sont dues à l'application stricte de la causalité adéquate, le préjudice n'étant pas considéré comme découlant directement du refus illégal de l'autorisation mais du changement ultérieur de la réglementation d'urbanisme qui, lui, est couvert par l'irresponsabilité de l'article L.160-5. Très peu justifiable, cette sévérité est tempérée par le Conseil d'Etat lui-même, qui accorde à la victime l'indemnisation pour la période précédent le changement de réglementation au cours de laquelle elle a été empêchée illégalement de réaliser son projet. Et à ce stade, l'indemnité est curieusement très généreuse. - Voir affaire *Joly* et la note d'Etienne FATOME, A.J.D.A. 1986, p. 46. - Elle pourrait correspondre à ce que le juge aurait accordé s'il avait envisagé le préjudice direct que constitue la non obtention du droit acquis.

¹⁷⁹⁴ C.E., Sect., 29 sept. 1989, *Mme Lamarche-Jacomet*, Rec. p. 179. Cependant, pour parer à cette jurisprudence dans le cas particulier où l'illégalité de la première servitude a été reconnue par le juge, la loi du 9 fév. 1994 a disposé que « Lorsqu'un refus opposé à une demande d'autorisation d'occuper ou d'utiliser le sol ou l'opposition à une déclaration de travaux [...] a fait l'objet d'une annulation juridictionnelle, la demande d'autorisation ou la déclaration confirmée par l'intéressé ne peut faire l'objet d'un nouveau refus ou être assortie de prescriptions spéciales sur le fondement de dispositions d'urbanisme intervenues postérieurement à la date d'intervention de la décision annulée sous réserve que l'annulation soit devenue définitive et que la confirmation de la demande ou de la déclaration soit effectuée dans les six mois suivant la notification de l'annulation au pétitionnaire ». Voir art. L.600-2 code urbanisme. Mais cette nouvelle règle ne modifie en rien le principe de non-indemnisation. Voir P. SOLERS-COUTEAUX, *Droit de l'urbanisme*, collec Cours, Dalloz 1998, p. 244.

¹⁷⁹⁵ C.E., Sect., 4 mars 1977, *Ministre de l'Equipement c/ SA Constructions Simottel*, Rec. p. 122 : le propriétaire détenteur d'une autorisation de lotir antérieure à l'établissement d'un POS classant son terrain en zone inconstructible subit un préjudice indemnisable. On peut citer aussi : C.E., 20 janv. 1984, *Walter et Domscheit*, D. 1984, IR, p. 128, obs. H. Charles. - C.E., 13 fév. 1987, *Anrigo*, Rec. p. 58 ; A.J.D.A. 1987, p. 596, note Fatôme, J.C.P. 1988, n°21153 note R. Vandermeeren. - C.E., 2 nov. 1989, *Degouy*, Rec. p. 228 ; A.J.D.A. 1990, p. 97. - C.E., 7 mars 1990, *Bore de Loisy*, Rec. p. 983 ; D. 1991, SC, p. 230.

¹⁷⁹⁶ C.E., 8 janv. 1993, *Société Compagnie fermière et foncière de Font-Romeu*, Rec. tables p. 1018.

Malgré les critiques et les interrogations doctrinales sur la constitutionnalité de la loi depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 13 décembre 1985¹⁷⁹⁷, sur sa conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁹⁸, le Conseil d'Etat ne fléchit guère. Par exemple, le juge administratif demeure tenu de soulever d'office ce moyen opposé à toute demande d'indemnisation lorsqu'une servitude d'urbanisme est en cause¹⁷⁹⁹.

Comment expliquer cette fermeté si ce n'est une fois de plus par la volonté présumée du législateur ? Volonté d'épargner à la puissance publique le poids de charges indemnitaires aussi lourdes que fréquentes, telle est la justification la plus partagée en doctrine¹⁸⁰⁰. Mais nous l'avons dit, le souci d'épargner les deniers publics, s'il a toujours été réel, n'est pas satisfaisant théoriquement. En tout état de cause, s'agissant des droits de l'homme, la volonté du législateur ne saurait prévaloir sur la Constitution ou la Convention européenne de sauvegarde de ces droits. Pour être compris dans la théorie générale de la responsabilité de la puissance publique, l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme doit être rattaché à une des théories délimitant les obligations de réparer. Son interprétation en jurisprudence devrait ainsi devenir compatible avec les garanties supralégislatives du droit de propriété. C'est l'idée que ce genre de dommage n'est jamais assez spécial pour être anormal à moins qu'il ne soit le résultat d'une faute, qui paraît, selon nous, fonder ces solutions.

Le Conseil d'Etat a parfois laissé entendre que les dommages causés par les hésitations, les changements d'attitude ou de réglementation des autorités chargées de l'urbanisation, constituent des aléas ou des sujétions que par exemple, « doivent normalement supporter les vendeurs et les acquéreurs de terrains situés en zone urbaine »¹⁸⁰¹. Il apparaît

¹⁷⁹⁷ Rec. du C.C. p. 78. Le Conseil Constitutionnel déclare que : « le principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque de préjudice indemnisable ». Le préjudice esthétique, la dépréciation du bien doivent être réparés. C'est d'ailleurs ainsi que la Cour de cassation applique la loi du 15 juin 1906 relative à l'établissement de servitudes pour le passage des lignes électriques: Cass. Civ., 1er juin 1932, D.P. 1932,1, p. 102, rapport Pilon.

¹⁷⁹⁸ Notamment avec le protocole additionnel n°1. Par sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme exerce un véritable contrôle de proportionnalité sur la nécessité publique d'imposer des atteintes à la propriété sans indemnisation. Voir F. BOUYSSOU, *Les garanties supralégislatives du droit de propriété*, D. 1984, chron., p. 231 ; F. SUDRE, *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, D. 1988, chron., p. 71. Depuis l'arrêt de la Cour européenne *Sporrong et Lönnroth* du 23 sept. 1982, G. Liet-Veaux estime que l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme français est incompatible avec la jurisprudence et la convention, R.A. 1984 précité.

¹⁷⁹⁹ C.E., Sect., 19 déc. 1984, *Soc. Ciments Lafarge*, Rec. p. 432 ; A.J.D.A. 1985, p. 225, note G. Liet-Veaux.

¹⁸⁰⁰ R. CHAPUS, *droit administratif général*, t.1, n°1216 ; M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, n°455 ; D. DE BECHILLON, *Le Conseil d'Etat, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme*, R.F.D.A. 1999, p. 841.

¹⁸⁰¹ C.E., 7 mai 1986, *S.A. Etudes Malesherbes*, Rec. tables p. 697 : à propos d'une préemption empêchant un projet immobilier situé dans une zone d'aménagement différé. Voir aussi C.E., 22 juil. 1977, *Ministre de l'Équipement c/ Soc. Nouvelle du Palais des sports-Vélodrome d'hiver*, Rec. p. 370 : refus de permis de

que les règles de l'article L.160-5 du code de l'urbanisme ne constituent en réalité que des modalités particulières définies par le législateur du régime général de responsabilité sans faute de l'administration¹⁸⁰². C'est ce qu'une récente solution de la Haute Assemblée administrative tend à confirmer en consacrant un cas exceptionnel de responsabilité dans l'hypothèse où une rupture d'égalité trop excessive serait causée au détriment d'un propriétaire par une servitude d'urbanisme¹⁸⁰³. Dans ce qu'il convient d'appeler désormais la jurisprudence *Bitouzet*, le juge suprême fait le pas nécessaire à l'harmonisation du droit français avec la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁰⁴, sans renoncer au principe ordinaire et très général de la non-indemnisation. Il s'agit juste de consacrer une exception supplémentaire à la rigueur du principe qui ne devrait pas s'appliquer plus fréquemment que les exceptions antérieures¹⁸⁰⁵. D'ailleurs, on peut penser qu'en pratique l'application de cette jurisprudence correspondra à des situations où c'est l'ensemble des circonstances de création et d'emploi de la servitude par l'administration qui engendre une « rupture injustifiée »¹⁸⁰⁶, une rupture qui selon notre thèse est illicite et doit être indemnisée parce que l'absence d'indemnisation constituerait une faute. Pour le reste des cas dans lesquels l'équilibre entre les intérêts public et privé n'est pas rompu, nous avancerons que dans la perspective d'une théorie contractualiste, ce n'est pas l'indemnisation qui est exclue mais l'existence même d'un préjudice particulier qui fait défaut, car la sujétion d'urbanisme serait comme un impôt, une taxe sur la propriété. On en peut dire autant des limitations de responsabilité particulières à certaines activités postales et téléphoniques.

construire, pour des raisons tenant à l'intérêt de la circulation et à l'insuffisance des possibilités de stationnement, après un accord préalable.

¹⁸⁰² C.E., Sect., 19 déc. 1984, *Société des ciments Lafarge France*, Rec. p. 432.

¹⁸⁰³ C.E., Sect., 3 juil. 1998, *Bitouzet*, Rec. p. 288, concl. R. Abraham ; A.J.D.A. 1998, p. 639, obs. p. 570 ; R.F.D.A. 1998, p. 1243, concl. R. Abraham.

¹⁸⁰⁴ Les exigences de ladite convention ne sont d'ailleurs pas contraignantes pour les Etats puisque seule la disproportion entre « les intérêts en présence » impose une indemnisation. Voir D. DE BRECHILLON, *Le Conseil d'Etat, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme*, R.F.D.A. 1999, p. 841.

¹⁸⁰⁵ Par ex. avis de R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°1411-1, p. 1191. Voir effectivement les arrêts de rejet concernant des servitudes qui, par leurs conditions d'interventions et leur contenu ne font pas peser sur les propriétaires une charge exorbitante hors de proportion avec les justifications d'intérêt général de leur édicton : C.E., 2 juil. 1999, *Valentini*, N°176894. – C.E., 7 janv. 2000, *Sté Lady Jane*, D. 2000, IR, p. 36.

¹⁸⁰⁶ En ce sens D. DE BRECHILLON, op. cit., p. 843 et 844.

2) Les défaillances des services postaux et téléphoniques

Les services postaux en France ont été les témoins et les prétextes des progrès de la responsabilité de la puissance publique. Pratiquement, ces vicissitudes n'intéressent plus que l'histoire du droit¹⁸⁰⁷, sauf en quelques points révélateurs pour la théorie générale. S'il est vrai que le contentieux de la responsabilité de La Poste et de France Télécom n'intéresse plus depuis 1990 le juge administratif¹⁸⁰⁸, il n'en reste pas moins que son étude importe pour notre sujet. En effet, la majorité du régime d'irresponsabilité a subsisté et nous croyons y déceler une application de la théorie générale. Une fois encore, c'est le souci d'économie des deniers publics que l'on a mis en avant pour expliquer les différents articles du Code des P et T limitant la responsabilité des « exploitants publics » que sont devenus les services postaux et téléphoniques depuis la réforme¹⁸⁰⁹. L'appellation « industrielle et commerciale » et le transfert de la compétence contentieuse au juge judiciaire consacrés par la loi relativisent d'ailleurs le caractère public des deniers de ces services, malgré tout, les dispositions d'irresponsabilités demeurent¹⁸¹⁰. Compris comme le résultat d'une volonté de ne pas indemniser certains préjudices trop fréquents, ce problème relève bien de la question de la réparabilité des préjudices et c'est seulement accessoirement qu'il intéresse la théorie du fait générateur de responsabilité.

Pour la perte des correspondances ordinaires c'est l'article L.7 qui prévoit l'irresponsabilité de La Poste. L'article L.108 du même Code des P et T quant à lui dispose que : « le titulaire d'un compte de chèques postaux est seul responsable des conséquences résultant de l'emploi abusif, de la perte ou de la disparition des formules de chèques ». Quant à l'exemption partielle de responsabilité au cas de perte des valeurs déclarées prévue par l'article L.10, elle s'effectue par le biais d'un plafond maximum de réparation fixé par décret, et les contestations relèvent des tribunaux judiciaires¹⁸¹¹. Or, qu'observe-t-on de l'attitude de la jurisprudence quant à ces textes ? C'est une audace souvent remarquée que le juge administratif a manifestée dès 1958 dans leur application. Il a d'abord limité l'irresponsabilité

¹⁸⁰⁷ Voir C. BAUCHET, *La responsabilité de l'Etat dans le service des P.T.T.*, th. Paris, 1907.

¹⁸⁰⁸ A propos de la loi du 2 juillet 1990, lire J. CHEVALLIER, *La mutation des postes et télécommunications*, A.J.D.A. 1990, p. 667 et particulièrement les pages 679 et 680 sur la responsabilité.

¹⁸⁰⁹ Le gouvernement s'est opposé à l'amendement du Sénat tendant à affirmer le principe général de responsabilité des exploitants, au motif qu'il risquait de mettre en péril leur équilibre financier.

¹⁸¹⁰ Il ne faut pas négliger que France Télécom est aujourd'hui une société anonyme.

¹⁸¹¹ Les juges civils du fond ont bien tendance à user de la faute lourde pour faire échec à ces restrictions mais la Cour de cassation y oppose sa censure: voir Cass. Com., 23 mai 1995, Bull. civ., III, n°46. - Cass. Com., 8 oct. 1996, pourvoi n°93-13.957.

de l'article L.108 au cas où l'agent, qui a payé des chèques volés, aurait commis « une faute lourde et d'une particulière gravité »¹⁸¹². De même, celle de l'article L.7 s'est estompée dans une jurisprudence d'une grande portée théorique relative à la faute lourde¹⁸¹³. Les activités protégées par le Code des P et T sont en effet des activités délicates et ceci en raison des aléas rencontrés¹⁸¹⁴.

Cette utilisation de la faute lourde, loin d'avoir provoqué l'hostilité du législateur, l'a au contraire inspiré dans la dernière rédaction de l'article L.37 du Code des P et T concernant les erreurs commises dans l'établissement de la liste des abonnés au téléphone, ou concernant la responsabilité de l'exploitant public à raison des services de communication sur le réseau public qui ne sont pas soumis à concurrence¹⁸¹⁵. De son côté, la doctrine a salué les différentes initiatives du juge administratif qui ont mis fin à ces derniers îlots d'irresponsabilité publique. Certains auteurs ont même remarqué la fonction répressive et l'effet de moralisation de ces cas de responsabilité pour faute lourde¹⁸¹⁶. Mais il est possible de franchir encore une étape dans l'intégration de ces régimes de réparation à la théorie générale. Il faut pour cela soutenir et démontrer que l'exigence de la faute qualifiée lourde lorsqu'une activité est difficile, technique, aléatoire, n'est pas autre chose que l'exigence

¹⁸¹² C.E., Sect., 18 avril 1958, *Algérie c/ Herzeg*, Rec. p. 217.

¹⁸¹³ C.E., 8 fév. 1961, *Cie Singer*, Rec. p. 84 : « cette disposition a pour effet d'exonérer l'Etat de toute responsabilité en raison des conditions irrégulières ou défectueuses dans lesquelles peuvent être effectués l'acheminement et la distribution des objets de correspondance ordinaire, il n'en peut être autrement qu'au cas où l'agent chargé de la délivrance du courrier a commis une faute lourde et d'une particulière gravité » ; confirmé par C.E., 2 juin 1965, *Soc. Union économique d'Amiens*, Rec. p. 334. Bien sûr, on sait que cette interprétation restrictive des textes ne se fit pas selon un raisonnement différent lorsque la faute lourde fut la dernière expression de faute qualifiée employée par les tribunaux administratifs. Voir C.E., 24 avr. 1981, *Doublet*, Rec. p. 192. - C.E., 22 janv. 1986 *Melle Grellier*, Lexilaser N°51300.

¹⁸¹⁴ Le Conseil d'Etat l'a bien relevé dans l'opération qui consiste à vérifier les signatures des chèques postaux. La faute est lourde si la trace du signataire est « manifestement différente » du spécimen déposé par le titulaire du compte : C.E., Sect., 26 mars 1965, *Soc. L'Habitation*, Rec. p. 210. La jurisprudence judiciaire sur la responsabilité contractuelle du banquier retient la même solution : ex. Cass, 20 avr. 1939, S. 1939,I,209; Rouen, 26 mars 1971, D. 1971, Som. p. 118. On espère que les tribunaux judiciaires restreindront aussi l'irresponsabilité de l'art. L.108 au cas de faute lourde.

¹⁸¹⁵ Loi du 24 oct. 1984 puis loi du 29 déc. 1990. Les tribunaux judiciaires ne semblent ni moins ni plus sévères que leurs homologues administratifs depuis qu'ils connaissent de l'article L.37 : voir chron. parue dans L.P.A. n°38 du 30 mars 1994. En ce domaine, la responsabilité de l'Etat était précédemment totalement exclue sous l'empire de la loi du 29 novembre 1890 portant sur le télégraphe et par extension sur le téléphone. Un décret du 6 septembre 1929 approuvé par une loi du 31 mars 1931 réalise cette assimilation, que le Conseil d'Etat fit respecter scrupuleusement. Mais en 1976 le Conseil d'Etat avait là aussi fait usage de la faute lourde pour restreindre l'irresponsabilité. C.E., 12 mai 1976, *Bogas*, Rec. p. 248 ; D. 1977, p. 62, note L. Richer ; J.C.P. 1977,II,18754 note F. Vincent : la responsabilité de l'Etat ne sera engagée, en cas de refus d'inscription d'un abonné à l'annuaire, que si ce refus « présente le caractère d'une faute lourde ». Confirmé par C.E., 15 janv. 1982, *Ozanne*, Rec. p. 740 et C.E., 5 nov. 1982, *Cassard*, Rec. p. 744. - C.E., 16 nov. 1984, *Dame Lecomte*, D. 1986, IR, p. 254. Sur ces questions voir M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994, p. 325 à 329.

¹⁸¹⁶ L. RICHER, note précitée.

d'une « faute de nature à » pour des activités non délicates¹⁸¹⁷. Ainsi montrerions-nous que la faute est l'élément de rattachement des exclusions législatives de responsabilité à la théorie générale. Or, nous croyons avoir précisément démontré que cette théorisation est tenable. Ce que le juge recherche dans la faute caractérisée, c'est l'existence d'une faute¹⁸¹⁸. Dans les deux cas une simple irrégularité n'est pas en elle-même une faute. Il faut que celle-ci revête un caractère d'anormalité, c'est-à-dire selon nous, un caractère de spécialité et de gravité. Si l'on peut se permettre une métaphore, le bon arbitre est celui qui siffle la « faute », si petite soit-elle, et laisse jouer seulement en cas d'absence de faute ou en cas d'avantage, c'est-à-dire d'absence de préjudice.

Nous pensons que la faute étant toujours appréciée en fonction des circonstances de chaque espèce, et particulièrement en droit administratif, en fonction des moyens dont dispose le service public, il est possible de voir ici un parallèle entre la technique de la faute qualifiée en matière extra-contractuelle et la distinction des obligations de résultat et de moyens en matière contractuelle¹⁸¹⁹. Or, nous remarquons que c'est aussi dans le contentieux contractuel, afin de faire échec aux clauses d'irresponsabilité trop iniques, que la faute lourde a été utilisée par le Conseil d'Etat. La loi excluant la responsabilité pour les servitudes d'urbanisme, celles sur les télécommunications ou n'importe quelle autre risquent, si elles n'écartent pas assez expressément la responsabilité pour faute qualifiée, d'être interprétée restrictivement. Parfois la loi ressemble à une clause d'irresponsabilité au sein d'un contrat social, c'est pourquoi le juge se permet de l'interpréter en tenant compte de ce que l'équité exige et avec ses mécanismes habituels de pensée applicables à l'ensemble de la responsabilité.

¹⁸¹⁷ En ce sens voir M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994, p. 508.

¹⁸¹⁸ « Subordonner la responsabilité à une faute lourde est la manière préférée du juge administratif pour dire qu'il applique la théorie de l'erreur ». L. RICHER, *op. cit.* p. 156. Cf. *supra* p. 367.

¹⁸¹⁹ Cf. *supra*, p. 376.

§2 Les limitations générales à la réparabilité effective des préjudices maîtrisés par le juge

Bien que le droit administratif soit né de la pratique des prétoires concernant des problèmes de responsabilité civile *a priori* peu différents de ceux soumis aux tribunaux judiciaires, on constate cependant que les exigences du juge de l'administration quant aux caractères du préjudice diffèrent sur des points qui reflètent la particularité des enjeux en présence. Dans l'appréciation qu'il porte sur les conditions de la responsabilité, le juge administratif dispose d'une assez grande liberté par rapport à ce qu'ont pu exiger des textes comme ceux du code civil dont toute responsabilité civile s'inspire indéniablement. Pour le droit public, s'il doit être évidemment effectif et réel (A) ainsi que direct et personnel (B), le préjudice n'a pas en revanche à présenter une condition autonome de légitimité (C).

A) Le caractère certain et effectif du préjudice

La certitude du préjudice doit non seulement s'entendre du point de vue de la constatation objective du dommage causé (1), mais pour apprécier son existence, il faut en outre s'intéresser à l'ensemble des conséquences du fait dommageable afin d'établir son effectivité dans le patrimoine de la victime (2).

1) Le caractère certain du préjudice

C'est une évidence, la justice a toujours besoin de preuves puisqu'elle qualifie des faits. On serait tenté de sous-estimer d'ailleurs l'utilité d'un développement particulier sur ce point, tant le problème est commun et général en droit. Pourtant, les questions de responsabilité soulèvent de délicats problèmes de ce point de vue. La difficulté est particulière dans ce contentieux parce que prouver un préjudice n'est pas toujours faire la preuve d'un fait objectif. Ce n'est, de plus, pas toujours faire la preuve d'un fait présent. On pressent donc qu'il y a là

une opportunité pour les juges selon qu'ils souhaitent ou non indemniser un dommage. Mais, si ce point est un instrument empirique de la politique jurisprudentielle de réparation, il n'est pas laissé à l'arbitraire. En réalité, bon nombre de décisions peuvent trouver une explication logique par l'examen attentif de cette question.

La définition du préjudice certain est simple : « il importe seulement de savoir à quelles conditions l'existence du préjudice est reconnue »¹⁸²⁰. Le préjudice est donc certain ou au contraire seulement éventuel. Mais, lorsqu'il n'est que probable, il appartient au juge d'apprécier si l'on doit tenir le préjudice pour certain ou non. C'est alors le standard de normalité qui est mis en œuvre. Si cela est possible et si le juge le désire, il s'accompagne de l'examen concret de la situation de la victime. Appréciations *in abstracto* et *in concreto* se côtoient donc selon les préjudices invoqués.

Le premier cas où le préjudice n'est par définition que probable est le cas où il est futur. Le juge administratif vérifie avec soin l'existence de tels préjudices lorsqu'ils sont allégués. Nous ne croyons pas, contrairement au professeur Georges MORANGE par exemple¹⁸²¹, qu'en matière d'atteinte à la réputation, la condition de certitude ne soit pas exigée. Certes, on pourrait supposer que ce genre de préjudice s'apprécie *in abstracto*, puisque l'on ne peut connaître les réelles conséquences d'un événement sur les sentiments du public. Mais la lecture de la jurisprudence montre qu'il n'en est rien. Le Conseil d'Etat, comme à son habitude, tient compte de toutes les circonstances d'une affaire pour apprécier ce chef de dommage. Ce sont ses décisions de rejet qui le montrent le mieux. Ainsi, dans une affaire où un fonctionnaire se plaignait d'un rapport d'une inspection interne¹⁸²², il énonce : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que ces appréciations, replacées dans leur contexte et compte tenu de la faible diffusion du rapport dans lequel elles figuraient, n'étaient pas de nature à porter atteinte à la réputation de M. Wagner ».

Ce n'est pas parce que bien souvent il est futur, que le préjudice est incertain. L'impossibilité de le chiffrer ne le rend pas incertain dans son principe¹⁸²³. Il est tout à fait possible pour le juge de déclarer le préjudice réparable et de renvoyer à une expertise où à l'administration le soin de le déterminer dans son étendue¹⁸²⁴. Pour surmonter toute difficulté,

¹⁸²⁰ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, th. Paris, L.G.D.J. 1957, n°402 p. 403.

¹⁸²¹ *Le préjudice moral devant les tribunaux administratifs*, D. 1948, p. 107.

¹⁸²² C.E., 10 fév. 1993, *Wagner*, Rec. tables, p. 1027.

¹⁸²³ R. CHAPUS, th. citée p. 402.

¹⁸²⁴ R. CHAPUS, *ibid.*

le Conseil d'Etat alloue souvent une somme globale avec tous les autres chefs de préjudice tels que les troubles dans les conditions d'existence¹⁸²⁵, le préjudice moral, la perte de salaire et le manque à gagner¹⁸²⁶. Pour apprécier la réparation due, la jurisprudence se fonde sur la qualité du requérant¹⁸²⁷, mais ne peut donner, il est vrai, plus de précision sur les paramètres qu'elle utilise.

La seconde hypothèse de préjudice posant problème concerne la catégorie des préjudices immatériels¹⁸²⁸. Mais, nous avons déjà réfléchi sur le caractère indemnisable du préjudice moral, de celui de perte d'une chance ainsi que des troubles dans les conditions d'existence, et n'y reviendrons pas ici¹⁸²⁹. En revanche, il demeure une hypothèse de dommage dont nous voulons discuter le caractère certain parce qu'elle pose les plus grandes difficultés et illustre à elle seule les difficultés hésitations actuelles du droit. C'est en effet par la question de la certitude que l'on peut fournir l'explication la plus logique de la jurisprudence contemporaine qui restreint l'indemnisation des dommages non corporels subis à l'occasion de la naissance d'un enfant.

Ici comme ailleurs c'est *a priori* l'appréciation *in abstracto* qui gouverne la solution. La naissance d'un enfant est présumée événement heureux par opposition à la disparition d'un proche¹⁸³⁰. Pourtant, le service public hospitalier peut être la cause d'un dommage, lorsqu'en raison d'une faute médicale, une interruption volontaire de grossesse ou une stérilisation contraceptive échouent. Jusqu'à quel point cette position acceptée comme sage par la doctrine doit-elle se maintenir ? C'est la question qu'a dû trancher le Conseil d'Etat dans les années 1980, notamment dans une affaire *demoiselle R*, d'où il ressort qu'il ne saurait être question de préjudice résultant de la naissance non désirée d'un enfant, sauf existence d'une situation

¹⁸²⁵ Cf. supra, p. 198.

¹⁸²⁶ C.E., 27 oct. 1993, *Centre hospitalier André Bouron c/ Mme De Vaucansson*, Lexilaser n°119 132 ; C.E., 19 fév. 1993, *Ville de Levallois-Perret c/ M. Hommage*, Lexilaser n° 115354.

¹⁸²⁷ Par exemple, le voyageur Nouvelles Frontières obtient 100 000 F pour avoir été contraint de faire appel à un autre transporteur que celui initialement prévu, et avoir été contraint de répercuter le surcoût sur sa clientèle : C.E., 3 avr. 1992, *S.A.R.L. Nouvelles Frontières*, Lexilaser n° 88.909.

¹⁸²⁸ Voir J.-M. JOANNES, *Le préjudice immatériel dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, th. dactyl., Paris II, 1998.

¹⁸²⁹ Cf. supra p. 259 et s.

¹⁸³⁰ Cour d'appel de Riom, 6 juil. 1989 : « attendu que si la mort d'une personne à laquelle il se trouve étroitement apparenté entraîne pour un être humain un préjudice moral dont il est admis par les juridictions qu'il ouvre droit à réparation, ce préjudice repose sur une présomption particulièrement forte d'affliction dont il n'est pas alors nécessaire d'apporter spécialement la démonstration ; attendu que la naissance, événement exactement contraire, ne peut être présumé causer à la mère qui a mis l'enfant au monde une profonde affliction dont le retentissement se poursuivra longtemps ; », D. 1990, p. 284 note Le Tourneau.

ou de circonstances particulières susceptibles d'être invoquées par le requérant¹⁸³¹. Telle est la jurisprudence de principe posée par la plus haute formation de l'ordre administratif¹⁸³², partagée par la Cour de cassation¹⁸³³. Mais une divergence dans l'étendue des exceptions existe entre les deux ordres juridictionnels.

La Cour de cassation admet en effet que la naissance d'un enfant gravement handicapé, non empêchée avec succès par l'activité médicale, engendre un préjudice réparable pour les parents¹⁸³⁴. Quant à savoir qu'elle est la part du préjudice moral dans ces affaires cela n'est pas aisé, mais l'important est de relever que son principe est reconnu. Le juge administratif est, quant à lui, plus réticent à admettre cette idée : « que la seule circonstance de la naissance d'un enfant atteint de malformations congénitales survenant après un examen à l'occasion duquel lesdites malformations n'ont pas été décelées n'est pas en elle-même génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir aux parents un droit à réparation par l'établissement hospitalier »¹⁸³⁵. Pourtant le Conseil d'Etat a admis récemment l'existence d'un tel préjudice dans une espèce exactement semblable à celle qu'a eu à trancher la Cour de cassation un an plus tôt¹⁸³⁶. Il indemnise le préjudice subi par les parents du fait d'un handicap non décelé lors de l'examen médical qui avait déterminé leur décision de ne pas recourir à une interruption volontaire de grossesse¹⁸³⁷.

La solution doit être approuvée même si le médecin n'est pas responsable du handicap de l'enfant, il est la cause du fait que les parents ont un enfant handicapé quand ils en auraient eu sans doute un en bonne santé à l'issue d'une autre grossesse, ou n'en aurait eu aucun. Certes on peut opposer à cet argument l'idée que la réelle cause de l'événement c'est la relation des

¹⁸³¹ C.E., A, 2 juil. 1982, *Melle R*, Rec. p. 266 ; A.J.D.A. 1983, p. 206 ; D. 1984, p. 435 note d'Onorio ; Gaz. Pal. 1983, I, 193 note F. Moderne ; R.D.S.S. 1983, p. 95, concl. Pinault.

¹⁸³² Les juges réservent l'hypothèse où un dommage corporel est causé au fœtus par l'intervention médicale elle-même. Ainsi les parents peuvent-ils obtenir réparation des troubles dans les conditions d'existence, des préjudices réfléchis, qu'ils subissent du fait de l'infirmité dont est atteint leur enfant lorsque celle-ci est due à une faute médicale : C.E., 27 sept. 1989, *Dame K*, Rec. p. 176 ; Gaz. Pal. 1990 p. 421 concl. Fornacciari ; D. 1991 p. 80. note Verpeaux. C'est un préjudice réfléchi que de voir son enfant handicapé.

¹⁸³³ Cass 1^{ère} civ., 25 juin 1991, D. 1991, p. 566, note Le Tourneau ; J.C.P. 1992, 21784, note Barbieri ; L.P.A. 27 mai 1992, p. 10, note Massip.

¹⁸³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 26 mars 1996, *Epoux Z c/ Y. et autres*, D. 1997, p. 36. En l'espèce, le dommage résulte du simple manquement à l'obligation d'information sur le taux exact de fiabilité d'une amniocentèse destinée à déceler en particulier la trisomie. Compte tenu de l'âge de la mère, celle-ci craignait l'anomalie et avait l'intention non équivoque de l'éviter.

¹⁸³⁵ T.A., Strasbourg, 17 juil. 1990, *Epoux S. c. Hôpital Notre-Dame de Bon-Secours*, A.J.D.A. 1991, p. 217 note G. Darcy.

¹⁸³⁶ A une différence prêt dont on ne sait la portée. Il s'agissait cette fois de rubéole et non plus de trisomie, or, la première eut pu être évitée car elle est une agression extérieure, tandis que la seconde pathologie est le résultat d'une prédétermination génétique.

¹⁸³⁷ C.E., Sect., 14 fév. 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c/ Quarrez*, Rec. p. 44 ; D.A. 1997 n°4 p.28 ; Gaz. Pal. 1997 ; R.F.D.A. 1997 p. 375 concl. Pécresse ; Voir pour une application fidèle : C.A.A., Nantes, 8 juil. 1999, *Centre hospitalier du Havre*, N°97NT00486.

parents¹⁸³⁸. C'est ce que n'ont pas hésité à avancer quelques juges judiciaires, pour la raison que la procréation est une des lois naturelles de l'espèce humaine¹⁸³⁹. Semblables propos ne se tiendraient pas devant la juridiction administrative pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le lien de causalité n'est pas apprécié de manière sévère en matière de responsabilité médicale publique¹⁸⁴⁰. Par ailleurs, le droit administratif tend à donner une valeur effective au principe selon lequel les époux ont droit à une vie familiale normale ce qui empêche que l'on puisse leur reprocher d'entretenir des rapports sexuels¹⁸⁴¹.

Cependant, l'exception posée par la jurisprudence *demoiselle R*, ne semble pas encore pour longtemps cantonnée à cette hypothèse du handicap. On peut en effet penser que la naissance d'un enfant normal peut-être pour une mère source d'un préjudice moral réparable si celui-ci est exceptionnellement grave et certain. Vient à l'esprit l'hypothèse du viol déjà évoquée par certains tribunaux judiciaires¹⁸⁴², mais aussi le cas d'un traumatisme psychologique particulièrement grave qui entraînerait un état dépressif profond et dangereux pour la vie de la mère¹⁸⁴³. C'est ce que l'on peut imaginer à la lecture d'un jugement du tribunal administratif de Strasbourg qui a rejeté une telle action à raison de l'insuffisance des preuves du préjudice allégué¹⁸⁴⁴. La requérante en effet ne produisait que des certificats de médecins généralistes, mais il aurait pu en être autrement si son état avait été l'objet de soins psychothérapeutiques attestés par des médecins spécialisés¹⁸⁴⁵.

Il n'est pas innocent que cette jurisprudence soit identique en droit privé et en droit public. A la vérité cela est normal, car c'est le principe de vie qui commande cette solution. Une mère ne peut obtenir réparation des charges financières et des gênes psychologiques que lui cause une naissance non désirée, parce que ce sont des dommages inhérents à toute vie. Il

¹⁸³⁸ En ce sens, Ph. LE TOURNEAU, note précitée sous cour appel Riom, D. 1990. p.288.

¹⁸³⁹ T.G.I. Le Mans, 22 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984,1, somm. p. 121 ; T.G.I. Bobigny, 15 déc. 1976, D. 1977, p. 245, note Le Tourneau.

¹⁸⁴⁰ Cf. infra p. 513.

¹⁸⁴¹ Ainsi est-il admis que les époux n'ont pas à prendre de précautions particulières dans leur relation charnelle, de sorte qu'en cas de contamination virale à l'origine de laquelle figure un établissement public, ce dernier est considéré comme la cause du dommage : T.A. Paris, 20 déc. 1990, *M. et Mme B*, R.F.D.A. 1992 p. 545

¹⁸⁴² Cour d'appel de Riom, 6 juil. 1989, précité.

¹⁸⁴³ Dans une certaine mesure un traumatisme excessif peut encore être imputé à des prédispositions particulières à la victime. Et l'on peut considérer que la vraie cause du dommage est alors l'extraordinaire émotivité pour ne pas dire le très grand égoïsme de la requérante, à moins que cela soit sa grande ignorance de l'évidence que la procréation est une loi de la nature humaine, *dixit* T.G.I. Le Mans. Le civiliste pourra dire que selon les magistrats il est illégitime pour les parents de se prévaloir d'un désir de ne pas avoir d'enfant dès lors qu'ils consomment leur union.

¹⁸⁴⁴ T.A., Strasbourg, 21 avril 1994, *Madame M c./ Hospices civils de Colmar.*, R.D.P. 1994, p. 1837, concl. Martinez.

¹⁸⁴⁵ Dans le même sens, la cour d'appel de Riom avait relevé « qu'il appartient à Melle X. d'établir l'existence d'un traumatisme moral résultant de cette naissance, qu'elle n'apporte à cet égard aucune preuve que cet événement, présumé heureux, ait été pour elle la cause d'une souffrance morale certaine ».

ne peut en aller autrement que si cette naissance atteint si grandement la mère qu'il y a pour sa propre vie danger au sens large. Que des parents soient conduits à vivre dans une misère absolue du fait de la naissance d'un ou de plusieurs enfants paraît exclu dans l'Etat-providence. En effet, les prestations sociales que l'on y sert répondent à l'obligation parentale d'entretenir et d'éduquer l'enfant, dommage qui ne sera donc pas réparable lorsque l'enfant naît normal¹⁸⁴⁶. En tout état de cause, certains tribunaux ont même été jusqu'à faire remarquer que la mère a toujours la possibilité d'abandonner aux instances sociales l'enfant qu'elle ne peut ou ne veut pas garder¹⁸⁴⁷.

Si le droit appréhende aujourd'hui relativement bien la question du préjudice infligé aux parents, il en va autrement de celui subi par l'enfant. Celui-ci peut-il reprocher son handicap à quiconque ? Au médecin assurément, dès lors qu'une faute de celui-ci est à l'origine de la mutilation subie par le fœtus¹⁸⁴⁸. Mais, dans le cas où la faute médicale a consisté en une erreur de diagnostic de la malformation congénitale ayant privé les parents de la possibilité de faire interrompre la grossesse, l'action de l'enfant vise à la réparation du préjudice lié au fait d'être né. Il s'agit d'une action en *wrongful life*¹⁸⁴⁹. Le Conseil d'Etat rejette pour l'instant ce type de demande. Par exemple, il annule l'arrêt de la cour administrative d'appel qui a retenu un lien de causalité direct entre l'absence de fiabilité d'un diagnostic prénatal et le préjudice subi par l'enfant né trisomique¹⁸⁵⁰. Cependant, il ne marque pas d'opposition solennelle au principe même de cette action, il n'en a pas vraiment eu l'occasion¹⁸⁵¹. La Cour de cassation quant à elle, ne se pose pas en gardienne de la moralité dans ce domaine puisque, dans une affaire identique à celles dont peut connaître le Conseil d'Etat, elle a accepté d'indemniser un enfant pour les graves séquelles dont il était atteint à la suite d'une rubéole intra-utérine non diagnostiquée, ce qui avait empêché le recours à l'I.V.G.¹⁸⁵².

C'est en se replaçant sur le plan juridique que l'on résoudra la contradiction de jurisprudence. Nous ne voyons pas d'obstacle absolu quant à considérer que le simple fait

¹⁸⁴⁶ T.A. Strasbourg, 21 avril 1994, *Madame M c/ Hospices civils de Colmar*. Précité.

¹⁸⁴⁷ Cour d'appel Riom, précité. Pour notre part nous trouvons cet argument choquant. Voudrait-on ajouter au traumatisme d'une naissance non désirée celui d'un abandon culpabilisant ?

¹⁸⁴⁸ C.E., 27 sept. 1989, *Dame K*, précité.

¹⁸⁴⁹ Expression anglophone désignant l'idée plaidée devant les tribunaux nord américains selon laquelle la vie peut ne pas être supportable et constituer un préjudice.

¹⁸⁵⁰ C.E., Sect., 14 fév. 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c/ Quarrez*, précité.

¹⁸⁵¹ Notons que dans l'affaire *K*, le préjudice de l'enfant mutilé par la tentative d'I.V.G. fut indemnisé au titre de troubles dans les conditions d'existence qui pourraient bien comprendre un préjudice moral indéterminé.

¹⁸⁵² Cass. 1^{ère} civ., 26 mars 1996, *Epoux Z c/ Y et autres*, D. 1997, p. 36, précité.

d'être né puisse constituer un préjudice parce qu'il est objectivement impossible de dire si le fait d'être né est une chance ou une malchance¹⁸⁵³. En revanche, il nous paraît très prématuré de déterminer les causes du préjudice allégué. En effet, la faute médicale n'est qu'une cause parmi d'autres beaucoup plus efficientes. L'échec de l'I.V.G. est en tout cas la moins adéquate des causes puisque c'est un acte qui, au contraire, tente d'infléchir cette causalité¹⁸⁵⁴. Il y a tout d'abord la rencontre des parents, mais qui ne peut être retenue comme une faute. La vérité n'est-elle pas que voilà un événement dont on ne connaît pas la cause¹⁸⁵⁵ ?

En admettant que le droit choisisse une cause qui désigne un responsable, il ne peut accueillir la demande contraire à ses objectifs permanents, la préservation et le progrès de la vie. La seule naissance n'est donc pas un préjudice que l'on peut compenser. C'est de toute façon un dommage non anormal, non spécial, car nous en souffrons tous un jour ou l'autre sans pouvoir invoquer la moindre « perte de chance » qui, elle, constitue un préjudice certain¹⁸⁵⁶.

2) Le caractère effectif du préjudice

Une fois qu'un dommage est établi comme certain, il peut advenir qu'au moment de l'évaluer, sa consistance soit réduite par la prise en compte des compensations que la victime aura trouvées par elle-même ou par les avantages que le fait dommageable lui aura par ailleurs procurés. Ce ne sont pas à proprement parler des déductions qui sont réalisées par le juge, il s'agit plutôt du résultat de l'appréciation *in concreto* des conséquences dommageables du fait administratif.

Il se peut tout d'abord que le fait dommageable ait amélioré la situation des biens du requérant. Parfois le préjudice ne se trouve que réduit par l'avantage corrélatif au

¹⁸⁵³ Cour d'appel Bordeaux, 26 janv. 1995, J.C.P. 1995,IV,1568.

¹⁸⁵⁴ Reconnaître l'échec de l'I.V.G. comme une cause fautive du préjudice, c'est conforter l'idée que l'avortement est un droit. Beaucoup de juristes y voient au contraire une simple tolérance légale dans la mesure où la loi dépénalise l'avortement à titre exceptionnel dans des cas limités. La loi du 17 janv. 1975 semble refléter l'opinion populaire selon laquelle toutes les vies ne valent pas d'être vécues, le principe demeure en effet le non avortement, mais la dérogation est bien en droit lorsqu'elle est admise.

¹⁸⁵⁵ Dans certaines cultures on dira que l'enfant s'est infligé cette vie en choisissant sa réincarnation.

¹⁸⁵⁶ La question de la perte de chance entre bien dans la problématique de la certitude du préjudice mais nous ne l'évoquons pas plus ici puisque nous en avons déjà livré l'essentiel. Cf. supra p. 242. Par ailleurs, cette notion est désormais bien maîtrisée par le juge administratif depuis qu'il l'utilise en matière de responsabilité médicale. Voir F. SALLET, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, Travaux et Recherches Panthéon-Assas, L.G.D.J. 1994.

dommage¹⁸⁵⁷, mais bien souvent il disparaît totalement, et la demande est alors entièrement rejetée. Ainsi, le propriétaire d'une concession funéraire ne peut se plaindre de travaux d'aménagement qui, loin d'avoir causé des dommages aux monuments funéraires, ont au contraire amélioré les conditions d'écoulement des eaux¹⁸⁵⁸. Ces arrêts peuvent s'expliquer par l'idée que la plus-value qu'a engendré en même temps le fait dommageable constitue une sorte de réparation en nature¹⁸⁵⁹.

Mais, le Conseil d'Etat a fait de temps à autre un usage abusif de ces considérations en réalisant un « bilan » trop défavorable à la victime. Par exemple, selon le Conseil d'Etat, une personne nommée chef de la Musique de l'Air à la suite d'un concours qui a été annulé ultérieurement, ne subit aucun préjudice indemnisable dès lors que l'annulation a été prononcée pour une rupture d'égalité au profit du requérant qui a occupé irrégulièrement les fonctions pendant six ans¹⁸⁶⁰. Cette position paraît sévère quand on sait que dans un semblable cas le requérant peut invoquer la perte d'une chance de demeurer en sa fonction. Contre l'avis de son commissaire du gouvernement, la Haute Juridiction a de même dénié l'existence d'un préjudice pour un agent affecté à un emploi normalement occupé par des agents titularisés dans le grade supérieur, l'agent ayant pourtant accompli un service plus difficile sans supplément de traitement¹⁸⁶¹. Pour le juge, l'occupation d'un emploi supérieur est présumée avantageuse car plus intéressante; il fixe ici les limites de son appréciation *in concreto*.

Moins arbitraires apparaissent les solutions dans lesquelles sont examinées les compensations que la victime aura trouvées depuis la survenance de son dommage. Lorsqu'un agent public aura été illégalement écarté de son service, son préjudice sera réduit par les gains qu'il aura pu réaliser pendant sa période d'éviction¹⁸⁶². Il est tenu compte par exemple des aides sociales perçues par la victime¹⁸⁶³, des avantages en nature procurés par la collectivité responsable¹⁸⁶⁴. En somme, le temps joue à court et moyen terme en faveur de

¹⁸⁵⁷ T.A., Lyon, 12 mai 1976, *Dame Jullien de Pommerol*, Rec. p. 641. - C.E., Sect., 28 fév. 1988, *Entreprise Blondet c/ ville de d'Aix-les-Bains*, Rec. p. 55. - C.E., 5 oct. 1988, *S.C.I. Les trois Roses*, Rec. p. 327.

¹⁸⁵⁸ C.E., 24 avr. 1929, *ville de Vire*, Rec. p. 421.

¹⁸⁵⁹ En ce sens, L. RICHER, Répertoire Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, *Préjudice réparable* n°308. Ceci est d'autant plus vrai lorsque la plus-value est de même nature que le dommage contesté. Ainsi, il n'y a pas de préjudice indemnisable dans le cas où des travaux entraînent en même temps la suppression d'un accès et l'aménagement d'un nouvel accès à un immeuble : C.E., 3 juin 1910, *Laporte c/commune de Puteaux*, Rec. p. 440. Même solution lorsqu'un envasement est compensé par une augmentation du volume d'eau : C.E., 12 janv. 1983, *Soc. « Chocolaterie de l'Essone »*, R.D.P. 1984, p. 854.

¹⁸⁶⁰ C.E., 8 janv. 1965, *Liesenfelt*, Rec. p. 14.

¹⁸⁶¹ C.E., Sect. 25 fév. 1977, *Loyer*, A.J.D.A. 1977, p. 544, concl. Guillaume.

¹⁸⁶² C.E., 7 avr. 1933, *Deberles*, Rec. p. 439.

¹⁸⁶³ C.E., 6 mai 1988, *Hôpital Marie-Madeleine de Forbach*, Rec. tables p. 1019.

¹⁸⁶⁴ C.A.A., Paris, 11 mai 1993, *Ministre de l'intérieur c/ Mme Idoux*, Rec. tables p. 1033.

l'administration. Une victime dont la demande préalable en réparation a été rejetée cherchera naturellement d'autres compensations. Ce qui apparaît choquant dans cette rigueur toute juridique, c'est que, par ailleurs, la victime a l'obligation d'accomplir toute diligence pour que son préjudice soit le plus atténué possible. Si une impéritie lui est imputable, son préjudice pourra être partiellement considéré comme non directement lié au fait dommageable. Si la victime subit une perte par suite des retards qu'elle met à remédier aux conséquences de son dommage, elle n'en sera pas indemnisée par l'auteur du dommage initial¹⁸⁶⁵, et cela même si elle ne possède pas les fonds car elle doit se procurer ceux-ci, le cas échéant par un emprunt, à moins qu'elle ne se soit heurtée à des difficultés insurmontables¹⁸⁶⁶. Alors les affres des démarches administratives et financières ainsi que les soucis de travaux éventuels s'ajoutent pour la victime à son dommage initial. Certes, l'administration ne sera pas gagnante au final car elle supportera le coût des frais supplémentaires exposés par la victime, mais *quid* des tracas et peines en tout genre sur fond de vague espoir de gain en justice ? Il faut des justifications puissantes pour expliquer cela au commun des administrés. Evoquera-t-on encore la présomption de légalité des actes administratifs ? Lorsque la pratique ne corrobore pas la théorie, il faut avancer de meilleurs arguments. La victime a l'obligation de réparer son dommage elle-même si elle le peut parce que cela est utile à la collectivité. Pour la même raison qu'elle ne devrait pas utiliser ses indemnités pour autre chose que la restauration de ce qui a été détruit, elle doit agir au plus vite. La puissance publique accepte sa responsabilité à condition qu'elle serve l'intérêt général, ici l'économie, l'emploi, la richesse nationale. Mais, quoique ces règles puissent étonner, elles ne sont pas d'un enjeu pratique très important car elles ne font généralement que réduire le montant des dommages et intérêts alloués aux victimes, contrairement à la condition de caractère direct du préjudice qui, de son côté, provoque très souvent le rejet complet des demandes en réparation.

¹⁸⁶⁵ C.E., 10 déc. 1913, *Cie générale des eaux*, Rec. p. 1224.

B) Le caractère direct et personnel du préjudice

Pour qu'il y ait responsabilité, il faut évidemment que le dommage dont il est demandé réparation soit le résultat du fait dommageable, en sus de la question de savoir si le fait dommageable peut être attribué à un responsable¹⁸⁶⁷. Ainsi, étant entendu qu'un fait illicite a été commis, l'analyse de la question classique du lien de causalité conduit à la recherche du patrimoine sur lequel s'imputera la responsabilité, mais en outre la recherche du caractère direct des préjudices subis permettra d'identifier les victimes qui peuvent prétendre à une indemnisation¹⁸⁶⁸. La jurisprudence administrative distingue bien le problème du caractère direct du préjudice réparable et celui du lien d'imputation des dommages à l'administration et pour elle les deux exigences sont cumulatives (1). Cette règle pourrait donc sembler sévère, néanmoins elle nous paraît totalement justifiée au regard de la théorie générale construite autour de l'idée d'une socialisation contractualiste des risques impliquant certaines rigueurs en contrepartie d'une large responsabilité. Du reste, il s'avère à l'examen attentif de la jurisprudence que la sévérité du juge varie sur ces points en raison des fonctions que la responsabilité administrative doit remplir. Ainsi, un certain empirisme empreint l'exigence du caractère direct du dommage causé qui est appréciée de manière plus ou moins souple (2) et encore atténuée par certaines exceptions à l'exigence complémentaire du caractère personnel du préjudice (3).

¹⁸⁶⁶ C.E., 21 juil. 1970, *Rinaudo*, tables, p. 1205.

¹⁸⁶⁷ Cette seconde question sera approfondie au stade de l'examen théorique de l'imputabilité du fait dommageable à un responsable. Cf. *infra* chapitre 2, p. 481 et s. Ce rattachement ne se fait pas toujours en considération de la causalité, comme par exemple dans les hypothèses de garantie sociale. C'est pourquoi on emploie la locution « imputabilité juridique » pour désigner la détermination du responsable. Voir M. DEGUERGUE, *Causalité et imputabilité*, J.-Cl. Ad., fasc. 830.

¹⁸⁶⁸ Bien entendu la plupart du temps, la réponse aux deux questions résulte d'un même raisonnement. En ce sens, Ph. TERNEYRE nie toute autonomie à l'exigence d'un caractère direct du dommage subi : *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica 1989, p. 173.

1) Justification de l'autonomie de cette exigence cumulative par rapport au problème général de l'imputabilité

C'est une particularité de la plupart des ouvrages de droit civil comme de droit administratif dédiés au thème de la responsabilité d'aborder le problème de la causalité en deux passages différents. Mais cela tient en réalité à un choix de présentation car la causalité est un outil de détermination des responsabilités qui peut jouer en deux points que les auteurs peuvent choisir de traiter en un seul temps ou bien en deux.

Si la jurisprudence administrative distingue bien les deux, c'est certainement par souci pédagogique à l'encontre des administrés et des administrations afin de bien signifier la sévérité dominant la question de l'indemnisation effective des dommages en droit administratif, souci justifié par l'existence corrélatrice d'une grande souplesse de la condition d'imputabilité des faits dommageables à la puissance publique¹⁸⁶⁹.

Cette recherche superfétatoire d'un certain point de vue, est fort intéressante en droit public. Cette causalité là est bien utile pour le juge administratif car elle ne permet d'aller que dans un même sens. Le commissaire du gouvernement KAHN¹⁸⁷⁰ a d'ailleurs livré les subtilités de l'usage prétorien en ces mots : « La théorie du dommage direct [...] interdit de descendre la chaîne des conséquences, mais non de remonter le fil des responsabilités ». Or, c'est bien une particularité du droit administratif que de chercher pour la victime un responsable solvable, tout en évitant soigneusement de multiplier les victimes réclamantes et les dommages réparables. « Entre la responsabilité et les dommages en effet la relation n'est pas réversible car il s'agit de faits de nature différente. Les dommages se succèdent suivant une causalité naturelle qu'il suffit d'observer, alors que la détermination des responsabilités procède d'un choix. Elle est le produit d'un jugement ».

Juger qu'un dommage est direct ou non n'a en effet pas toujours la même portée que juger si un fait a été la cause adéquate directe d'un dommage¹⁸⁷¹. Si le caractère direct de la cause est douteux, c'est alors tout l'enchaînement des dommages qui sombre, ainsi que les droits y afférents, car il est établi que le dommage premier est dû à une cause étrangère. La théorie du dommage indirect, sert, quant à elle, simplement à limiter de manière moins brutale la cascade des actions en responsabilité, elle ne se confond pas avec la théorie de la cause

¹⁸⁶⁹ L'exigence du caractère direct des préjudices pourrait être un contrepois entre autre à la théorie de la faute de service des agents engageant la responsabilité de l'administration.

¹⁸⁷⁰ Concl. sur *Jeannier* précitée.

¹⁸⁷¹ C.-A. COLLIARD, op. cit., p. 47 note 43.

étrangère, sauf à considérer que le premier dommage est une cause étrangère intermédiaire entre le fait initial et le dommage réfléchi, conception que n'adoptent pas les tribunaux. L'appréciation du lien de causalité est plus complète en ce qu'elle doit aussi porter sur l'imputabilité du fait dommageable au défendeur en responsabilité¹⁸⁷².

2) *Le caractère direct du préjudice*

Il est parfois si difficile de dire ce qu'est un préjudice direct, que P. DUEZ avait conclu sur la question que la jurisprudence fait une application souvent négative de cette exigence¹⁸⁷³. Elle paraît préférer exclure le dommage indirect que définir ce qu'elle entend par son contraire. On doit considérer qu'un préjudice n'est pas assez directement lié au fait de l'auteur d'un dommage initial lorsque la causalité entre eux est si distendue qu'elle en devient insuffisante pour le juge, les arrêts évoquent alors des « dommages indirects ».

Le débat sur l'impossibilité de réparer le dommage indirect est tronqué. Si le Président ODENT admettait que sur ce point règne « une part d'arbitraire »¹⁸⁷⁴, Jacques MOREAU regrettait que « la question du préjudice indirect ressemble quelque peu, en doctrine, à la quadrature du cercle »¹⁸⁷⁵. Pour être indemnisable, il faut que le fait où l'acte administratif ait été la cause immédiate du dommage et « non pas seulement l'occasion »¹⁸⁷⁶, nous dit TEISSIER¹⁸⁷⁷. Le principe est ancien mais il n'est pas si strict qu'il y paraît. Par exemple, en matière de dommages de travaux publics, il a très tôt été reconnu que le contact effectif entre le fait dommageable et sa conséquence n'était pas nécessaire¹⁸⁷⁸. Il faut donc entendre que le préjudice demeure direct tant qu'une autre cause intermédiaire ne s'interpose pas. C'est là que la pratique juridictionnelle prend quelques latitudes avec la théorie. Ainsi rencontre-t-on de curieuses décisions du juge administratif. Par exemple, celle du Conseil d'Etat qui considéra que si un ouvrage public avait fait fuir des poissons, c'est parce que ceux-ci étaient méfiants,

¹⁸⁷² C. GUETTIER, op. cit., p. 156, note 151.

¹⁸⁷³ P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, 2ème édition 1938, p. 105.

¹⁸⁷⁴ *Contentieux administratif*, 1971 p. 1186, 1978, Fasc. 4, p. 1509.

¹⁸⁷⁵ A.J.D.A. 1966, p. 129.

¹⁸⁷⁶ « L'occasion est un fait qui permet à un autre événement de se produire mais ne l'entraîne pas inévitablement ; tout au plus crée-t-il un climat favorable ». C.-A. COLLIARD op. cit., p. 26.

¹⁸⁷⁷ Article responsabilité au Répertoire Béquet de Droit administratif, 1906, tome 23, n° 212, p. 265.

¹⁸⁷⁸ C.E., 19 janv. 1850, *Commune de Chigny*, Rec. p. 65, particulièrement net d'après C.-A. COLLIARD, op. cit. p. 23.S

le préjudice était donc indirect¹⁸⁷⁹. Sur la base de cette illustration on peut affiner la systématisation théorique en relevant avec C.-A. COLLIARD : « est indirect le dommage qui n'est pas la conséquence inévitable du fait administratif considéré »¹⁸⁸⁰.

Malgré ces précisions, le caractère direct du dommage est susceptible d'appréciations très différentes selon la sensibilité des affaires de responsabilité, si bien que les exceptions à la règle sont fréquentes¹⁸⁸¹. Certaines sont ponctuelles, difficilement explicables et prévisibles, ce sont les plus rares. Ainsi en est-il du dommage subi par une usine à la suite d'un court-circuit dans un transformateur, consécutif à la rupture d'un câble par un coup de pioche d'un ouvrier¹⁸⁸², ou encore de la malformation causée à un enfant par la rubéole contractée par sa mère institutrice en cours de grossesse¹⁸⁸³, ou enfin des détériorations causées à une salle de cinéma par un goudron fraîchement épandue sur la voie publique et dans lequel avaient marché des spectateurs¹⁸⁸⁴.

Mais la grande majorité des exceptions correspond à des cas types de responsabilité administrative. On peut en relever les hypothèses importantes. La plus fréquente est l'hypothèse du cumul de fautes personnelles et de service, ou le cas de la faute personnelle non dépourvue de tout lien de causalité avec le service¹⁸⁸⁵. Nous songeons en général à tous les cas où le dommage réparé trouve sa cause première dans un fait autre que la faute du service. Ainsi, tout aussi dérogoratoire à l'exigence du dommage direct est la responsabilité de la puissance publique pour les situations dangereuses qu'elle crée par l'usage de méthodes de rééducation ou de surveillance. Il peut s'agir de la responsabilité pour risque des personnes dont l'administration a la charge et qui causent des dommages après avoir quitté la surveillance administrative.

Indépendamment des méthodes à risque utilisées par la puissance publique, l'exigence du caractère direct s'estompe dans tous les cas de responsabilité administrative à raison d'un contrôle négligent sur un organisme¹⁸⁸⁶, ou d'une tutelle défailante exercée sur une

¹⁸⁷⁹ C.E., 30 déc. 1842, *De Gallitet*, Rec. p. 563.

¹⁸⁸⁰ Op. précité, p. 27.

¹⁸⁸¹ Constats établis par les auteurs d'articles de fond sur la question : J.-P. TAUGOURDEAU, *Le caractère direct et certain du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, A.J.D.A. 1974, p. 508 ; P. VIALLE, *Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative*, R.D.P. 1974, p. 1243.

¹⁸⁸² C.E., 25 fév. 1972, *Cie générale de travaux hydrauliques*, Rec. p. 168.

¹⁸⁸³ C.E., A., 6 nov. 1968, *Min. de l'Education nationale c/dame Saulze*, Rec. p. 550.

¹⁸⁸⁴ C.E., 7 mars 1969, *Société des établissements Lassailly et Bichebois*, Rec. p. 148 ; R.D.P. 1969, p. 957, concl. Guillaume.

¹⁸⁸⁵ Voir infra p. 490.

¹⁸⁸⁶ C.E., 29 mars 1946, *Caisse départementale de Meurthe et Moselle*, R.D.P. 1947, p. 490. - T.C., 12 déc. 1955, *Thomasson*, A.J.D.A. 1956, II, p. 108 ; J.C.P. 1959, II, 9198 concl. Lemoine.

collectivité. De même, on doit signaler les cas, moins fréquents en pratique, des autorisations délivrées à la légère à des administrés, ainsi d'une autorisation de détention d'armes¹⁸⁸⁷. Il est patent ici que la responsabilité de la puissance publique est bien sûr une garantie pour la victime, mais c'est aussi l'idée de sanction qui est confirmée.

Enfin du côté des conséquences du fait générateur de dommages, le caractère direct du lien est aussi parfois malmené lorsque l'on indemnise des préjudices réfléchis. C'est le cas chaque fois que l'on indemnise les troubles dans les conditions d'existence des proches de la victime directe¹⁸⁸⁸, et plus généralement parce que ces dommages sont appréciés *in concreto*¹⁸⁸⁹, ou dépendent dans une large mesure de la sensibilité particulière de la victime¹⁸⁹⁰.

A l'inverse, le préjudice direct est dans certains domaines étroitement entendu. Ainsi en est-il en matière fiscale. Les fautes des services fiscaux au stade d'un recouvrement brutal et parfois aveugle peuvent avoir des conséquences catastrophiques pour des entreprises ruinées par les poursuites injustifiées. Dans ce cas, évidemment le dommage est pour la personne morale un préjudice direct. En revanche, les directeurs des sociétés détruites, ainsi que les employés sans ressources peuvent voir leurs demandes en indemnisation rejetées au motif que le dommage trouve sa source dans les liens juridiques qui les unissent à l'entreprise et non directement dans les décisions de l'administration¹⁸⁹¹. Toutefois, la Haute juridiction administrative amorce là aussi un infléchissement de sa position puisqu'elle admet désormais le caractère direct du préjudice subi par le principal actionnaire et dirigeant d'une entreprise du fait des fautes commises par l'administration dans le cadre du contrôle fiscal de sa société¹⁸⁹². Mais cet arrêt ne remet pas en cause la règle stricte de l'exigence d'un lien direct de causalité en matière fiscale, comme l'a rappelé ultérieurement la Section du Contentieux du Conseil d'Etat¹⁸⁹³. Il en va de même pour le préjudice subi par le créancier d'un

¹⁸⁸⁷ T.A., 24 mars 1965, *Dame Montreel*, A.J.D.A. 1966, p. 128, note J. Moreau.

¹⁸⁸⁸ Cf. supra p.198.

¹⁸⁸⁹ C.E., 29 nov. 1967, *Ministre des Affaires sociales c/ Consorts Blanchard*, R.D.P. 1968 p. 680, note de Soto.

¹⁸⁹⁰ Cette sensibilité peut s'entendre aussi d'une prédisposition physique, ainsi doit-on réparer le dommage « en admettant même qu'un état pathologique préexistant [...] ait été de nature à aggraver les conséquences » de la maladie: C.E., 11 mars 1965, *Bouzin*, Rec. p. 210. La jurisprudence antérieure exigeait parfois que la maladie soit exclusivement imputable à l'accomplissement du service: C.E., 23 mai 1955, *Pardon, Desmairès et Deyts*, Rec. p. 292.

¹⁸⁹¹ C.E., 11 juil. 1984, *Société industrielle X*, Droit fiscal, 1984, n°43,1868, p. 1288. Solution maintenue pendant de nombreuses années malgré les assouplissements réalisés par la jurisprudence *Bourgeois*. Voir C.A.A., Paris, 21 nov. 1995, *SA Rallye Opéra*, D. 1997, p.64, note Y. Brard.

¹⁸⁹² C.E., 16 juin 1999, *Tripot*, R.J.F. 8-9/99 n°1049, p. 602, chron. E. Mignon.

¹⁸⁹³ C.E., Sect. 19 nov. 1999, *Ministre délégué au Budget c/SARL « Occases »*, N°184318.

contribuable illégalement appauvri en raison du caractère indirect du préjudice¹⁸⁹⁴. De même, le Conseil d'Etat estime que la négligence du contribuable le plaçant dans une situation de taxation d'office est une faute, un fait intermédiaire qui empêchera que l'on reproche ensuite des erreurs grossières de liquidation de l'impôt¹⁸⁹⁵.

La même rigueur a déjà été relevée pour le préjudice né de l'impossibilité de réaliser un projet suite à un refus illégal d'autorisation suivi d'un changement « fortuit »¹⁸⁹⁶ de réglementation comportant une servitude nouvelle¹⁸⁹⁷. Evidemment, au sens strict de la causalité adéquate, c'est le changement de réglementation qui est la cause du dommage, mais il demeure que, sans le refus illégal d'autorisation, la victime se voit conférer un droit acquis protégeant la réalisation de son projet. Le refus est une condition *sine qua non* du dommage final.

Quelles sont les considérations qui guident les choix prétoriens entre causalité adéquate et équivalence des conditions dans l'appréciation du caractère direct du préjudice ? Chaque espèce soumise au tribunal recèle sa part de sentimentalité qui tente l'empirisme des juges mais il demeure des constantes. La systématisation est possible si l'on observe que le juge est plus souple dans l'admission du rapport de causalité en cas de dommages corporels. Par exemple, en cas de maladies causées par des travaux publics ayant rendu des eaux fiévreuses, insalubres, l'administration a beau démontrer que le dommage est indirect parce que les occupants des maisons contaminées pouvaient momentanément quitter leur habitat, rien n'y fait, les dommages sont indemnisés¹⁸⁹⁸. Le droit de propriété, immobilier, jouit aussi d'un statut particulier dans l'appréciation du caractère direct du dommage. Le refus illégal de transférer un permis de construire engage la responsabilité de l'administration lorsqu'une vente échoue de ce fait¹⁸⁹⁹. Ce sont là des dommages dont l'indemnisation est prioritaire dans l'esprit du droit. C'est d'ailleurs pourquoi, si l'on examine les hypothèses dans lesquelles le caractère direct du dommage n'est pas exigé, on trouvera très souvent les cas de responsabilité

¹⁸⁹⁴ C.E., 8 août 1990, *Société Homecare*, Rec. tables, p. 978.

¹⁸⁹⁵ C.E., 8 juil. 1988, *Brulet*, Rec. p. 279.

¹⁸⁹⁶ Dans l'hypothèse où le changement de réglementation est volontairement destiné à faire échec au projet, il y a détournement de pouvoir, l'acte peut être annulé : C.E., 11 déc. 1985, *Commune de Ferney-Voltaire*, R.F.D.A. 1986, p. 475.

¹⁸⁹⁷ Par exemple, la demande en indemnité de la personne qui, suite à un refus illégal de permis, n'avait plus été autorisée à ouvrir une boucherie, l'immeuble ayant été entre-temps inscrit à l'inventaire des monuments historiques : C.E., 25 janv. 1978, *M.A.T.E.L.T. et Soc. Pavita*, D. 1979, p. 143, note F. Moderne.

¹⁸⁹⁸ C.E., 29 mars 1855, *Cie des chemins de fer*, Rec. p. 258 ; C.E., 4 avr. 1861, *Ayme*, Rec. p. 249 ; C.E., 1^{er} juin 1906, *Dame Mont d'Eoux*, Rec. p. 526.

¹⁸⁹⁹ C.E., 8 nov. 1989, *Degouy*, Rec. p. 228.

sans faute. La faute étant la traduction d'une recherche de causalité adéquate, il est logique que soit possible en son absence l'usage de la théorie selon laquelle chacune des causes d'un dommage le crée intégralement. En revanche, de ce point de vue, la réparation ne sera plus aussi bien assurée si les préjudices ne sont pas personnels, car il est plus délicat dans ce dernier cas d'établir la lésion d'un droit particulièrement protégé.

3) *Le caractère personnel du préjudice*

On peut relativiser le caractère direct du préjudice chaque fois que le requérant n'a pas subi un préjudice personnel. Certes, il s'agit pour le droit de délimiter par ces deux moyens le cercle des personnes pouvant réclamer réparation d'un fait administratif, mais les deux idées ne se confondent pas. Un préjudice personnel n'est pas forcément direct dans la mesure où il est peut être conditionné par l'existence d'un préjudice plus immédiatement subi par un autre sujet de droit. En revanche, un préjudice direct est forcément personnel car il nous semble que la notion même de préjudice implique nécessairement le ressenti par une personne. L'examen de cette question pose deux problèmes : celui de la possibilité pour les personnes morales d'agir comme victime dans le contentieux de la responsabilité, et celui du dommage par ricochet subi par l'entourage des victimes immédiates de l'administration et par les ayants droit.

Les droits personnels des groupements en droit administratif ne font pas l'objet d'un traitement particulier par rapport au droit commun de la responsabilité civile¹⁹⁰⁰. Concernant la demande en réparation d'un dommage subi par le patrimoine social, il n'y a évidemment aucune difficulté¹⁹⁰¹, car c'est aussi le patrimoine des associés qui est lésé puisque l'appauvrissement du groupement est susceptible d'avoir des répercussions sur le patrimoine de ses membres. Le développement du droit des associations et des syndicats pour la défense des intérêts collectifs appelle en revanche quelques remarques. On sait depuis longtemps qu'elles ne font pas écran pour le dommage subi par leurs membres, à condition toutefois que

¹⁹⁰⁰ Voir par ex. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ème éd. L.G.D.J. 1998, p. 104 et s.

¹⁹⁰¹ Pour un exemple d'atteinte à un intérêt propre du groupement C.E., Sect., 18 mai 1979, *Association Urbanisme judaïque de Saint-Seurin*, Rec. p. 218.

les préjudices qu'elles invoquent atteignent suffisamment directement les intérêts qu'elles se sont promis de défendre¹⁹⁰². Mais, de plus en plus fréquemment, les mouvements associatifs prétendent obtenir réparation des atteintes à des intérêts très généraux.

Le juge administratif est sévère quand vient le moment de rechercher si l'intérêt défendu par une association est directement heurté¹⁹⁰³. S'il est relativement souple à l'égard des groupements professionnels et syndicaux¹⁹⁰⁴, il est exigeant en revanche à l'encontre des mouvements qui défendent le cadre de vie¹⁹⁰⁵. Le législateur a été contraint d'intervenir pour améliorer la situation¹⁹⁰⁶, mais il faut penser que de toute façon les mentalités du Palais-Bourbon ne pourront que suivre l'opinion générale qui s'affermir sans cesse depuis quelques dizaines d'années réclamant que la responsabilité fasse son office de sanction et de prévention des comportements dommageables, en particulier dans les cas où les dommages causés sont irréversibles. Pour l'heure, même si on peut le regretter, la sanction d'une atteinte causée à l'environnement ne peut intervenir sans transiter par une répercussion sur le patrimoine d'une personne¹⁹⁰⁷.

Les victimes par ricochet subissent-elles un dommage réparable ? Qui faut-il intégrer dans cette catégorie ? La question s'est posée depuis toujours avec cet enjeu crucial de ne pas dénaturer les fonctions de la responsabilité, celui de ne pas permettre que la perte d'un proche soit l'occasion de larmes feintes, de recherche d'un lucre, d'épanouissement de la vengeance. La jurisprudence doit alors s'efforcer d'apprécier la réalité du préjudice, ce qui n'est pas très difficile à l'égard de ceux qui sont liés à la victime par des liens fondamentalement naturels, nous voulons parler de la famille ou des proches. Mais il faut aussi envisager le cas des assureurs et autres ayants droit. Pour eux, c'est sur un plan plus théorique que se jouera leur droit à indemnité. A tous, la jurisprudence accorde réparation dès lors que le préjudice invoqué leur est personnel¹⁹⁰⁸, car distinct ne signifie pas indirect. Dès lors que c'est dans leur situation juridique qu'elles sont atteintes, les victimes par ricochet subissent un dommage

¹⁹⁰² Voir M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, précité n°450.

¹⁹⁰³ La plupart du temps, le seul préjudice dont la personne morale peut obtenir réparation est le préjudice moral souvent fixé au franc symbolique : ex. C.E., Sect., 25 janv. 1935, *Loubal et autres*, Rec. p. 110.

¹⁹⁰⁴ C.E., A., 18 janv. 1980, *Syndicat CFDT des P et T du Haut-Rhin*, Rec. p. 30, A.J.D.A. 1980 p. 99.

¹⁹⁰⁵ L. RICHER, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Préjudice réparable*, n°65. C.E., Sect., 30 mars 1981, *Ministre des transports c/ Association pour la défense des sinistrés de la région morlaisienne*, Rec. p. 175.

¹⁹⁰⁶ Récemment par la loi du 8 fév. 1995.

¹⁹⁰⁷ Le droit de la responsabilité civile n'appréhende les phénomènes nuisibles qu'à travers leurs répercussions sur les personnes. Certains auteurs déplorent cet état du droit et revendiquent une protection particulière pour les richesses naturelles Par exemple : F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, th. Paris II, 1979.

¹⁹⁰⁸ Dans ce cas c'est une action récursoire qui est accordée à la victime secondaire.

direct notamment lors d'un décès¹⁹⁰⁹. Les proches recevables à se prévaloir d'un préjudice par ricochet sont évidemment dans le cercle immédiat de la victime initiale. Si ces personnes invoquent un préjudice pécuniaire, elles n'ont pas à en rapporter la preuve dès lors qu'une créance alimentaire les liait à la victime primaire privée de revenus. A défaut, comme dans le cas du concubinage, et cette fois cela vaut aussi pour le préjudice moral, le juge doit apprécier la probabilité très grande que la victime initiale eut continué à partager ses revenus avec les requérants, de la même façon qu'il se réfère à un standard de la normalité des relations de concubinage pour évaluer le préjudice d'affection¹⁹¹⁰.

Les tiers *solvens* sont eux aussi des ayants droit de la victime directe. L'assureur qui a dû déboursier des indemnités importantes à la victime, l'administration qui paie une pension, peuvent-ils réclamer au service public auteur du dommage initial, réparation de leur propre dommage ? La réponse est affirmative parce qu'ils subissent un préjudice à la fois personnel et direct. Ils sont atteints dans leur situation juridique qui se trouve ainsi modifiée. On peut pourtant prétendre que ces prestations seraient dues de toute façon, sous une forme ou une autre, à un moment ou à un autre. De la sorte, le versement d'une pension de veuvage dispense bien du versement futur d'une pension de retraite. Deux personnes publiques peuvent ainsi entrer en conflit sur le point de discuter la hauteur des remboursements que l'une peut devoir à l'autre. Par exemple, si des agents communaux sont blessés par des soldats en exercice militaire, une commune peut agir contre l'Etat pour demander paiement des frais médicaux et autres¹⁹¹¹, mais sur la question de la pension il y eut débat. Le Conseil d'Etat se dispensa des considérations projectives et hypothétiques pour constater « qu'il y a lieu de tenir compte de toute aggravation de charge pouvant résulter pour la ville du fait de l'Etat, et notamment, le cas échéant, de ce que l'accident susmentionné a transformé en une obligation immédiate l'obligation éventuelle dont la ville était tenue envers le sieur S., aux termes de son règlement sur les pensions des agents municipaux »¹⁹¹². L'obligation simplement conditionnelle s'est transformée en obligation immédiatement exigible, d'autres événements auraient pu faire un jour que jamais la commune n'ait à l'exécuter, le préjudice est donc direct.

¹⁹⁰⁹ Voir M. ROUGEVIN-BAVILLE, *La responsabilité administrative*, Les fondamentaux, Hachette Supérieur 1992, p. 146.

¹⁹¹⁰ Action de la concubine admise depuis C.E., A., 3 mars 1978, *Dme Muësser*, A.J.D.A. 1978, p. 210.

¹⁹¹¹ C.E., 2 août 1907, *Ministre de la Guerre*, D.P. 1909,3, p. 17. Voir aussi C.E., 16 juil. 1909, *ville de Paris*, Rec. p. 707.

¹⁹¹² C.E., 19 mai 1922, *ville de Paris*, Rec. p. 455.

L'existence d'un contrat spécial entre le tiers assureur privé et la victime ne change rien à la solution en droit public. On eut pu estimer, comme on le fit en droit civil, que l'assureur payant en vertu d'un engagement monnayé par les primes de tous les assurés, ne souffrait pas de préjudice direct. Erreur ! Si le juge judiciaire a autrefois adopté cette solution c'est par souci d'équité, afin d'éviter que le contrat civil d'assurance soit léonin. En droit administratif, l'équité commande exactement la solution inverse. Si le juge ne condamne pas l'administration à rembourser l'assureur de ses dépenses, l'égalité de tous devant les charges publiques sera méconnue. La victime assurée aura cotisé par ses primes alors que la collectivité auteur du dommage n'aura rien versé puisque le non-cumul des indemnités interdit à la victime de demander contre elle. Cela est conforme par ailleurs aux fonctions de sanction-prévention de la responsabilité. Nous savons que c'est ainsi que l'administration est en droit de se retourner contre son agent à raison du préjudice direct que sa faute a causé au service même si la victime première est autre.

Enfin, il faut signaler une difficulté particulière quant à savoir si l'action intentée par les héritiers d'une victime directe décédée peut être admise en tant qu'entorse à la règle du caractère personnel, s'agissant de l'indemnisation de préjudices dont seul le défunt a pu souffrir et pour lesquels il n'a pas eu le temps de manifester la volonté d'en revendiquer la réparation, de manière à ce que celle-ci fut entrée dans son patrimoine transmissible. Sur cette question, le juge administratif s'était toujours distingué de la souplesse très critiquée de la Cour de cassation¹⁹¹³, mais, contre les conclusions de son commissaire du gouvernement, la Haute juridiction s'est finalement alignée sur la jurisprudence judiciaire¹⁹¹⁴ en déclarant péremptoirement que le droit à réparation des préjudices personnels d'un défunt entre toujours dans son patrimoine au profit de ses héritiers¹⁹¹⁵. À notre sens, malgré l'hypostase utilisée par les juges, il faut sans doute voir ici une exception à l'exigence du caractère personnel du préjudice, marquant encore un recul des velléités d'autonomie de la jurisprudence administrative au détriment de la théorie juridique et de la théorie générale. Mais on peut encore montrer la spécificité du contentieux administratif sur la question en ce que celui-ci, contrairement au contentieux judiciaire, n'érige pas la lésion d'un intérêt légitime de la victime au rang des conditions de réparabilité.

¹⁹¹³ C.E., 29 janv. 1971, *Association « Jeunesse et reconstruction »*, Rec. p. 81.

¹⁹¹⁴ Cass. Ch. Mixte, 30 avr. 1976, *Epoux Wattelet*, D. 1977, p. 185.

¹⁹¹⁵ C.E., 29 mars 2000, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, D. 2000, IR, p. 131, comm., p. 563, note Bourrel.

C) L'absence d'autonomie de la question de l'intérêt légitime de la victime par rapport aux autres conditions de réparabilité du dommage

Une question s'impose si l'on veut tenter d'établir le particularisme du droit administratif en matière de préjudice réparable : faut-il que le dommage soit légitime ? De nombreux auteurs civilistes font rejaillir sur le dommage lui-même l'exigence de légitimité de l'action en justice. Ainsi, on peut lire chez les commentateurs autorisés de la jurisprudence civile : « la lésion d'un intérêt illégitime ne constitue pas un dommage susceptible d'ouvrir droit à indemnisation »¹⁹¹⁶. Le préjudice devrait donc être non seulement certain et personnel, mais en outre légitime. A notre connaissance, on ne trouve pas affirmation si explicite en droit administratif qui, lui, restreint déjà le préjudice réparable par ses caractères certain, personnel et direct, et dans certains cas encore par l'exigence explicite d'un caractère de spécialité et d'anormalité.

Certes, la loi elle-même dispose que « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention »¹⁹¹⁷. Mais comment passe-t-on de la légitimité de l'action à celle du dommage ? Quelle est la portée de cette mystérieuse formule dont la paternité reviendrait à IEHRING selon laquelle, pour être titulaire d'un droit, il faut justifier d'un « intérêt légitime juridiquement protégé »¹⁹¹⁸ ? En toute logique cela ne peut signifier qu'une chose : l'action en justice ne doit pas protéger, faciliter, mais plutôt décourager, ce que le droit condamne. C'est une question de cohérence, le droit dit par les tribunaux au nom du peuple ne peut contredire le droit décrété par les représentants du peuple. Ainsi, le dommage légitime, dit parfois « dommage licite »¹⁹¹⁹, désigne le préjudice que le droit protège, ou plutôt celui qu'il ne condamne pas. La difficulté provient de l'ambiguïté du terme « légitime », qui paraît bien superfétatoire si on le prend dans le sens du latin *legitimus*; « établi par la loi ». N'est-ce pas dire deux fois la même chose d'énoncer que le dommage est

¹⁹¹⁶ F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 9ème éd. Dalloz. 1991, p. 474.

¹⁹¹⁷ Article 31 du Nouveau Code de procédure civile.

¹⁹¹⁸ *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaire, t.3., 3ème éd. 1888.

¹⁹¹⁹ Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1996, p. 191 n°667. Cette expression présente l'avantage de réduire le risque de confusion entre ce qui se rapporte à la recevabilité de l'action et le fond du droit, elle est par ailleurs plus claire. Cependant, nous ne pouvons la préférer en raison de ce que pour nous, comme nous le démontrerons plus loin, le préjudice réparable est le préjudice illicite, c'est-à-dire celui qui est « illégal ». Cf. *infra* section 2, p. 452 et s.

légitime et qu'il est juridiquement protégé ? Dans ces conditions, grande est la tentation d'élargir le sens de légitime, vers la morale en particulier.

Pour les civilistes, légitime doit se comprendre comme « digne d'être indemnisé », c'est-à-dire que la victime doit être dans une situation que le droit, celui de la responsabilité en particulier, protège. Ainsi, un cambrioleur blessé lors de son introduction dans une maison, n'est pas digne d'en réclamer réparation¹⁹²⁰. L'explication ne choque pas mais elle n'est pas suffisamment juridique. Ce n'est pas uniquement sur cette idée qu'est fondé le rejet de la demande par la Cour de cassation. En effet, la formule de principe aujourd'hui bien établie est que l'action de celui qui a agi dans son droit légitime de défense, ou en vertu de tout autre fait justificatif légal, « ne peut donner lieu à aucune action en dommages-intérêts de la part de celui qui l'a rendue nécessaire »¹⁹²¹. Comme nous le soulignons, la référence à la causalité est ici explicite et inévitable. On ne sait plus si le demandeur est débouté parce qu'il est indigne, ou parce qu'il a tout simplement été considéré comme la cause exclusive de son dommage. Certes deux explications valent mieux qu'une seule, mais il faut bien faire un choix pour rester logique. Ou l'on estime que le demandeur n'est pas recevable à agir, ou l'on juge au fond du droit que sa faute est de nature à exonérer toute responsabilité à son profit.

Certes, on peut comprendre la préférence des juges à déclarer un demandeur indigne et non recevable à réclamer plutôt qu'à raisonner comme si la responsabilité était engagée mais que ponctuellement le fait du demandeur emportait exonération. La logique juridique devrait pourtant rétablir que ce que les tribunaux recherchent est toujours et simplement l'existence d'un droit à réparation dans la situation du demandeur. On perçoit alors que l'examen de la légitimité de l'intérêt n'est pas autonome par rapport à celui des autres conditions qui conditionnent le droit à réparation. En somme, il ne s'agirait que d'apprécier un cas d'application de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*¹⁹²², dont nous allons démontrer qu'il concerne aussi le fond du droit et non la recevabilité.

¹⁹²⁰ Cass. 2ème civ., 10 juin 1970, D. 1970, p. 691 ; Gaz. Pal. 1970,2,229 ; R.T.D.C. 1971, p. 146 obs. G. Durry. L'auteur d'une infraction flagrante ne peut réclamer réparation de son dommage subi lors de son arrestation.

¹⁹²¹ Jurisprudence constante pour l'action fondée sur une faute depuis Cass. Crim., 19 déc. 1817, S.1818,1, p. 170. La solution a été explicitement étendue à l'hypothèse de responsabilité sans faute par Cass. 2ème civ., 22 avr. 1992, *Baumerger c/Wadoux*, D. 1992, p. 353, note J.-F. Burgelin; Res. civ. et assur. 1992, comm. 257, chron. 24, obs. H. Groutel; R.T.D.C. 1992, p. 768, obs. Jourdain.

¹⁹²² Nul n'est recevable à invoquer sa propre turpitude. L'emploi du terme « recevable » dans la traduction est équivoque car il s'agit bien par cet adage de se pencher sur la part de causalité que la faute de la victime a eu dans la production de son dommage. Les administrativistes évoquent d'ailleurs cet adage dans l'étude des cas d'exonération, dans celui du fait de la victime en particulier. Ex. C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, coll. Systèmes L.G.D.J. 1996, p. 130 ; M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, coll. Cours Dalloz 1996, p. 48 et 208.

Juger de l'intérêt légitime juridiquement protégé d'un demandeur, c'est déjà anticiper sur l'existence de son droit à réparation. Dans certains cas, l'hésitation n'est pas permise et l'examen est à peine nécessaire dès lors que l'on est certain de l'inexistence du droit. L'exemple le plus topique est l'impossibilité pour un enfant de réclamer contre ses géniteurs ou quiconque n'a pas empêché sa venue au monde. Bien sûr on ne peut pas invoquer l'exception d'indignité de l'enfant car il n'est pas une cause de sa propre naissance. Mais on peut dire sans crainte qu'il n'existe aucun droit à naître ou à ne pas naître donc aucun préjudice y afférent. A propos du non droit des parents d'un enfant de réclamer réparation pour sa naissance non désirée dès lors qu'il est normal, on doit bien admettre qu'il existe un droit exceptionnel à l'avortement, et nul ne conteste que le droit à mener une vie familiale normale empêche que l'on reproche au couple sa sexualité non protégée¹⁹²³. Comment expliquer alors le rejet des demandes en *wrongful birth* en l'absence de circonstances très particulières ? D'abord en vérifiant l'enchaînement des causes qui ont présidé au dommage et en constatant cette tautologie, à savoir que si les parents ont un enfant, c'est qu'ils ont eu une conduite en ce sens, même sans en être conscients. On ne dira pas qu'il n'est pas légitime au nom de la morale pour des parents de se prévaloir de leur désir de ne pas avoir d'enfant, mais plus objectivement que cela n'est pas légitime parce qu'ils ont copulé et qu'il ne peut y avoir de droit contre la nature. Ce qui échappe à l'homme, échappe au droit¹⁹²⁴. Insistons sur le point ici que c'est l'absence de droit qui est déterminante, car le juge ne peut tenir compte du fait des demandeurs qui, en lui-même, n'est pas fautif et n'est pas de toute façon une cause déterminante du dommage¹⁹²⁵.

Revenons plus particulièrement au cas d'illégitimité au sens d'illicéité de l'action du demandeur. Cette fois c'est par la notion de faute de la victime exonérant le responsable que

¹⁹²³ Voir T.A. Paris, 20 déc. 1990, *M. et Mme B c/Ministre de la Défense*, R.F.D.A. 1992 p. 545, concl. Monchambert. A propos d'une contamination d'un couple dont la femme, infirmière, a été accidentellement contaminée dans son service: « il résulte des principes généraux du droit et, notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, que les nationaux ont le droit de mener une vie familiale normale ; que les relations sexuelles entre époux sont une manifestation de ce droit ». Il faut noter par ailleurs que, de façon générale, le juge administratif prend en compte le préjudice sexuel dans le droit de la responsabilité grâce à la notion de troubles dans les conditions d'existence : C.E., 19 mars 1997, *M. Meynal et Mme Girard*, N°147173 : l'épouse d'un homme devenu impuissant définitivement par suite d'une faute médicale subit comme son mari des troubles dans ses conditions d'existence. Sur l'inclusion du préjudice sexuel dans les troubles de toute nature : C.A.A., Paris, 13 mai 1997, *Mme Naquin*, N°96PA00006. - C.A.A., Nancy, 18 mars 1999, *M. Kurylak*, N°94NC00324. - C.A.A., Paris, 17 juin 1999, *A.P.-H.P. c/M. Saint-Clair*, N°98PA02404.

¹⁹²⁴ Pour la même raison, il n'existe pas de droit à la guérison mais aux soins consciencieux et appropriés.

¹⁹²⁵ L'échec fautif de l'I.V.G. est-il une cause plus déterminante ? La question n'est pas tranchée mais nous pencherions en faveur d'une réponse affirmative parce qu'une cause fautive est toujours plus adéquate qu'une cause non fautive. Cf. supra p. 205.

l'on peut expliquer le rejet. Ainsi, dans le cas du malfaiteur qui est débouté de sa demande en dommages et intérêts pour les blessures qu'il a reçues au cours de son larcin, au-delà de sa situation illégitime, n'est-ce pas sa faute en tant que victime qui le prive de son droit de réclamer ?

Prétendre que le caractère légitime de la situation est autonome, n'est-ce pas ouvrir la porte à une censure qui n'aurait pas de lien avec le problème de responsabilité posé en chaque espèce ? On espère que les juges ne regardent pas le passé judiciaire des victimes pour leur accorder des indemnités lorsqu'elles subissent des dommages. Ils n'examinent en réalité que l'indignité qui a un rapport avec la cause du dommage¹⁹²⁶, sans quoi les concubins seraient encore aujourd'hui systématiquement déboutés. Or, on sait qu'il n'en est rien, et que seuls les concubins dans une situation délictueuse¹⁹²⁷ sont *a priori* écartés du droit de réclamer compensation de leurs préjudices illégitimes¹⁹²⁸. En définitive, dans l'action du concubin « hors norme », la seule difficulté qui demeure aujourd'hui est la certitude du préjudice¹⁹²⁹. En effet, les dernières évolutions de la jurisprudence n'apprécient la légitimité de la demande qu'en considération de la certitude du dommage¹⁹³⁰. Ceci était pressenti depuis longtemps par certains auteurs majoritaires chez les publicistes pour qui la condition de légitimité de l'intérêt juridiquement protégé n'a jamais fait partie des principes du droit administratif¹⁹³¹. Le commissaire du gouvernement DONDOUX, proposant au Conseil d'Etat de revenir sur sa jurisprudence qui déniait à la concubine un droit lésé à faire valoir comme préjudice¹⁹³², puis

¹⁹²⁶ Ainsi, un passager transporté sans titre valable conserve néanmoins son droit à indemnisation en cas d'accident. Cass. Civ. 2ème, 19 fév. 1992, *Ounnoughi c/ SNCF*, J.C.P. 1993, n°22170 note Casile-Hugues.

¹⁹²⁷ Depuis 1975, l'adultère n'est plus un délit pénal mais il demeure une faute civile qui peut rejaillir sur le concubinage le rendant illicite.

¹⁹²⁸ C'est ce qui est déclaré dans l'arrêt célèbre de la Cour de cassation, ch. Mixte, 27 fév. 1970, *Dangereux*, D. 1970, p. 201, note Combaldieu, J.C.P. 1970,II, 16305, concl. Lindon, note Parlange. Voir déjà la solution de la chambre criminelle : Cass. crim, 20 janv.1959, Bull. crim. N° 50, p. 93.

¹⁹²⁹ Voir les conclusions DONDOUX sur l'arrêt par lequel le Conseil d'Etat a admis l'action de la concubine en réparation de son préjudice consécutif au décès de son compagnon. C.E., A., 3 mars 1978, *Dame Müesser*, J.C.P. 1978,II,18986.

¹⁹³⁰ Il suffit d'établir que les relations affectives étaient stables et continues pour prouver le préjudice, quel que soit le sexe des composantes du couple. T.G.I. Belfort ch. corr., 25 juil. 1995, *ministère public c/D*, J.C.P. 1996 n° 22724. La Cour de cassation admet même l'action en cas de double vie maritale sous certaines conditions d'espèce. Riom, 9 nov. 1978, J.C.P. 1979, 19017. Mais le caractère double rend plus improbable la stabilité des liens Cass. Crim. 8 janv.1985, Bull. crim. n°12 ; J.C.P. 1986, 20588, note Endréo.

¹⁹³¹ Selon M. de BAECQUE, la légitimité ou l'illégitimité d'une situation est un des éléments à prendre en considération pour apprécier le caractère certain ou non d'un préjudice: *Règles de la jurisprudence administrative relatives à la réparation du préjudice en cas de mise en œuvre de la responsabilité de la puissance publique*, R.D.P. 1944, p. 197.

¹⁹³² Créance alimentaire par exemple, qui n'existe pas à l'égard de la concubine : C.E., 11 mai 1928, *Delle Rucheton*, Rec. p. 607 ; D.P. 1929,3, p. 6 concl. Andrieux.

un simple intérêt juridiquement protégé¹⁹³³, écrit : « pour nous, [...], ce qui rend douteux le principe même de l'indemnisation d'une concubine, ce n'est pas le fait que celle-ci n'était pas mariée avec le défunt, c'est le fait qu'en l'absence de lien légal la stabilité de la situation dont elle se prévaut n'est pas démontrée : il y a là un problème de certitude du préjudice et non de légitimité du préjudice; et dès lors, au lieu de rejeter, *a priori*, la demande d'une compagne éprouée, il faut rechercher si le lien de fait existant entre celle-ci et le défunt aurait duré, pour déterminer si le préjudice invoqué est certain et donc réparable ». Dans cette acception, est légitime ce qui est certain, car comme DONDOUX nous pensons que « rien n'impose au plan des principes de subordonner le droit à réparation à l'existence de liens juridiques préalables, c'est-à-dire d'exiger que la situation soit à la fois licite et consacrée par la loi ».

Aujourd'hui, il n'est guère mis en doute que l'usage de la formule de l'intérêt légitime juridiquement protégé a longtemps procédé d'une confusion. « Opposer l'absence d'intérêt légitime pour rejeter l'action en responsabilité d'un demandeur revient à confondre l'action et le droit d'agir »¹⁹³⁴. Il nous semble l'avoir démontré. « Apprécier la légitimité de la prétention, c'est se situer sur le fond du droit alors que, l'action étant distincte du droit litigieux, l'appréciation de la recevabilité de l'action doit se faire indépendamment de l'examen au fond de la prétention. »¹⁹³⁵.

C'est la position de principe adoptée depuis quelques années très clairement par la Cour de cassation qui reconnaît après une longue évolution que l'adage *nemo auditur* est étranger aux règles de la responsabilité délictuelle¹⁹³⁶. Quant à son applicabilité dans le contentieux contractuel, elle ne demeure pas par les seules exigences de la bonne foi¹⁹³⁷, mais toujours par l'idée que l'illégitimité est en relation causale avec le dommage¹⁹³⁸. Certes, ponctuellement, il y a place pour la morale dans les solutions.

Qu'en est-il dans la jurisprudence administrative exactement ? L'exception d'illégitimité est très utilisée, parfois même sévèrement, mais dans le cadre logique que nous

¹⁹³³ C.E., A., 21 oct. 1955, *dame Braud*, Rec. p. 495 ; R.D.P. 1956, p. 161, concl. Guionin ; D. 1956, p. 139, concl. Guionin, note Morange ; A.J.D.A. 1955, n°11, p. 408, note Coulet. - C.E., 18 nov. 1960, *Savelli*, Rec. p. 640.

¹⁹³⁴ Ph. LE TOURNEAU, *La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité*, D. 1994, p. 298.

¹⁹³⁵ L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec, 1992, n°721.

¹⁹³⁶ Cass. 1ère civ., 17 nov. 1993, R.T.D.C. 1994, p. 115, obs. P. Jourdain.

¹⁹³⁷ Voir Ph. LE TOURNEAU, *La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité*, D. 1994, p. 298.

¹⁹³⁸ Cass. Com., 16 juin 1992, Bull. Joly, 1992, p. 944, note P. Le Cannu. - Cass. Com., 29 mars 1994, *Expertises* 1994, p. 237. L'associé qui est la cause du désaccord est irrecevable à demander la dissolution judiciaire de la société.

avons défini. Ainsi, l'exception ne joue que dans la mesure où elle est en rapport direct avec le préjudice invoqué¹⁹³⁹. Le fait que la situation lésée se soit illégalement constituée ne prive pas nécessairement son bénéficiaire de toute réparation en cas d'atteinte à ladite situation. Depuis un arrêt de Section de 1962¹⁹⁴⁰, le juge administratif est tenu de vérifier s'il existe un lien suffisamment direct entre l'irrégularité commise ou entretenue et les causes du préjudice. Si cette recherche s'avère positive, c'est l'entier droit à réparation qui est dénié¹⁹⁴¹. En effet, le fait de la victime est ici la cause déterminante et adéquate du dommage, la cause unique qui justifie le rejet, au fond, de la demande. Il est fort rare que le Conseil d'Etat tombe dans le défaut dénoncé plus haut de rejeter la demande au stade de la recevabilité¹⁹⁴². Bien entendu, lorsque cela survient, c'est à dessein qu'il se détermine pour un rejet au niveau de la recevabilité. On peut y voir en fait la punition de la particulière turpitude¹⁹⁴³, voire de l'outrecuidance de la victime. Ainsi, dans l'hypothèse de l'incendie d'une discothèque survenu en raison de graves irrégularités dans les normes de sécurité et de construction, les gérants ne sont même pas recevables à se retourner contre la commune malgré les fautes lourdes commises par le maire¹⁹⁴⁴.

En l'absence de lien entre l'illégitimité et le préjudice, la situation irrégulière de la victime ne fait pas obstacle à son indemnisation¹⁹⁴⁵, le Conseil d'Etat contrôle, comme juge de cassation, que les juges du fond n'ont pas commis d'erreur de droit sur ce point¹⁹⁴⁶. Si le lien existe mais n'est pas de nature à faire de l'irrégularité la cause déterminante, unique, du

¹⁹³⁹ M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, n°461.

¹⁹⁴⁰ C.E., Sect., 17 oct. 1962, *Sieur Beratto*, Rec. p. 543.

¹⁹⁴¹ C.E., 5 janv. 1979, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable des vallées de la Serre et d'Olt*, Rec. p. tables p. 910 ; R.D.P. 1979, p. 1173. - C.E., 30 juil. 1997, *S.A. Geffroy*, D.A. août 1997, p. 31.

¹⁹⁴² Voir cependant C.E., 28 juin 1968, *Société établissements Février-Decoisy-Champion*, Rec. p. 412. - C.E., 7 mars 1980, *S.A.R.L. Cinq-Sept*, Rec. p. 129.

¹⁹⁴³ M. PAILLET, op cité, n°82.

¹⁹⁴⁴ Les dirigeants des sociétés chargées de la construction et de l'exploitation du dancing « Le Cinq-Sept » ont méconnu tant les dispositions du permis de construire délivré que les prescriptions relatives à la sécurité dans les établissements recevant du public. Ils se sont, avant d'ouvrir leur établissement, délibérément abstenus, en violation des textes en vigueur, de déposer la déclaration d'achèvement des travaux en vue de la délivrance du certificat de conformité et de demander l'autorisation d'ouverture prévue par la réglementation contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public. Agissements ayant causé l'incendie qui provoqua la mort de 147 personnes. Par suite, les liquidateurs des deux sociétés, et l'assureur qui a indemnisé les victimes alors subrogé dans les droits de ces sociétés ne peuvent en tout état de cause se prévaloir utilement des fautes, même lourdes, commises par le maire de la commune en négligeant d'exercer sur les responsables de ces sociétés les contrôles de police qui auraient pu les empêcher de commettre les fautes qui sont la cause déterminante de l'incendie et de ses conséquences dommageables.

¹⁹⁴⁵ C.E., 24 fév. 1984, *ville d'Hyères c/ Epoux Osselame*, Rec. tables p. 741. - C.A.A., Lyon, 2 mars 1991, *Commune de Roquevaire*, Rec. tables p. 1195.

¹⁹⁴⁶ C.E., 21 fév. 1996, *S.A.R.L. Oeufs BB*, Rec. p. 50 ; D.A. 1996, comm. 181 ; R.F.D.A. 1996, p. 407.

dommage, la réparation sera éventuellement réduite mais non pas exclue¹⁹⁴⁷, il y aura implicitement, si l'on peut dire, partage de la responsabilité.

A première vue, le raisonnement suivi par le juge administratif suprême est analogue à celui qui permet la réduction ou l'exclusion du droit de la victime à raison de sa faute. Le Conseil d'Etat se garde pourtant d'employer le terme de faute dans ce cas de figure. En effet, l'exception d'illégitimité désigne un type particulier de reproches faits à la victime. Il s'agit de prendre en considération un fait objectif, l'illégalité dans la situation du demandeur. En conséquence, il est opportun de ne pas parler ici de faute de la victime et de réserver cette expression aux comportements qui ne sont pas lourdement entachés d'un vice, aux agissements matériels en particulier puisqu'ils ne s'apprécient pas comme des illégalités. Cette remarque peut expliquer que la plupart du temps l'exception d'illégitimité entraîne le rejet total. En effet, ce qui fait défaut en définitive dans ce cas est le droit lui-même. Les droits des administrés vis-à-vis de l'administration ne peuvent être mal acquis. Ils sont ou ne sont pas. En présence d'une situation illégitime, le Conseil d'Etat n'hésite pas à relever l'absence de droit acquis de la victime pour justifier ses décisions sévères qui ne reconnaissent aucun préjudice indemnisable¹⁹⁴⁸.

Les solutions jurisprudentielles sont-elles exemptes de sentimentalité sur ces points ? Ce serait mal connaître les juges administratifs que le croire. Il semble qu'existe ponctuellement la tentation de moraliser l'action en responsabilité au travers l'appréciation portée sur les caractères du préjudice. Cette tendance constitue-t-elle une exception d'illégitimité non avouée ? M. TAUGOURDEAU avait remarqué à juste titre que les victimes qui espéraient une spéculation financière dans le domaine économique étaient souvent mal considérées par le Conseil d'Etat. Ainsi, le refus de permis de construire n'engendre pas un préjudice certain à qui projetait d'élever des garages¹⁹⁴⁹ ou des remises¹⁹⁵⁰ afin de les louer, ou la construction d'appartements pour la vente¹⁹⁵¹. En revanche, le refus de permis de construire d'une habitation engendre un préjudice qui n'est pas considéré comme éventuel mais

¹⁹⁴⁷ C.A.A., Paris, 19 sept. 1989, *Mme et M. Garrigues*, Rec. tables p. 919.

¹⁹⁴⁸ Ex. C.E., 23 déc. 1987, *Benouaret*, R.D.P. 1989, p. 913. L'étranger illégalement expulsé ne justifie d'aucun préjudice indemnisable pour la perte de son emploi, dès lors qu'il n'était pas titulaire d'un titre de séjour régulier et n'avait aucun droit acquis au maintien sur le territoire français ni à l'exercice d'une activité salariée.

¹⁹⁴⁹ C.E., 9 janv. 1970, *Rosier*, Rec. p. 9.

¹⁹⁵⁰ C.E., 10 mars 1971, *Sieur Hamon*, Rec. tables p. 1200.

¹⁹⁵¹ C.E., 7 mars 1990, *Ministre de l'Urbanisme, du Logement et des Transports c/M. Bore de Loisy*, Rec. tables p. 983. Mais solution contraire « dans les circonstances de l'espèce le préjudice présente un caractère direct et certain » : C.E., 11 mai 1983, *C.E.F.I.C.*, Rec. p. 863. - C.E., 6 fév. 1987, *Ministre de l'Urbanisme, du Logement et des Transports c/ SCI L'empereur.*, Lexilaser N°63614.

certain¹⁹⁵². Le même constat peut être établi concernant les demandes de médecins non conventionnés évincés de cliniques privées conventionnées obligées de n'employer que des médecins aux honoraires eux-mêmes conventionnés¹⁹⁵³. Sans être condamnable, la recherche du profit facile n'en mérite pas moins d'être régulée. « Nous retrouvons à travers ce problème une attitude familière au Conseil d'Etat conscient de l'influence de l'économie sur le droit administratif et cherchant par ses décisions à maintenir, en tenant compte de l'évolution, un certain ordre économique »¹⁹⁵⁴. Nous traduirions ces propos, dans notre conception propre, par l'idée que le juge administratif se comporte comme un relais du gouvernement de la cité. Sans gouverner lui-même, il interprète et applique le contrat social. Or, celui-ci ne protège pas l'argent en lui-même. Il n'existe aucun droit acquis à faire du gain. En revanche, il existe un droit au travail rémunéré, un droit au logement, un droit à la propriété de l'argent.

Sur les caractères du dommage, la réflexion hésite à prendre pied tant l'impression d'empirisme y domine. La spécialité du dommage n'est pas toujours formellement exigée. On a montré aussi que le caractère direct est soumis à interprétation plus ou moins stricte. Des évolutions importantes ont jalonné la jurisprudence sur la possibilité d'admettre des dommages par ricochet. Le caractère de certitude s'interprète soupagement ou sévèrement selon les cas. Il nous apparaît finalement que, ce que le juge recherche, ce sont des probabilités soutenues d'existence du préjudice réparable. Dans une certaine mesure, l'exigence du caractère direct du dommage participe de cette quête, on peut en dire de même parfois de l'exigence de légitimité. La rationalité apparente des conditions du préjudice réparable devient beaucoup plus relative à l'examen de la jurisprudence. Il serait vain de vouloir parfaite la justice des hommes. Les caractères du préjudice ne sont-ils pas tout simplement les indices d'un faisceau ? Finalement, ne s'agit-il pas toujours pour le juge d'apprécier l'anormalité du dommage ?

¹⁹⁵² C.E., 15 mars 1967, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Siella République*, R.D.P. 1967, p. 1049. - C.E., 2 oct. 1970, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ conjoints Scaramaglia*, Rec. tables, p. 1205. - C.E., 15 déc. 1971, *Société Le Val-d'Oise*, Rec. p. 775.

¹⁹⁵³ T.A., Paris, 13 juil. 1967, *Ballon et autres*, Rec. p. 601. L'éviction des requérants est la conséquence directe non de l'intervention ou de l'application de l'arrêté, mais des décisions délibérément prises par les maisons de santé de conclure avec les organismes de sécurité sociale des conventions conformes aux dispositions dudit arrêté.

¹⁹⁵⁴ J.-P. TAUGOURDEAU, art. précité, p. 521.

SECTION 2

**ESSAI DE SYNTHÈSE SUR LE SEUIL DU DOMMAGE REPARABLE AUTOUR DE LA
THÉORIE DU PRÉJUDICE ANORMAL**

Nous venons d'étudier les exigences explicitement requises par la jurisprudence concernant tous les préjudices invoqués, mais il en existe d'autres qui sont explicites seulement dans certains contentieux. Ainsi, dans le contentieux des dommages de travaux publics causés au tiers et dans celui des dommages nés de décisions régulières, le préjudice doit être « anormal », « spécial et grave » d'après les arrêts, parce que ces régimes sont fondés directement sur la rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁹⁵⁵. Or, si comme nous, on justifie toute la responsabilité publique par cette règle d'égalité devant les charges publiques stipulée dans le pacte social, on doit s'interroger sur la généralisation de ces exigences concernant le préjudice pour tous les cas de responsabilité. Une question incidente se pose alors dès l'examen du problème : l'exigence est-elle multiple ou revient-t-elle seulement à établir l'anormalité du préjudice ?

La définition du dommage anormal n'est pas aisée. Il y a plusieurs façons d'apprécier ce qui va au-delà de la norme. Le dommage excède la mesure, devient un préjudice lorsqu'il atteint un droit. Mais comment apprécier le dépassement du seuil ? L'anormalité est un concept fonctionnel que l'on retrouve dans de nombreux contentieux. Plus qu'un fondement, l'anormalité est un « standard ». Un merveilleux instrument qui permet au droit administratif de remplir les objectifs de sanction des comportements dommageables et de prévention des atteintes à la vie. Cet outil utilisé donc au cas par cas est par conséquent difficile à systématiser dans la théorie générale. Cependant, on sait que l'anormal s'entend, soit de ce qui n'est pas conforme à la majorité des comportements spontanés ou imposés, c'est-à-dire ce qui est inhabituel, soit de ce qui ne doit pas être aux yeux de la loi, nonobstant le caractère courant de la situation¹⁹⁵⁶. Le premier indice de l'anormalité est quantitatif, tandis que le second est qualitatif. Or, on peut se demander si ce n'est pas ce que pourraient exprimer les arrêts reconnaissant la spécialité et la gravité du dommage en même temps que son

¹⁹⁵⁵ Voir M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994, p. 643.

¹⁹⁵⁶ Un comportement peut être très répandu et néanmoins contraire aux fonctions naturelles des choses, tel que le droit les protège en produisant des normes. Cf. supra p. 326.

anormalité. Ainsi, la condition de spécialité devrait être un élément du dommage anormal envisagé du côté de sa source (§1), et la gravité pourrait être un élément du dommage anormal envisagé du point de vue de ses conséquences (§2)¹⁹⁵⁷.

§1 La condition de spécialité, élément du dommage anormal du côté de sa source

Il ne faut pas s'étonner de ce que l'anormalité du préjudice soit appréciée en fonction de sa source car la théorie du dommage anormal est une théorie de l'illicéité. Le dommage anormal est un standard de l'illicéité puisque le standard de l'anormal renvoie lui-même à l'illicéité condition de la responsabilité¹⁹⁵⁸. Mais nous avons déjà longuement abordé la question des conditions de la responsabilité au niveau du fait générateur ; ce qui nous intéresse à présent est de relativiser l'autonomie supposée de la condition de spécialité par rapport à la condition d'anormalité et de gravité en montrant d'abord que la spécialité du préjudice est toujours nécessaire dans la responsabilité administrative (A), puis en expliquant le fait qu'elle n'apparaisse particulièrement que dans la responsabilité sans faute où elle constitue une limite à la réparabilité des dommages (B).

A) La généralisation de la condition de spécialité du dommage dans la responsabilité administrative

Le caractère spécial du dommage est traditionnellement présenté comme étant une condition du droit à réparation dans les seules hypothèses de responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Il semble en effet que les deux soient

¹⁹⁵⁷ Selon M. DEGUERGUE, « L'anormalité du préjudice peut être entendue de deux façons : soit le préjudice est anormal dans sa cause, soit il est anormal dans ses effets ». op. cit. p. 395.

¹⁹⁵⁸ La responsabilité découle toujours d'une violation du droit. Cf. supra p. 271 et s.

logiquement liés¹⁹⁵⁹ (1). Cependant, dans un système contractualiste dans lequel toute responsabilité découle de la violation du principe d'égalité devant les charges publiques, la condition de spécialité du dommage subi est aussi remplie dans la responsabilité pour faute (2).

1) La condition de spécialité dans la « responsabilité objective » de l'administration

Pour la doctrine inspirée par les arrêts du Conseil d'Etat, cette condition de spécialité se distingue de celle d'anormalité¹⁹⁶⁰. C'est pourquoi elle ne lui accorde un rôle que dans les cas de responsabilité sans faute¹⁹⁶¹. Encore ne l'étend-elle pas généralement à l'ensemble de ces responsabilités. Par exemple, le Président ROUGEVIN-BAVILLE admet ce rôle dans la responsabilité sans faute fondée directement sur la rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁹⁶², alors qu'il légitime la « spécificité du droit public » par l'idée générale d'égalité devant les charges publiques¹⁹⁶³.

Restreindre ainsi le domaine de cette condition ne nous apparaît pourtant pas pertinent. Même si la jurisprudence n'aborde explicitement cette question qu'en de résiduelles occasions, cela ne signifie pas que le dommage réparé ne doive être en tout état de cause spécial dans la responsabilité administrative. La rédaction de certains arrêts semble, il est vrai, imposer l'exigence d'un préjudice spécial uniquement après avoir constaté l'inexistence de responsabilité pour faute, de sorte que la condition de spécialité apparaît comme une alternative qui permet alors la responsabilité sans faute¹⁹⁶⁴. Pourtant, si l'on fonde l'ensemble de la responsabilité administrative sur le principe d'égalité devant les charges publiques, on devrait croire que la condition de spécialité est toujours remplie dans le cas d'une réparation accordée¹⁹⁶⁵. Cependant, même parmi ceux des auteurs qui rattachent toute la responsabilité

¹⁹⁵⁹ En ce sens par ex. M. DEGUERGUE, op. cit. p. 391 et 392.

¹⁹⁶⁰ Ibid. p. 392.

¹⁹⁶¹ J.-F. DAVIGNON, *La responsabilité objective de la puissance publique*, th. Lyon 1976, Grenoble SRT, p. 78, et P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, L.G.D.J. 1969, pensent ainsi mais pour tous les cas de responsabilité sans faute, hypothèses du risque y compris.

¹⁹⁶² Conclusions sur *Navarra*, A.J.D.A. 1974 p. 261 pour la responsabilité pour rupture d'égalité du fait des décisions légales.

¹⁹⁶³ *La responsabilité administrative*, précité, p. 16.

¹⁹⁶⁴ Ex : C.E., Sect. 28 oct. 1949, *Société des Ateliers du Cap Janet*, Rec. p. 450 ; J.C.P. 1950,II,5861. – C.E., 22 fév. 1952, *Simon*, Rec. p. 131.

¹⁹⁶⁵ En ce sens, R. BONNARD, op. cit., p. 122 ; A de LAUBADERE, op. cit., p. 501 ; M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ème éd., p. 582 ; G. MORANGE, *La spécialité du préjudice en droit*

administrative au principe d'égalité devant les charges publiques, tous n'en déduisent pas que la condition de spécialité est toujours nécessaire. C'est depuis longtemps en revanche une évidence pour certains¹⁹⁶⁶.

On peut dans une certaine mesure trouver dans les régimes législatifs de responsabilité la confirmation que le caractère anormal du dommage envisagé du côté de sa source préside à l'admission de la responsabilité. Il en est ainsi des régimes qui accordent l'indemnisation les accidents causés par le service public utilisant des choses ou des méthodes dangereuses. Nous songeons évidemment au risque nucléaire mis à la charge des exploitants publics¹⁹⁶⁷, mais aussi à certains risques médicaux. Par exemple, dans le cas d'accidents survenus par le fait d'une vaccination obligatoire, la loi prévoit la responsabilité pour un dommage qui est rare et donc spécial et anormal¹⁹⁶⁸, anormal par sa source en partie car la vaccination obligatoire est une grave atteinte à la liberté individuelle. Dans une moindre mesure parce que cette fois le risque est encouru sans contrainte, la loi sur les recherches biomédicales disposant la responsabilité du promoteur de la recherche s'inspire de la même idée d'anormalité spéciale du dommage¹⁹⁶⁹. Peut-être pourrions-nous aussi répertorier ici l'hypothèse de responsabilité à l'égard des donneurs de produits sanguins¹⁹⁷⁰, dans la mesure où elle correspond à une solution que les tribunaux avaient déjà trouvée¹⁹⁷¹. Ces régimes ne s'intéressent pas à la question de la gravité quantitative des dommages et pourtant indemnisent des victimes qui se trouvent dans une situation très particulière. La même observation peut être faite concernant les régimes législatifs de responsabilité de l'Etat du fait de certains risques spéciaux que la justice fait courir aux membres de la société.

administratif, D. 1953, p. 165 et s. ; et parmi les membres éminents du Conseil d'Etat : R. ODENT, *Contentieux administratif*, fasc. 3, p. 268 ; P. LAROQUE, note sous *La Fleurette* au Sirey 1938, 3, p. 25.

¹⁹⁶⁶ G. MORANGE, chron. au D. 1953, p. 165 ; A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, n°1265.

¹⁹⁶⁷ Loi du 12 nov. 1965 modifiée par celle du 30 oct. 1968. « L'exploitant d'une installation nucléaire est responsable de tout dommage aux personnes et de tout dommage aux biens [...] s'il est établi que ce dommage est causé par un accident nucléaire ». Une loi du 1^{er} déc. 1988 dispose de même pour les exploitants de navires nucléaires, parmi eux, en premier lieu, vraisemblablement, l'Etat.

¹⁹⁶⁸ Loi du 1^{er} juil. 1964 qui ne fait d'ailleurs que reprendre les solutions inaugurées par la jurisprudence administrative.

¹⁹⁶⁹ Lois des 20 déc. 1988 et 23 janv. 1990 : art. L. 209-7 Code de la santé publique. La responsabilité est sans faute à l'égard de la victime qui attend de la recherche un « bénéfice individuel direct », mais dans le cas contraire, la victime bénéficie d'une présomption de faute pesant sur le promoteur, donc d'un régime fondé sur la spécialité et l'anormalité de la cause du dommage.

¹⁹⁷⁰ Loi du 4 janv. 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicaments.

¹⁹⁷¹ C.A.A., Nantes, 11 juin 1992, *Delhommeau*, Rec. p. 539.

Lorsqu'une erreur judiciaire engage la responsabilité de l'Etat en vertu de la loi¹⁹⁷², celle-ci semble bien s'attacher au fait que l'innocent injustement condamné subit un préjudice anormal et spécial¹⁹⁷³. D'ailleurs, dans l'hypothèse proche de l'indemnisation de la détention injustifiée, la loi de 1970 exigeait initialement que le détenu établisse un « préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité »¹⁹⁷⁴. Or, cette référence à l'anormalité manifeste, renvoie sans doute à l'existence de faute du service public judiciaire¹⁹⁷⁵. Enfin, on relève que la responsabilité de l'Etat du fait des délinquants effectuant des travaux d'intérêt général repose aussi sur l'idée de risque spécial créé et donc sur l'anormalité au niveau de la source du dommage¹⁹⁷⁶. D'ailleurs, notre idée de contrat social source de responsabilité par violation de ses clauses implique que la condition de spécialité-anormalité soit très générale.

2) La condition de spécialité intrinsèque à la responsabilité pour faute

Dans un système contractuel d'assurance mutuelle, la spécialité du dommage n'est pas nécessairement une condition de l'indemnisation. Il n'en sera ainsi que si le contrat a prévu que le critère de réparation est l'égalité de tous devant les charges communes. Si au contraire le contrat ne fonde pas l'indemnisation sur la rupture provoquée de l'égalité entre les parties, tous les dommages subis par les adhérents pourront être réparés¹⁹⁷⁷. Par exemple, il peut être prévu que toute personne a droit au remboursement de ses dépenses de santé, que toute misère ou tout chômage subi à l'intérieur de la société sera soulagé par elle, ou encore que toutes les victimes des colères de la nature seront secourues. Si, comme on le voit par ces exemples, n'importe quel citoyen, et parfois des communautés entières, sont tous, à un moment différent

¹⁹⁷² Loi du 8 juin 1895 modifiée par la loi du 23 janv. 1989 et intégrée au Code de procédure pénal à l'art. 626 : « Un condamné reconnu innocent [...] a droit à une indemnité à raison du préjudice que lui a causé la condamnation ».

¹⁹⁷³ Opinion de M. PAILLET : « la condamnation à tort crée en elle-même un préjudice anormal et spécial ». Op. cit. n°377, p. 176

¹⁹⁷⁴ Loi du 17 juil. 1970. Si depuis quelques années, les indemnisations deviennent plus fréquentes, et qu'on envisage de réformer la sévérité des exigences légales, cela constitue assurément un recul de l'exigence de spécialité mais pas une disparition de la condition d'anormalité qui se trouve simplement déplacée vers la source du dommage. C'est parce que l'anormalité du fait générateur et le dysfonctionnement de la justice, sont perçus avec plus d'acuité que l'indemnisation est plus souvent accordée.

¹⁹⁷⁵ En ce sens, M. PAILLET, op. cit. n°376 p. 174.

¹⁹⁷⁶ Art. L. 131-24 du nouveau code pénal.

¹⁹⁷⁷ Nous envisageons comme parties ici les citoyens et non la puissance publique qui, elle, représente le tout qui naît du contrat et se trouve ensuite dans une position de force avec chaque membre du corps social. Cf. notre première partie.

de leur vie, indemnisés de ces risques, alors la condition de spécialité n'est pas exigée. Ces dommages ne peuvent être évités ; ils sont pris en charge par des lois spéciales de garantie en vertu de la clause de solidarité du contrat social ; ils ne concernent pas la responsabilité *stricto sensu*. En revanche, tous les cas de responsabilité publique authentique naissent d'un événement provoqué de manière plus ou moins adéquate, volontaire, par la puissance publique, et dans ce cas il y a spécialité du préjudice puisqu'il y a détournement du cours normal des choses, de la vie normale de l'administré. Et bien sûr la spécialité est présente chaque fois qu'une personne est visée à titre individuel par un acte illégal.

La responsabilité pour faute requiert, elle aussi, la condition de spécialité du dommage, mais celle-ci ne nécessite aucun examen car la faute étant une anormalité appréciée en fonction de ce que l'on peut statistiquement attendre du service public, elle engendre nécessairement un dommage qui est spécial. La faute consiste dans la grande majorité des cas en une illégalité d'un acte de portée individuelle qui ne touche qu'une seule personne ou bien seulement quelques individus faciles à déterminer et le dommage est alors nécessairement spécial. D'ailleurs, si la responsabilité pour faute de service est justifiée par le principe d'égalité devant les charges publiques, la différence entre les responsabilités pour faute et sans faute devient relative. La violation de la clause d'égalité du contrat social constitue un manquement à une obligation, qu'elle résulte d'un fait réprouvé ou non par le juge.

Il faut remarquer sur ce dernier point qu'une partie de la doctrine reconnaît l'existence de la condition d'anormalité dans tous les cas de responsabilité administrative. Ainsi, Paul AMSELEK explique la responsabilité de la puissance publique de la façon suivante : « dans un cas, on prend en considération l'anormalité ou non-conformité à la norme de l'acte dommageable, le fait que cet acte dépasse la mesure ; on veut faire réparer par les personnes publiques des dommages qui n'auraient pas dû être causés par leurs auteurs. Dans l'autre cas, on prend en considération l'anormalité ou non-conformité à la norme de la situation dommageable de la victime, le fait que cette situation dommageable dépasse la mesure ; on veut faire réparer par les personnes publiques des dommages dont la charge ne doit pas incomber à la victime. »¹⁹⁷⁸. D'autres auteurs tirent de ce constat la conclusion que l'ensemble de la responsabilité administrative repose sur le fondement du dommage anormal¹⁹⁷⁹. Cette

¹⁹⁷⁸ *La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative*, Mél. Eisenmann Cujas 1975, p. 249.

¹⁹⁷⁹ Par exemple C. BLAEVOET, *De l'inadaptation des théories de la faute et du risque comme fondements de la responsabilité des collectivités en droit public*, J.C.P. 1958, I, 1406 ; *La place du normal et de l'anormal dans le droit*, Gaz. Pal. mars 1966, p. 65.

conclusion nous paraît excessive, car l'anormalité n'est qu'un standard permettant de déterminer l'existence d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques¹⁹⁸⁰. Et c'est cette norme-ci dont la violation engendre la responsabilité.

En tout état de cause, on trouve bien dans la jurisprudence quelques confirmations que la responsabilité pour faute passe par la condition de l'anormalité du préjudice. En ce sens, Georges MORANGE a cru déceler dans certains arrêts de la Haute juridiction administrative quelques cas de référence à la spécialité du préjudice alors que le fondement de l'action est la faute du service public¹⁹⁸¹. Ainsi, dans une affaire antérieure à la formulation de la responsabilité du fait d'actes légaux, il constate qu'après avoir dénié la faute administrative, le juge ajoute que le préjudice ne serait pas d'ailleurs spécial car il est subi par de nombreuses entreprises placées dans la même situation¹⁹⁸². A dire vrai, la rédaction de cet arrêt est très maladroite et l'on ne sait si le Conseil se penche « par ailleurs » sur la question de la responsabilité sans faute du fait d'un acte réglementaire légal ou s'il ressent le besoin de montrer qu'il n'y a pas atteinte fautive à des droits spécifiques acquis par la requérante. Par contre, le sort fait aux usagers des ouvrages publics qui doivent avoir été victimes d'un défaut d'entretien normal de l'ouvrage, à savoir donc d'une faute, paraît confirmer notre point de vue. En effet, l'usager supporte le risque normal de l'usage de l'ouvrage, celui auquel il peut s'attendre ou qui n'est pas exclu, c'est-à-dire qu'il supporte les risques qui ne sont pas dus à des fautes¹⁹⁸³, mais si le risque résulte d'une faute, le dommage devient anormal. En fait, on pourrait encore tirer argument de ce que tout dysfonctionnement administratif n'est pas une faute, pour arguer que la condition d'anormalité et de spécialité du dommage est requise. Cependant, d'une manière générale on perçoit dans certaines jurisprudences que c'est au niveau du fait générateur, fautif ou non, que se situe l'anormalité. Ainsi en est-il des cas de responsabilité engendrée par l'exploitation de choses ou méthodes dangereuses. Dans les arrêts *Lecomte* et *Daramy*, le Conseil d'Etat déclare que les dommages provoqués excèdent par leur gravité les charges incombant normalement aux citoyens¹⁹⁸⁴. De même, les dommages accidentels de travaux publics « devraient être considérés en eux-mêmes comme générateurs d'un préjudice anormal et spécial »¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁸⁰ En ce sens, P. AMSELEK, précité.

¹⁹⁸¹ G. MORANGE, *La spécialité du préjudice en droit administratif*, D. 1953, p. 165 et s.

¹⁹⁸² C.E., 22 avr. 1939, *Sté nouvelle du Kanguet*, Rec. p. 255.

¹⁹⁸³ Voir note P.L. sous C.E., 13 mars 1936, *Ministre de la guerre c/Soulier*, S. 1936,3, p. 49.

¹⁹⁸⁴ C.E., A, 24 juin 1949, Rec. p. 47 ; S. 1949,3, p. 61, concl. Barbet ; D. 1950, p. 5 chron. Berlia et Morange ; R.D.P. 1949, p. 583, note Waline ; J.C.P. 1949,II,5092 concl. Barbet et note George. Voir M. PAILLET, op. cit. p. 174.

¹⁹⁸⁵ M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, précité, n°293, p. 141.

Comme on le voit, la condition de spécialité doit toujours être remplie pour que la responsabilité de la puissance publique naisse. C'est dès lors dans l'appréciation de son seuil de reconnaissance par le juge que se joue en partie l'issue des demandes en réparation.

B) L'appréciation de la condition de spécialité

Qu'est ce qu'un préjudice spécial ? A partir de quel seuil le juge considère-t-il que la rupture d'égalité est consommée par la particularité de la situation juridique du demandeur en responsabilité ? Sur ce point des solutions parfois divergentes dont certaines systématiquement sévères (1), ont conduit la doctrine à relever « l'empirisme accusé du Conseil d'Etat »¹⁹⁸⁶ dans la détermination du seuil d'anormalité du préjudice (2).

1) *Les servitudes publiques toujours insuffisamment spéciales et anormales*

Certains dommages ne sont pas réparables, non pas parce qu'ils sont non spéciaux dans le cas d'espèce soumis à l'examen juridictionnel, correspondant à des demandes en responsabilité sans faute en réalité, mais parce qu'ils sont de ceux que n'importe qui pourrait subir en un autre lieu. Nous voulons parler des dommages que la jurisprudence considère toujours comme non spéciaux et par conséquent non anormaux.

Ainsi, les dommages liés aux modifications apportées à la circulation générale seraient une lourde charge financière en surplus des travaux si les collectivités publiques devaient les indemniser. Il est de règle que ces dommages n'ouvrent pas droit à réparation¹⁹⁸⁷ car, soit ils sont consécutifs aux changements effectués dans l'assiette ou dans la direction des voies publiques¹⁹⁸⁸, soit ils résultent de la création de voies nouvelles¹⁹⁸⁹. Les chefs de préjudice

¹⁹⁸⁶ A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, 6^{ème} éd., L.G.D.J. p. 687.

¹⁹⁸⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien 13^{ème} éd. 1999, n° 1413.

¹⁹⁸⁸ C.E., 28 mai 1965, *Epoux Tébal dini*, Rec. p. 304, A.J.D.A. 1965, p. 340, concl. Braibant.

¹⁹⁸⁹ C.E., Sect., 2 juin 1972, *Société des bateaux de la côte d'Emeraude*, Rec. p. 414 ; A.J.D.A. 1972, p. 347 ; D. 1974, p. 260, concl. Rougevin-Baville ; J.C.P. 1972, 17150 ; R.D.P. 1972, p. 497, note Waline.

exclus du droit à réparation sont cependant circonscrits aux pertes de valeurs des immeubles et aux pertes de clientèle qui sont des aléas normaux de la vie économique et des dommages non spéciaux¹⁹⁹⁰. Il faut ainsi comparer ces situations avec celles où un allongement de parcours est imposé par des ouvrages publics.

Lorsque l'ouvrage qui est à l'origine du dommage est la voie publique elle-même, le requérant a la qualité d'usager car il en tire un avantage. En ce cas, son dommage n'est pas réparable¹⁹⁹¹, sauf faute de l'administration qui aurait rendu nécessaire les travaux gênants par un mauvais entretien de l'ouvrage, ou si les travaux ont duré de manière excessive et anormale¹⁹⁹². En revanche, si la victime est tiers par rapport à l'ouvrage qui oblige à allongement de parcours, tel un port, un aérodrome ou un barrage, le dommage peut devenir spécial et anormal¹⁹⁹³, ce qui est le cas, néanmoins peu fréquent, lorsque le changement est définitif¹⁹⁹⁴.

Un arrêt récent du Conseil d'Etat a montré que cette jurisprudence se situe bien dans la théorie générale du dommage anormal et spécial¹⁹⁹⁵. Les conséquences définitives et graves résultant des opérations de rénovations urbaines vont en effet au-delà des simples modifications de la voie publique¹⁹⁹⁶. Elles sont indemnissables sans faute de l'administration, à raison d'un préjudice anormal et spécial parce que ce ne sont pas des dommages de travaux publics mais les effets de décisions légales rompant l'égalité devant les charges publiques. La perte de clientèle va au-delà du simple aléa économique lorsque le dommage est suffisamment grave¹⁹⁹⁷.

Nous pourrions mentionner à nouveau ici le cas de non-indemnisation des dommages nés des servitudes d'urbanisme en ce qu'ils ne sont pas spéciaux comme nous le croyons dans la mesure où l'indemnisation est refusée si la servitude ne porte pas atteinte à une situation de droits acquis. Or, la jurisprudence sur ce point ne reconnaît pas aisément le droit acquis¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁰ En revanche, la perte de droit d'accès à la voie publique est toujours réparable indépendamment de la dépréciation qu'elle engendre, parce que cela touche la liberté d'aller et venir. C.E., 2 juin 1972, *Société des bateaux de la côte d'Emeraude*, précité, et C.E., 20 janv. 1988, *consorts Métral*, R.D.P. 1988, p. 896, *a contrario*.

¹⁹⁹¹ C.E., Sect. 2 avril 1965, *Boudy*, Rec. p. 222.

¹⁹⁹² Concl. BRAIBANT sur C.E., 20 fév. 1970, *Société Burin des Rozières et Cie*, A.J.D.A. 1970, p. 633.

¹⁹⁹³ C.E., 21 juil. 1989, *Ministre des transports c/ époux Trommer-Hoffman*, R.D.P., 1990, p. 1174.

¹⁹⁹⁴ C.E., 22 fév. 1961, *Société Fabriques françaises Honorat et Cie*, Rec. p. 140. - C.E., 11 mai 1962, *Sieur de Tauzia*, Rec. p. 324. - C.E., 30 janv. 1963, *Chauvet*, Rec. p. 61. - C.E., 30 oct. 1970, *Gaz de France*, Rec. p. 626.

¹⁹⁹⁵ C.E., Sect., 31 mars 1995, *Lavaud*, Rec. p. 155 ; A.J.D.A. 1995, p. 384. Le pharmacien qui se retrouve sans clientèle lorsque l'ensemble des immeubles d'un quartier est détruit a droit à réparation.

¹⁹⁹⁶ C.E., 15 mars 1974, *Epoux Renault*, Rec. p. 189.

¹⁹⁹⁷ C.E., 22 fév. 1963, *commune de Gavarnie*, Rec. p. 113. - C.E., 31 janv. 1968, *Société d'économie mixte pour l'aménagement et l'équipement de la Bretagne*, Rec. p. 83.

¹⁹⁹⁸ Voir concl. MAUGUE sur C.E., 16 juin 1995, *Laugier*, BJDU, 1995 n°5, p. 384 ; D.A. 1995, comm. 546.

N'en disposent que les seuls titulaires d'autorisation d'urbanisme¹⁹⁹⁹, telle que celle de lotir ou de construire²⁰⁰⁰. Il s'agit des propriétaires qui en ont fait la demande pour une opération particulière, et ces droits ne sont acquis que de façon limitée dans le temps²⁰⁰¹. De plus, la jurisprudence limite la réparation au remboursement des impenses « à l'exclusion de tout autre préjudice »²⁰⁰². Il semble que le juge fasse ici appelle à l'exigence du caractère direct du préjudice²⁰⁰³. Mais, la certitude que cette responsabilité est largement dépendante de l'appréciation particulière que le juge fait de la spécialité du préjudice en ce domaine est apparue clairement dès lors que, depuis son arrêt *Bitouzet*²⁰⁰⁴, le Conseil d'Etat admet un droit à réparation pour la victime ayant subi un dommage exceptionnel qui rompt à son détriment l'égalité devant les charges publiques. Cela signifie en effet qu'*a contrario* dans tous les innombrables cas où le dommage n'est pas réparé, c'est parce qu'il n'est pas considéré comme suffisamment spécial et anormal. Il apparaît donc que le sort de l'action en responsabilité est alors laissé à l'appréciation empirique des juges en fonction des intérêts en présence selon les contentieux.

2) Le seuil empirique de la spécialité du préjudice anormal

Il semble bien qu'à l'origine la condition de spécialité ait été érigée en obstacle tout à fait autonome dressé sur la voie de l'indemnisation quand le juge prit conscience des applications très fréquentes que sa jurisprudence sur la rupture d'égalité devant les charges publiques pouvait connaître²⁰⁰⁵. Mais cette démarche sévère de la jurisprudence s'est

¹⁹⁹⁹ Toutefois, des droits peuvent être acquis en vertu d'un contrat conclu avec l'Etat. Ainsi, le fait que les dispositions nouvelles d'un POS paralysent la mise en œuvre d'une concession d'endiguage ouvre pour le concessionnaire un droit à indemnisation, sans que les dispositions de l'article L.160-5 y fassent obstacle: C.E., 29 déc. 1997, *Sté civile Néo-Polders*, D.A. mars 1998, p.31.

²⁰⁰⁰ L'autorisation de lotir n'emporta pas celle de construire, ce qui limite les préjudices certains. Ne sont donc pas indemnisés la perte de valeur vénale et de bénéfices escomptés: C.E., 20 janv.1984, *Domsheit*, Rec. tables p. 779. - C.E., 13 fév. 1987, *Anrigo*, Rec. p. 58.

²⁰⁰¹ Le code de l'urbanisme protège les titulaires d'autorisation d'urbanisme contre les changements de réglementation pendant une durée de 18 mois à 5 ans selon les cas. Voir C.E., 16 juin 1995, *Laugier*, précité.

²⁰⁰² C.E., 4 mars 1977, *Ministre de l'Equipement c/ SA Constructions Simottel*, Rec. p. 122, concl. Labetoulle; A.J.D.A. 1977, p. 319, concl. Labetoulle; D. 1977, p. 673, note P. Le Mire. - C.E., 31 janv.1986, *Lemonnier*, R.D.Imm 1986, p. 194.

²⁰⁰³ T.A., Nantes, 2ème ch., 24 sept. 1984, *Talour*, req. N°857.

²⁰⁰⁴ C.E., Sect., 3 juil. 1998, *Bitouzet*, Rec. p. 288, concl. R. Abraham; A.J.D.A. 1998, p. 639; R.F.D.A. 1998, p. 1243, concl. R. Abraham.

²⁰⁰⁵ G. MORANGE, *L'irresponsabilité de l'Etat législateur (évolution et avenir)*, D. 1962, chron. p. 163.

construite au détriment d'une certaine cohérence que l'idée d'anormalité envisagée du côté de la source du dommage peut permettre de rétablir.

a) Les contradictions d'une jurisprudence restrictive

La spécialité du préjudice fut parfois fermement distinguée de sa gravité de sorte à rattacher le requérant à un groupe plus important de personnes touchées par la décision dommageable en ne tenant pas compte des circonstances de fait qui rendaient la situation spécialement grave pour lui. Un arrêt de 1967 est particulièrement explicite : « à supposer que les conséquences dommageables desdites interdictions de survol aient été d'une particulière gravité pour la requérante, le préjudice causé par ces interdictions n'a pas, en raison de sa généralité, présenté un caractère exceptionnel »²⁰⁰⁶. En somme, il s'agirait de savoir combien de personnes sont touchées par la mesure et non de tenir compte des circonstances de fait qui feraient que pour certains, même une infime minorité, le dommage est considérable. Ainsi, commentant ledit arrêt, Jacques MOREAU note que « le critère de la spécialité du préjudice réparable serait arithmétique (nombre de personnes visées) et non différentiel (une personne particulièrement touchée au sein de la catégorie concernée) »²⁰⁰⁷. Notre sentiment est que la jurisprudence alors très sévère a conçu la condition de spécialité comme un véritable filtre aux actions indemnitaires. Il y a spécialité du préjudice lorsque les victimes sont nominativement identifiables et surtout très peu nombreuses²⁰⁰⁸. Par exemple, si le nombre de victimes d'une loi est trop grand, il pourrait apparaître que le législateur ayant eu le loisir de prévoir l'indemnisation mais l'ayant négligée, doit être présumé avoir accepté ce « transfert de charges » inhérent à la vie en société²⁰⁰⁹.

A ce stade, la condition de spécialité rejoint celle tenant au caractère général du texte dommageable. Il ne faut pas s'en étonner car le critère de la spécialité est peut-être arithmétique, pour autant il n'est pas « mathématique » mais bel et bien « juridique »²⁰¹⁰. En effet, plus un texte possède un caractère général, plus il concerne *a priori* un grand nombre de

²⁰⁰⁶ C.E., 24 mai 1967, *Cie aérienne de publicité internationale et d'affrètements*, A.J.D.A. 1968, p. 45 obs. J. Moreau.

²⁰⁰⁷ Note précitée.

²⁰⁰⁸ C.E., 13 mars 1937, *Société des taxis Motoblocs*, Rec. p. 322. - C.E., A., 3 déc. 1948, *Société acromaritime de l'Atlantique*, Rec. p. 460. - C.E., 23 janv. 1952, *Cie française des tramways électriques de Limoges*, Rec. p. 52.

²⁰⁰⁹ J. KAHN, *L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois*, E.D.C.E., 1962, p. 63.

²⁰¹⁰ Cf. Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, fasc. *droits subjectifs* n°217, *Préjudice Réparable*, p. 17 n°157.

personnes, et la condition de spécialité fait alors défaut. Le Conseil d'Etat ne manque pas d'ailleurs d'enchaîner les deux idées. Il n'est pas surprenant de le vérifier dans le célèbre arrêt concernant la responsabilité qui pourrait découler d'une convention internationale²⁰¹¹. Le raisonnement est par ailleurs très fréquent. Par exemple, le juge relève que « en raison de la généralité du champ d'application des dispositions législatives [...] le préjudice qu'un propriétaire peut être amené à subir du fait de leur application ne présente pas un caractère spécial. »²⁰¹². Les catégories de victimes susceptibles de souffrir d'un préjudice spécial sont donc appréciées en fonction des qualifications légales et non des éléments de pur fait.

Toutefois, les principes que nous venons de rappeler souffrent des exceptions qu'il faut circonscrire. Il n'est sans doute pas très topique de citer comme marque de l'assouplissement la célèbre affaire *Bovero* qui vit indemniser par la Haute Juridiction administrative le propriétaire qui n'avait pu obtenir l'expulsion de locataires dont l'un d'eux était combattant en Algérie en raison d'une interdiction posée par une ordonnance²⁰¹³. Ce propriétaire était alors loin d'être isolé dans cette situation, bien que le Conseil d'Etat ait pris soin de nier que le requérant puisse être regardé comme appartenant à une catégorie d'administrés. Deux années auparavant la même juridiction avait dénié le caractère de spécialité au préjudice né de l'impossibilité d'expulser les mauvais locataires pendant les mois d'hiver²⁰¹⁴. Donc si le Conseil d'Etat n'exclut pas qu'une catégorie entière d'administrés puisse subir un préjudice spécial, encore ne faut-il pas qu'elle soit importante²⁰¹⁵. Ainsi, le juge est-il hostile à considérer qu'un préjudice est spécial s'il touche toute une profession²⁰¹⁶. Dans la responsabilité sans faute, « le préjudice indemnisable, c'est celui qui n'atteint qu'un individu ou un groupe restreint d'individus »²⁰¹⁷. L'indemnisation accordée dans l'affaire *Bovero* apparaît contestable de ce point de vue, tant les familles de soldats envoyés combattre en Algérie étaient nombreuses. Doit-on croire à un empirisme accusé en cette matière ? L'impression d'ensemble que partage la doctrine sur ce point est que la sévérité du juge n'est

²⁰¹¹ C.E., A., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. p. 257. : « eu égard à la généralité des accords [...] et au nombre des ressortissants français victimes ».

²⁰¹² C.E., 13 nov. 1981, *Marcuccini*, R.D.P. 1982, p. 1448.

²⁰¹³ C.E., 25 janv. 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ Bovero*, Rec. p. 53; J.C.P. 1963, II, 13326, note Vedel ; A.J.D.A. 1963, p. 94.

²⁰¹⁴ C.E., A., 10 fév. 1961, *Chauche*, Rec. p. 108.

²⁰¹⁵ C.E., Sect., 26 oct. 1976, *Burgat*, Rec. p. 452 : les bailleurs de personnes jouissant de l'immunité diplomatique en vertu de conventions internationales peuvent en souffrir un dommage spécial.

²⁰¹⁶ Ex. C.E., 26 oct. 1962, *Consorts Olivier et autres*, R.D.P. 1963 p. 79 concl. Heumann. N'est pas établi comme spécial le préjudice subi par tous les pépiniéristes.

²⁰¹⁷ Formule utilisée par de nombreux auteurs.

plus aujourd'hui toujours si grande²⁰¹⁸. Le tournant a été sensible à la fin des années 1970 dans une affaire où le Conseil d'Etat a infirmé les solutions prises par les tribunaux administratifs en première instance²⁰¹⁹, et statué sur conclusions contraires de son commissaire du gouvernement sur la question de la spécialité du préjudice subi²⁰²⁰.

En définitive, si les cas de reconnaissance de responsabilité sans faute sur la base de la jurisprudence *La Fleurette* sont restés rarissimes c'est moins souvent la condition de spécialité qui a fait défaut que l'obstacle tiré de la volonté implicite du législateur d'exclure toute indemnité pour les dommages occasionnés par l'application de sa loi²⁰²¹. Cependant, les deux obstacles procèdent en partie d'une même idée se rapportant à la rupture d'égalité devant les charges publiques. On peut alors regretter que se retranchant derrière la volonté législative d'écarter implicitement l'indemnisation, le juge administratif adopte une position paradoxale quand il serait moins discutable de s'en référer à la théorie du dommage spécial. Si l'indemnisation des dommages causés directement par les lois est présumée exclue, c'est pour deux raisons apparemment logiques.

En premier lieu, il se peut que le juge constate que l'intérêt poursuivi par la loi est tout à fait « général et prééminent ». La loi d'intérêt prééminent ne doit à ce titre souffrir aucune entrave dans son application. En outre, la loi d'intérêt très général est celle qui véritablement bénéficie à tous à travers la communauté, y compris donc à ceux qui s'en plaignent à un titre plus particulier. Pour cette raison, on peut estimer qu'alors la condition de spécialité n'est pas réalisée en ce que l'équilibre n'est pas suffisamment rompu du fait du bénéfice que la victime tire elle aussi de la loi. Ainsi, les textes interprétés comme excluant la responsabilité sont-ils généralement des lois protectrices de la santé²⁰²², des consommateurs²⁰²³, de

²⁰¹⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1., 13^{ème} éd. 1999, n°1518.

²⁰¹⁹ Ex : T.A., Paris, 4 nov. 1976, *Société des Agrégats de Seine et Affluents*, J.C.P. 1978,II, 18778, note B. Pacteau.

²⁰²⁰ C.E., Sect., 27 mai 1977, *Société anonyme Victor Delforge et autres*, Rec. p. 253 ; J.C.P. 1978,II, 18778, note B. Pacteau; R.A. 1977, p. 488 note G. Darcy.

²⁰²¹ Lire au G.A.J.A. 1999 p. 325 le commentaire sous C.E., 14 janv.1938, *La Fleurette* ; Le juge estime que toute loi intervenue dans un intérêt général et prééminent a entendu exclure le droit à réparation, ainsi lorsqu'elle cherche à réprimer des activités frauduleuses, à protéger la santé publique, qu'elle a été prise dans un intérêt économique et social d'ordre général etc.

²⁰²² C.E., 6 janv. 1956, *Manufactures française d'armes et de cycles de Saint-Etienne*, Rec. p. 3 : contrôle de la fabrication des armes à feu en vue de protéger les utilisateurs de ces armes contre les dangers d'une fabrication défectueuse. - C.E. A., 8 janv. 1965, *Sté des Etablissements Aupinel*, Rec. p. 15 : instauration d'un contrôle du transport et de la commercialisation des spiritueux en vue de lutter contre la fraude sur les alcools et de contribuer ainsi à la sauvegarde de la santé publique.

²⁰²³ C.E., 15 juil. 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec. p. 359 ; D. 1950, p. 60, note C. Blaevoet : pour une législation portant sur les prix intervenue « exclusivement en vue de l'intérêt général, afin de garantir l'ensemble de la population contre les hausses excessives »

l'environnement²⁰²⁴, de la défense nationale²⁰²⁵, ou bien le plus souvent de l'économie nationale²⁰²⁶ ou des finances publiques²⁰²⁷.

En second lieu, l'objet de la loi peut être précisément de traiter différemment certains administrés de façon à les désavantager²⁰²⁸, ce qui est constitutionnellement possible dans le respect du principe d'égalité, dès lors que la différence de traitement est justifiée par l'intérêt général²⁰²⁹. Bien entendu, chaque fois que l'objet de la loi est de limiter ou de réprimer les activités nuisibles ou frauduleuses, elle sera interprétée comme ayant exclu l'indemnisation²⁰³⁰. Malheureusement, la doctrine relève des cas de présomption où le juge voit dans les travaux préparatoires de la loi une intention qui ne paraît pas y figurer²⁰³¹. En tout état de cause, la jurisprudence se donne une grande marge d'appréciation, tant il est vrai que la plupart des lois poursuivent, peu ou prou, un objectif d'intérêt général, et qu'il n'en ait guère qui ne touchent pas de près ou de loin aux finances publiques ou à l'économie²⁰³². On constate avec intérêt d'ailleurs que cette responsabilité dont René CHAPUS a pu dire qu'elle était un « produit de luxe »²⁰³³, fait essentiellement obstacle à la responsabilité dans le domaine économique. Elle s'explique alors par l'aléa inhérent à ce secteur d'activité, aléa auquel peuvent s'attendre les opérateurs dans la mesure où nul n'a de toute façon de droit acquis au maintien d'une législation qui l'avantage. Le dommage économique n'est pas de ceux qui mettent directement en péril la vie des individus²⁰³⁴.

²⁰²⁴ C.E., 14 déc. 1984, *Rouillon*, Rec. p. 423; D. 1986, IR, p. 249, obs. F. Moderne et P. Bon; R.A. p. 45, note B. Pacteau; R.D.P. 1985, p. 1397. – C.E., 21 janv. 1998, *Ministre de l'Environnement c/ Plan*, D.A. avril 1998, p.26 note Paillet; R.F.D.A. 1998, p. 461 : « eu égard à l'objet » en vue duquel ont été édictées les dispositions relatives à la protection des espèces protégées la responsabilité sans faute est exclue.

²⁰²⁵ C.E., 14 mars 1952, *Sieur Amiaux*, Rec. p. 166.

²⁰²⁶ C.E., Sect., 16 nov. 1960, *Société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio*, Rec. p. 621; A.J.D.A. 1960, p. 190; Droit Social 1961, p. 205, concl. J.F. Henry : « eu égard à l'objet en vue duquel a été établie la législation sur le commerce extérieur », la responsabilité ne peut être engagée.

²⁰²⁷ C.A.A., Lyon, 10 oct. 1990, *Autard*, Rec. p. 469; J.C.P. 1991, n°21761, note C. Laviolle : loi tendant à alléger les charges de la sécurité sociale.

²⁰²⁸ C.E., 23 déc. 1988, *Martin et société Michel Martin*, D. 1989, p. 267, note Moulin.

²⁰²⁹ Voir l'abondante jurisprudence sur ce principe et notamment D.C., 19 juil. 1983, Démocratisation du secteur public, rec. p. 47. – D.C., 13 déc. 1985, amendement Tour Eiffel, rec. p. 78; A.J.D.A. 1986, p. 171, note Boulouis; D. 1986, J., p. 345, note Luchaire.

²⁰³⁰ C.E., 14 nov. 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissances du Mont-de-Piété*, Rec. p. 726.

²⁰³¹ Elle cite souvent : C.E., 7 juin 1960, *Syndicat du commerce des blés*, Rec. p. 193. – C.E., 8 déc. 1950, *Sté Berty et cie*, Rec. p. 603. – C.E., 31 juil. 1991, *Sté Stambouli frères*, Rec. p. 963; D. 1991, somm. P. 286, obs. Bon et Terneyre. – C.A.A. Paris, 21 mars 1996, *Kalck*, req. N° 95PA00459.

²⁰³² Ph. TERNEYRE, *La responsabilité de l'administration économique du fait de son activité normative*, cahiers droit entreprise 1990-3, p. 28.

²⁰³³ *Droit administratif général*, t.1, n°1518.

²⁰³⁴ L'entreprise qui meurt ne se décompte pas au passif des individus qui l'animaient.

Les domaines dans lesquels la sévérité des tribunaux se fait particulièrement grande sont aujourd'hui bien délimités. Par exemple, dans le cas de préjudices provoqués par l'application de conventions internationales, un seul arrêt a positivement admis la responsabilité²⁰³⁵, tandis que beaucoup plus souvent les requérants ont été déboutés²⁰³⁶. A l'égard des activités économiques où la spécialité est véritablement un obstacle, le Conseil d'Etat infléchit peut-être sa sévérité depuis quelques années²⁰³⁷. Le principe énoncé autrefois s'assouplit en ce que les arrêts admettent à présent que la particulière gravité du préjudice subi au sein d'une catégorie plus large de victimes engendre la spécialité pour quelques-unes²⁰³⁸.

La tendance touche aussi l'hypothèse du fait de la loi mais chez certains juges du fond uniquement, qui par exemple ont admis la responsabilité sans faute de l'Etat du fait de la loi de 1976 sur la protection de la nature dans une affaire où un agriculteur se plaignait des dégâts causés à ses cultures par une espèce protégée²⁰³⁹. Néanmoins, le Conseil d'Etat semble

²⁰³⁵ C.E., Sect., 29 oct. 1976, *Burgat*, Rec. p. 452.

²⁰³⁶ C.E., A., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. p. 257 ; C.E., 25 mars 1988, *SA Sapvin*, Rec. p. 133 ; C.A.A. Paris, 16 juil. 1992, *Mme Yasmine Aga Khan*, R.F.D.A. 1993, p. 156.

²⁰³⁷ Voir C.E., Sect., 31 mars 1995, *Lavaud*, Rec. p. 155 ; A.J.D.A. 1995, p. 384 : l'aléa commercial ne s'oppose pas ce que le pharmacien implanté dans un quartier totalement rasé puis reconstruit soit indemnisé de la ruine qu'il en subit.

²⁰³⁸ C.E., 22 juin 1984, *Société Townsend car ferries*, J.C.P. 1985, II, 20444, note Pacteau. – C.E., 6 nov. 1985, *Cie Touraine Air Transport*, Rec. p. 312 ; A.J.D.A. 1986, p. 84 ; D. 1986, p. 584, note Rainaud. – C.A.A. Nancy, 8 oct. 1992, *Sté Sollac*, Rec. tables p. 1012. Le cas le plus frappant a été admis dans l'affaire où le propriétaire d'une vedette est indemnisé nonobstant le grand nombre des sociétés victimes des paralysies des ports maritimes car : « eu égard aux caractères spécifiques de l'activité de transport de passagers de Saint-Gilles-Croix-de-Vie à l'île d'Yeu assurée par lui pendant 80 jours par an seulement M. Lebeaud a subi, du fait de la fermeture pendant 9 jours du port de Saint-Gilles-Croix-de-Vie, un préjudice dont la spécialité et la gravité ont été suffisantes pour qu'il soit regardé comme excédant les charges que les usagers du port doivent normalement supporter » : C.E., 27 juil. 1984, *Lebeau*, Rec. tables p. 728.

²⁰³⁹ C.A.A. Lyon, 1^{er} fév. 1994, *Plan*, D. 1994, p. 442. Un tel assouplissement serait par ailleurs fort regrettable car il pourrait laisser penser que l'objectif de protection de la nature n'est plus aussi crucial qu'il l'a été. Les demandes précédemment fondées sur le préjudice causé par l'effet de cette loi ont toujours été rejetées. Par exemple C.E., 14 déc. 1984, *Rouillon*, R.A. p. 45.

Voir aussi pour un exemple de condamnation pour faute de l'Etat pour ne pas avoir pris les mesures réservées par la loi pour prévenir les nuisances causées par les espèces protégées : T.A. Nantes, 18 fév. 1997, *Association des marais des Olonnes c/min. de l'environnement*, Revue juridique de l'environnement, janv. 1998. On remarque aussi avec attention le cas de responsabilité retenu par la cour administrative d'appel de Lyon concernant des préjudices complémentaires imposés à une société immobilière contrainte à certaines prescriptions de constructions dont la réparation n'est pas expressément prévue par la loi du 27 décembre 1941 sur les fouilles archéologiques : C.A.A. Lyon, 6 avr. 1993, *Ministre de l'Education Nationale et de la culture c/SCI La Cardinale*, Rec. tables p. 1183. En surplus de la responsabilité prévue par la loi elle-même pour le rallongement imposés aux travaux suspendus pour des raisons de fouilles, la requérante a, par application du droit commun de la responsabilité du fait des lois, droit à réparation, des charges engendrées par des travaux supplémentaires et la modification du règlement de copropriété pour un montant de 142.000 F. Outre que la cour évite soigneusement de se référer à l'élément de gravité qui n'existe pas en l'espèce, on peut aussi contester que ce genre de préjudice soit spécial tant le cas des fouilles est fréquent.

toujours aussi réticent à admettre la responsabilité du fait de la loi²⁰⁴⁰. Il demeure ainsi enfermé dans des paradoxes évidents.

D'abord, on ne peut que s'étonner de ce que l'intérêt général qui motive l'indemnisation sans faute des dommages spéciaux dans le cas où ce n'est pas la loi qui est en cause mais une décision régulière²⁰⁴¹ ou un règlement légal²⁰⁴², puisse l'exclure lorsqu'il devient très général avec le fait de la loi. Il y a là une contradiction que la doctrine n'omet pas de relever²⁰⁴³.

Ensuite, le principe même qui consiste à présumer du silence de la loi l'intention implicite d'exclure l'indemnisation est tout à fait contestable. A l'origine d'ailleurs, le Conseil adoptait la conception inverse dans son arrêt *La Fleurette*, et le Président LAROQUE observait que dans le silence de la loi « on doit présumer que le Parlement a entendu se référer aux principes généraux du droit et, par conséquent, indemniser les individus victimes de préjudices spéciaux »²⁰⁴⁴. En effet, aujourd'hui la responsabilité de l'Etat est le principe et son irresponsabilité est l'exception. Dans une relation juridique, c'est bien à celui qui domine et en a le pouvoir de mentionner son irresponsabilité ; s'il ne le fait pas c'est qu'il ne rejette pas l'idée de sa responsabilité. Du silence de la loi c'est donc la responsabilité qu'il faut présumer et non le contraire. Nous pensons comme Georges MORANGE qu'un « régime de responsabilité, digne de ce nom, suppose que l'auteur d'un dommage ne saurait sur sa seule décision, se soustraire à toute obligation de réparation à l'égard de la victime »²⁰⁴⁵. Le Conseil Constitutionnel lui-même fait cette analyse. Ce dernier marque sa préférence très nette à présumer du silence de la loi la possibilité d'indemnisation²⁰⁴⁶.

²⁰⁴⁰ Il a cassé pour erreur de droit l'arrêt de la cour d'appel dans l'affaire *Plan*. C.E., 21 janv. 1998, *Ministre de l'Environnement c/ Plan*, D.A. avril 1998, p. 26 note Paillet ; R.F.D.A. 1998, p. 461. « eu égard à l'objet en vue duquel les dispositions législatives » ont été édictées, le législateur a entendu exclure la responsabilité de l'Etat. On rappellera utilement par ailleurs que la Haute juridiction administrative exerce son contrôle de cassation sur la qualification juridique des dommages spéciaux : C.E., 10 mars 1997, *Commune de Lormont*, Rec. p. 74. Voir aussi C.E., Sect., 3 juil. 1998, *Bitouzet*, Rec. p. 288, concl. Abraham ; A.J.D.A. 1998, p. 639 ; R.F.D.A. 1998, p. 1243, concl. R. Abraham.

²⁰⁴¹ C.E., 30 nov. 1923, *Couitéas*, Rec. p. 789 ; D. 1923,3, p. 59 concl. Rivet ; S. 1923,3, p. 57 note Hauriou, concl. Rivet ; R.D.P. 1924, p. 75 et 208, concl. Rivet note Jèze.

²⁰⁴² C.E., Sect. 22 fév. 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. p. 113 ; A.J. 1963, p. 208 chron. Gentot et Fourré ; R.D.P. 1963, p. 1019 note Waline.

²⁰⁴³ Cf. M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, op. cit. n°361 ; note LAVIALLE, précitée J.C.P. 1991, n°21761.

²⁰⁴⁴ Note sous C.E., 14 janv. 1938, *La Fleurette*, S. 1938,3, p. 25.

²⁰⁴⁵ *L'irresponsabilité de l'Etat législateur (évolution et avenir)*, D. 1962, chron. p. 163.

b) Les perspectives de rationalisation autour de l'idée d'anormalité de la source du dommage

Pour l'instant, l'idée que dans la responsabilité du fait de la norme législative, l'anormalité du dommage puisse découler de l'anormalité de la loi elle-même, se heurte à l'argutie de la souveraineté législative. Mais, d'une part on notera que celle-ci n'est pas en cause si la responsabilité recherchée ne porte pas de jugement sur la loi. D'autre part, il nous apparaît que ce débat est dépassé aujourd'hui car l'on voit bien avec la construction communautaire que le législateur national peut commettre des fautes. Il peut en commettre contre le droit international, comme il peut en commettre contre la Constitution²⁰⁴⁷.

Avec la reconnaissance de la responsabilité pour faute du législateur, on entre dans le contrôle de la loi, et au plan de la responsabilité, on ouvre la porte à la possibilité d'accorder une réparation que la loi aurait pourtant exclue. Or, selon nous, bien qu'il s'en défende, le juge administratif français est bien habilité à effectuer un contrôle de la loi dans le cas où c'est une disposition constitutionnelle qui l'y autorise et même l'y contraint. Ainsi en est-il déjà du contrôle de conventionnalité de la loi qui résulte de la jurisprudence *Nicolo*²⁰⁴⁸, rendu possible seulement par l'article 55 de la Constitution d'après le raisonnement logique du Conseil d'Etat français qui place le texte fondamental au-dessus des traités internationaux dans la hiérarchie des normes²⁰⁴⁹. Dans ces conditions, ne peut-on pas imaginer l'existence d'une règle constitutionnelle qui contraindrait aussi le juge à écarter l'application de la loi préjudiciable ? Il en existe une en vérité, celle de l'égalité des citoyens devant les charges publiques dont la méconnaissance par le législateur ordinaire pourrait être une faute contre la Constitution. Certes, on trouvera toujours des opinions opposées à une telle affirmation chez des auteurs pour lesquels « la loi n'est pas fautive par définition car la représentation nationale ne peut être accusée de commettre des fautes »²⁰⁵⁰, mais la conception contractuelle du droit

²⁰⁴⁶ D.C., 89-254, 4 juil. 1989, loi modifiant les dispositions applicables aux nationalisations, rec. p. 46. Voir aussi, D.C. 13 déc. 1985, amendement Tour Eiffel, rec. p. 78 ; A.J.D.A. 1986, p. 171, note Boulouis ; D. 1986, J., p. 345, note Luchaire.

²⁰⁴⁷ Dès 1895, Léon MICHOUX reconnaissait cette possibilité dans les pays où le juge ordinaire pratique le contrôle de constitutionnalité, R.D.P. 1895, p. 254.

²⁰⁴⁸ C.E., A., 20 oct. 1989, Rec. p. 190. Voir J.-P. MARKUS, *Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat*, A.J.D.A. 1999, p. 99.

²⁰⁴⁹ C.E., A., 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher*, D.A. janv. 1999, p. 22 ; A.J.D.A. 1998, p. 962 chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; R.D.P. 1999, p. 919, note J.-F. Flauss.

²⁰⁵⁰ G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, 4^{ème} éd. Presses de science po et Dalloz 1996, p. 293.

conduit à accepter l'idée qu'une volonté étatique puisse se lier elle-même et commettre des fautes envers un cocontractant ou même contre elle-même²⁰⁵¹.

D'ores et déjà, les spécialistes du droit international évoquent la possibilité d'interpréter l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 comme habilitant non seulement le juge à vérifier la conventionnalité de la loi, mais aussi à déclarer la faute du législateur²⁰⁵². Ceci est d'autant plus admissible en cas de violation du droit communautaire puisque la responsabilité de la puissance publique y est conçue comme le corollaire nécessaire de la légalité²⁰⁵³. On peut sans crainte annoncer que c'est par la pression du droit communautaire que le Conseil d'Etat français sera conduit à modifier sa jurisprudence restrictive sur la responsabilité du fait de la loi. La rigueur permise par l'appréciation de la condition de spécialité et d'anormalité aboutit en effet à ce que la jurisprudence française soit incompatible avec celle de la Cour de Justice des Communautés Européennes²⁰⁵⁴ pour qui la règle nationale de responsabilité ne saurait avoir pour effet de « rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation »²⁰⁵⁵. Toutefois, le principe du seuil de réparabilité des dommages en fonction de leur anormalité perdurera, car pour la C.J.C.E. l'engagement de la responsabilité du fait d'un acte normatif ne doit résulter que de la faute « caractérisée »²⁰⁵⁶. Ainsi, la théorie du dommage anormal sera préservée au moins du côté de sa source.

Dans le cas de responsabilité pour faute du législateur, le préjudice qui en résultera sera nécessairement anormal et en ce cas, le fait qu'il ne soit probablement pas spécial n'aura

²⁰⁵¹ Si le propre de la souveraineté est de pouvoir changer sa position sans commettre de faute, c'est alors à la condition d'être conscient de poser une nouvelle règle, une exception à la règle ancienne de conduite. En tout état de cause, dans un système contractuel, la puissance publique est le résultat d'une discussion permanente, d'un consensus en constante évolution avec les membres du groupe, d'où il suit que la faute peut être commise contre les membres du groupe.

²⁰⁵² Par exemple L. DUBOUIS, R.F.D.A. 1992, p. 430.

²⁰⁵³ Dans la jurisprudence de la C.J.C.E., la responsabilité est le « corollaire nécessaire à l'effet direct reconnu aux dispositions dont la violation est à l'origine du dommage causé ». Il s'agit d'une conséquence de l'engagement des Etats consentis à l'article 5 du traité de Rome obligeant à une coopération loyale. Voir D. SIMON, *La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire*, A.J.D.A. 1996, p. 493. Il s'agit bien au sens large d'une sanction qui a pour fonction d'assurer la protection juridictionnelle des droits des justiciables, soit en palliant l'absence d'effet direct, soit en renforçant les son caractère contraignant. Voir C.J.C.E., 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci c/République italienne*, point n°34, A.J.D.A. 1992, p. 143, note Le Mire. Voir aussi F. FINES, *Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de « l'Etat normateur »*, R.T.D.E. 1997, p. 74.

²⁰⁵⁴ Voir G. ALBERTON, *Le régime de responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire: de la contradiction à la conciliation*, R.F.D.A. 1997, p. 1017.

²⁰⁵⁵ C.J.C.E., 25 fév. 1988, *S.A. Les fils de J. Bianco*, aff. 331,376 et 378/85, Rec. p. 1114.

²⁰⁵⁶ « Le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance manifeste et grave, par un Etat membre, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation ». C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, point 55, R.F.D.A. 1996, p. 596

plus d'incidence puisque cette recherche de la spécialité est un indice dans la découverte de l'anormal.

En l'absence de faute, le juge administratif pense certainement que l'action en responsabilité ne doit pas décourager les initiatives législatives. L'indemnisation, même très occasionnelle, risquerait de remettre en cause l'efficacité de certaines politiques, car elle pourrait être très élevée. Par exemple, pourrions-nous protéger aussi efficacement les espèces animales si l'indemnisation devait rendre cette politique très onéreuse? Même la condamnation en responsabilité sans faute peut être dissuasive pour l'Etat.

L'explication de la sévérité du Conseil d'Etat apparaît donc plus pragmatique que juridique. En définitive, il serait plus judicieux de ne pas multiplier les obstacles spécieux pour écarter la responsabilité du fait de la loi et de faire confiance au principe d'égalité devant les charges publiques qui permet de rejeter les demandes des victimes dont le dommage n'est pas suffisamment spécial et grave. Il suffirait que la jurisprudence reste très exigeante sur la gravité comme élément de la spécialité du dommage à l'instar de ce qui est dans d'autres domaines de responsabilité sans faute tel que celui de la responsabilité pour accident thérapeutique où l'on exige un dommage d'une « extrême gravité »²⁰⁵⁷.

§2 La condition de gravité et le dommage anormal

Dans son étude consacrée au préjudice dans la responsabilité administrative, Claude-Albert COLLIARD érigeait la gravité du dommage en une condition nécessaire de sa prise en compte par le droit²⁰⁵⁸. Ce faisant, il le qualifiait alors de préjudice « exceptionnel ». Employant ce terme, il consacrait encore l'ambiguïté du critère de gravité puisque l'exceptionnel ne qualifie pas uniquement ce qui est grave mais aussi ce qui sort de la normalité. De là, on peut supposer que dans la jurisprudence la notion de gravité est susceptible de jouer un rôle implicite dans l'ensemble de la responsabilité administrative (A),

²⁰⁵⁷ C.E., A., 9 avr. 1993, *Bianchi*, Rec. p.126, concl. Daël ; A.J.D.A. 1993, p. 383, chron. Maugüé et Touvet ; R.D.P. 1993, p.1099, note M. Paillet ; D. 1994, S.C., p.65, obs. Bon et Terneyre ; J.C.P. 1993,II,22061, note J. Moreau.

²⁰⁵⁸ *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, th. Paris, Dalloz 1938, p. 80 et s.

ce que confirme le fait que l'appréciation de ce critère de l'anormalité ne se réfère pas uniquement à l'aspect quantitatif du dommage (B).

A) La place de la condition de gravité dans la responsabilité administrative

Bien que la condition de la spécialité du préjudice soit selon nous importante dans un système fondé tout entier sur le principe d'égalité devant les charges publiques, il est clair que celle-ci tend à devenir de moins en moins une difficulté pour les candidats à l'obtention d'une réparation. C'est à présent plutôt du côté de la gravité des conséquences du fait administratif que le droit se tourne, mais cela ne modifie pas les justifications de la responsabilité car il s'agit toujours de vérifier que la victime subit une rupture d'égalité par la situation spéciale qui est la sienne (1), et en définitive de caractériser le dommage anormal (2).

1) La condition de gravité, élément de la spécialité

Dans la jurisprudence contemporaine, nous remarquons que le préjudice spécial est souvent celui qui est grave. C'est parce qu'un dommage est plus grave qu'à l'habitude qu'il est spécial. Il devient alors anormal au sens premier du terme, à savoir celui de la mesure dépassée. « Quand plusieurs personnes ont subi un préjudice, celui-ci n'est spécial que pour celles dont la situation est particulièrement affectée »²⁰⁵⁹. Il semble en tout état de cause que la condition de spécialité ne soit pas la plus importante, qu'elle soit en vérité non seulement étroitement liée mais surtout dépendante de celle de gravité.

On pourrait dire qu'il n'y a pas de préjudice spécial sans gravité du dommage. L'adéquation est-elle toujours vérifiée ? Il se peut qu'un préjudice réellement spécial subi par très peu de personnes soit non grave. Imaginons qu'une seule personne subisse un préjudice non grave du fait du service public, celui-ci ne sera pas spécial parce qu'il sera considéré comme un des petits inconvénients que chacun est potentiellement susceptible

d'endurer en société. Par exemple, la perte de vue d'un immeuble n'est pas indemnisée si par ailleurs fait défaut la condition de gravité, bref d'exceptionnalité du préjudice. Et si la victime est vraiment la seule à ressentir le préjudice, c'est alors inmanquablement son fait ou sa prédisposition subjective qui l'aura conduite dans une situation si particulière. En somme, le préjudice ne sera pas causé par l'administration, là encore il ne sera pas anormal.

Cependant il y a bien des dommages graves subis par beaucoup de gens qui ne sont pas réparables car normaux. En somme, le préjudice est jugé spécial s'il est exceptionnel, grave, mais lorsqu'il est grave, il n'est pas toujours spécial. Les deux conditions ne sont en réalité que deux indices d'un faisceau qui doit permettre d'établir une rupture d'égalité anormale, c'est dire alors que ces deux conditions se chevauchent ou sont souvent confondues. Ce que le juge examine en premier lieu est la gravité du dommage afin d'en apprécier la spécialité et globalement l'anormalité. La démarche est donc inévitablement empreinte d'empirisme, mais c'est ainsi que s'expliquent les contradictions de la jurisprudence. Si l'on admet que la spécialité ne peut être qu'un indice parmi d'autres de l'anormalité du dommage subi, concevant que certains dommages peuvent être anormaux en eux-mêmes suffisamment pour provoquer une violation du contrat social, on jugera qu'en tout état de cause il n'est pas anormal que la Nation supporte la charge des loyers non payés aux propriétaires des familles de soldats partis en guerre ; on comprendra que l'inexécution de la chose jugée est toujours considérée comme un dommage spécial et anormal dans un Etat de droit²⁰⁶⁰.

2) La condition de gravité, élément de l'anormalité

²⁰⁵⁹ G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF 1992, t. 1, p. 628.

²⁰⁶⁰ C'est pour cela d'ailleurs que la jurisprudence *Couitéas* appliquée trop largement pour justifier l'inaction des forces de l'ordre est aujourd'hui fortement remise en cause. Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Quel avenir pour la jurisprudence Couitéas?*, D.A. oct. 1998 p. 4 ; L. DUBOUIS, *La « guerre de la fraise » : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire*, R.F.D.A. 1998, p. 120.

Paul DUEZ avait remarqué que juges judiciaires et administratifs considèrent les préjudices trop minimes comme ne devant pas engager la responsabilité²⁰⁶¹. Comme celle de spécialité, la condition de gravité est toujours exigible dans un recours en indemnité. Quelle que soit l'espèce, si le demandeur n'a pas lieu de se plaindre, on lui opposera, soit son manque d'intérêt à agir au stade de la recevabilité²⁰⁶², soit sur le fond l'insuffisante certitude de son préjudice. C'est ainsi au-delà du champ des décisions rendues en matière de responsabilité sans faute que s'établit la place de cette condition même si, de fait, le rejet pour insuffisante gravité du dommage n'est explicite que dans ces dernières hypothèses.

La plupart du temps il est déclaré que le dommage n'est pas « appréciable ». On l'entend par exemple des travaux publics gênants mais pendant une période considérée comme trop courte²⁰⁶³. Ce serait aussi, selon C.-A. COLLIARD, pour cette insuffisante gravité que les allongements de parcours, qu'ils soient longs mais temporaires ou bien courts mais définitifs, ne donnent pas lieu de se plaindre. L'existence du préjudice n'est jamais ouvertement contestée par les juges, ceux-ci se contentant de relever que le droit à réparation de si petites gênes n'existe pas. Cela se comprend parce que peu importe la réalité de ces préjudices dans la mesure où ils n'excèdent pas ce qu'il est normal de consentir pour l'amélioration du confort de tous, par la modification de la voie publique par exemple.

Dans un système où la responsabilité est justifiée par le maintien de l'égalité devant les charges publiques, la condition de gravité est un outil privilégié de politique jurisprudentielle. C'est par rapport au standard de la normalité que le juge apprécie finalement la gravité excessive du sacrifice consenti par l'administré au bien commun.

Puisque c'est le seul constat de l'anormalité du dommage subi qui suffit à accorder la réparation, alors le juge peut se contenter de ce constat pour satisfaire les victimes, sans avoir à porter de jugement sur le comportement de l'administration. C'est la certitude que l'on dégage de l'examen de la jurisprudence postérieure à 1945. A partir de cette époque, la notion de gravité a permis de nouvelles conquêtes de la responsabilité. On a vu apparaître

²⁰⁶¹ Cf. P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, 2ème éd. Dalloz 1938, n°251 p. 65.

²⁰⁶² La condition de gravité des conséquences d'une mesure joue chaque fois que l'on exclut le recours contre une mesure d'ordre intérieur, mesure qui n'est pas d'une importance suffisante pour justifier qu'un juge en connaisse parce que *de minimis non curat praetor*. Cf. supra p. 310.

²⁰⁶³ C.E., 22 mars 1933, *Bocabarteille*, Rec. p. 344.

discrètement de nouvelles applications de la responsabilité sans faute en dehors des cas de figure traditionnels²⁰⁶⁴.

Alors qu'en 1945 une société ne pouvait réclamer au plein contentieux contre l'Etat qui par ses agissements, non relevés comme fautifs, avait provoqué la fermeture de ses chantiers navals²⁰⁶⁵, deux années plus tard le Conseil d'Etat reconnaissait que l'action du gouvernement avait fait subir à une société dans l'intérêt général « un préjudice particulier qui, à raison de sa gravité, ne saurait être regardé comme une charge lui incombant normalement »²⁰⁶⁶. C'est de même en faisant l'économie d'un fondement explicite que le Conseil d'Etat accorda à la commune de Belfort réparation des voies publiques détériorées par le passage de blindés de l'armée en pleine ville²⁰⁶⁷. On peut citer aussi le cas du découvreur d'une invention intéressant la défense nationale empêché pour cette raison de l'exploiter²⁰⁶⁸. Mais l'affaire illustrant le mieux la nouvelle tendance naquit du litige opposant E.D.F. à M. Farsat, propriétaire d'un restaurant à l'encontre duquel avait été entamée une procédure d'expropriation abandonnée cinq ans plus tard. Sur cette affaire le commissaire du gouvernement KAHN avait relevé que l'établissement public n'avait fait qu'user de son droit discrétionnaire de renoncer à un projet²⁰⁶⁹. Pourtant se référant à la jurisprudence *Boulenger*, il était certain que la gravité du préjudice subi dans l'intérêt général avait constitué pour le requérant une charge ne lui incombant pas normalement. Le Conseil d'Etat n'a jamais renié ce point du droit²⁰⁷⁰, et l'a même confirmé positivement²⁰⁷¹.

En réalité, certaines de ces solutions sont motivées par le penchant naturel du juge administratif à préférer la responsabilité objective dans le cas même où des fautes avaient pu être à la source du dommage²⁰⁷², et nous pensons d'ailleurs que d'une manière générale ces responsabilités ne sont pas si objectives qu'on les présente²⁰⁷³. A choisir, le juge préfère constater l'anormalité de la situation d'une victime du côté de son dommage. Il se réserve en

²⁰⁶⁴ Marcel WALINE le relève dans son traité, Sirey 9ème éd. 1963, n°1583.

²⁰⁶⁵ C.E., A., 1^{er} juin 1945, *Les chantiers navals français*, Rec. p. 117.

²⁰⁶⁶ C.E., 21 nov. 1947, *Soc. Boulenger et Cie*, Rec. p. 436 ; S. 1948, 3, p. 21, concl. Odent note Mathiot.

²⁰⁶⁷ C.E., 16 mai 1950, *Ville de Belfort*, D. 1950, 3, p. 93.

²⁰⁶⁸ C.E., 1^{er} mars 1957, *de France*, A.J.D.A. 1957, p. 211, concl. Lasry.

²⁰⁶⁹ Concl. Sur C.E., Sect., 23 déc. 1970, *E.D.F. c/ Farsat*, A.J.D.A. fév. 1971, p. 96.

²⁰⁷⁰ C.E., 2 mai 1973, *Meyer et Soc. Garage Meyer*, Rec. p. 316 ; C.E., 3 mars 1976, *Girouard*, Rec. p. 119 ; J.C.P. 1977, II, 18698 note Homont.

²⁰⁷¹ C.E., 17 mars 1989, *ville de Paris c/ Sodevam*, Rec. p. 96.

²⁰⁷² C'est l'opinion que nous partageons avec Maryse DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994, p. 384 et s. Notamment à propos de l'arrêt *ville de Belfort*.

²⁰⁷³ Cf. supra p. 385 et s.

effet en tout problème de responsabilité un pouvoir d'appréciation de la cause que l'on retrouve au niveau de l'appréciation qu'il fait de la gravité du préjudice.

B) L'appréciation de la gravité du préjudice

Littéralement, la gravité d'un dommage devrait s'apprécier de manière quantitative et totalement objective. Cependant, dans la mesure où la condition de gravité n'est en réalité qu'un indice de celle d'anormalité, il apparaît que son appréciation dépend d'un seuil variable selon les circonstances de chaque espèce (1)²⁰⁷⁴, mais aussi selon la nature des dommages (2).

1) La gravité du préjudice déterminée in concreto par les circonstances de l'espèce

Selon Guy BRAIBANT, la gravité du dommage est appréciée « de façon relative et concrète, en tenant compte des conséquences qu'elles ont eu pour la victime ». Ce n'est certes pas démentir le goût certain du Conseil d'Etat pour la justice et l'équité que de traduire ainsi la synthèse des solutions rendues. Celui-ci cherche à connaître l'impact réel des mesures critiquées dans la personne du requérant. Cette appréciation *in concreto* prend en compte les circonstances de temps et de lieu conformément à la démarche pragmatique habituelle de la Haute Juridiction administrative²⁰⁷⁵.

Tout d'abord, c'est la durée de la situation imposée au requérant qui peut caractériser la gravité du dommage. C'est uniquement d'ailleurs parce que l'administré est victime d'une situation qui dure, la non-exécution d'une décision de justice par exemple, que le dommage est considéré comme ne pouvant lui incomber normalement²⁰⁷⁶. Il existe en ce cas, au profit

²⁰⁷⁴ Cf. M. ROUGEVIN-BAVILLE, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Responsabilité sans faute*, n°236.

²⁰⁷⁵ Cf. L'appréciation de la faute, supra p. 346 et s.

²⁰⁷⁶ C.E., 30 nov. 1923, *Couitéas*, Rec. p.789, précité.

de l'administration, une « période neutralisée »²⁰⁷⁷, un délai raisonnable pour exécuter la décision de justice, compte tenu des éléments concrets de chaque espèce. Le préjudice ne devient anormal, parce que grave, qu'au-delà de cette période, et le juge d'en tirer la conclusion que l'indemnité ne peut que couvrir le dépassement de période d'inaction tolérable de la part de l'administration, fixée en général à deux mois depuis 1968²⁰⁷⁸. Cette période non anormale peut-être réduite considérablement, car en fait, elle dépend du moment où le dommage devient grave pour la victime.

Une appréciation très concrète du préjudice subi a ainsi conduit le Conseil d'Etat à reconnaître le préjudice spécial de compagnies de ferries au-delà des vingt-quatre premières heures d'immobilisation de leur bateau²⁰⁷⁹, et au-delà de quinze jours pour des bateaux en réparation occupés par des grévistes²⁰⁸⁰. Dans ces hypothèses, le juge tient compte de ce que la perte d'un nombre important de passagers quotidiennement est plus grave que le retard apporté au transport des marchandises. La période de neutralisation est ainsi plus longue concernant la paralysie de navires de commerce et le rejet de l'action indemnitaire est donc plus fréquent²⁰⁸¹. Dans d'autres domaines où la période de neutralisation n'est pas invoquée explicitement comme limitant le montant des réparations dues, on peut néanmoins déduire de la modicité relative des sommes allouées l'intention du juge de limiter la réparation au préjudice consolidé au-delà d'une certaine durée de la situation dommageable²⁰⁸².

La gravité est donc reconnue en fonction de la durée excessive de la charge imposée ; dès lors, la réparation doit se limiter à la tranche de la période qui excède les contraintes que l'on peut supporter normalement. S'il semble que certains arrêts pratiquent l'indemnisation du « tout ou rien » en estimant que l'ensemble du dommage est anormal ou ne l'est pas, cela reste marginal. Si le fondement de la réparation est bien la rupture d'égalité devant les charges publiques, il est logique de laisser à la charge du requérant le coût de la période de gênes correspondant à l'aléa de la vie sociale que tout administré peut subir. Une fois de plus, l'appréciation *in concreto* de l'anormalité s'impose.

Parfois, ce sont les circonstances de lieu qui déterminent le seuil de gravité au-delà

²⁰⁷⁷ M. ROUGEVIN-BAVILLE, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, précité n°240.

²⁰⁷⁸ C.E., 26 juin 1968, *Sieurs Aimé et Louis Martinod*, Rec. p. 399.

²⁰⁷⁹ Arrêts précités du 22 juin 1984.

²⁰⁸⁰ C.E., 11 mai 1984, *Port autonome de Marseille*, Rec. p. 178.

²⁰⁸¹ C.E., 22 juin 1984, *Société Jokelson et Handstaen*, Rec. p. 247 ; J.C.P. 1985, II, 20444, note Pacteau. – C.E., 13 nov. 1985, *Secrétaire d'Etat chargé de la mer c/sté de gérance et de navigation*, Rec. tables p. 772.

²⁰⁸² C.E., 3 mars 1976, *Girouard*, Rec. p. 119. – C.E., 6 oct. 1982, *Commune de Toulouse*, Rec. tables p. 738.

duquel le préjudice devient anormal. Ainsi, les troubles permanents résultant du voisinage des ouvrages publics ne sont pas appréciés de façon identique selon que la victime était située en zone urbanisée ou en zone préservée antérieurement à l'implantation de l'ouvrage²⁰⁸³. Certes, généralement les lieux contribuent à déterminer l'anormalité du préjudice subi en référence au caractère spécial du dommage. En ville, le bruit d'une autoroute n'excède pas les nuisances que peuvent être appelés à subir ses riverains dans l'intérêt général, « qu'ainsi le préjudice dont se prévaut le requérant ne présente pas un caractère spécial et anormal »²⁰⁸⁴. Cependant, le verbe « excéder » intègre bien la condition de gravité du dommage. D'ailleurs, c'est bien en référence à une gravité particulière de son dommage que la victime d'un ouvrage en zone urbaine peut prétendre en obtenir réparation²⁰⁸⁵. Il apparaît ainsi clairement dans la jurisprudence que le caractère de gravité du dommage est l'élément le plus important permettant d'en établir l'anormalité. Ceci résulte de l'appréciation de plus en plus concrète que le juge opère sur les circonstances des espèces qui lui sont soumises²⁰⁸⁶.

Le juge administratif tient compte de l'importance du dommage au prorata de la puissance financière de la victime²⁰⁸⁷. C'est en matière économique que l'examen de gravité du préjudice est alors le plus concret. Il s'agit de vérifier l'étendue du préjudice en rapport avec le chiffre d'affaires total du demandeur. Ainsi, une réduction de moins 5 ou 10% de chiffre d'affaires ne revêt pas un caractère de gravité suffisant²⁰⁸⁸, tandis que réduit de moitié il est jugé anormal²⁰⁸⁹. Généralement, le préjudice n'est grave que si le requérant est frappé dans l'intégralité de sa production²⁰⁹⁰. De plus, comme on l'a déjà dit, le juge compense

²⁰⁸³ C.E., 22 oct. 1971, *Epoux Blandin*, A.J.D.A. 1971, p. 686, chron. p. 657.

²⁰⁸⁴ C.E., 13 nov. 1981, *Venard*, Rec. tables p. 910.

²⁰⁸⁵ Cf. C.E., 8 oct. 1986, *Ville de Nice*, Lexilaser n°37.134 et s. (24 arrêts) : « que la mise en service de l'autoroute urbaine a entraîné [...], en raison notamment des pertes de vues, d'éclaircissement et d'ensoleillement dues à la proximité de l'ouvrage, une aggravation qui a été exactement estimée par l'expert commis par les premiers juges et qui, bien que l'appartement dont il s'agit fut situé dans une zone déjà urbanisée, excède par son importance la gêne que doivent normalement supporter, dans l'intérêt général, les propriétaires voisins d'une autoroute ».

²⁰⁸⁶ Voir nos développements sur la condition de spécialité appréciée elle aussi de plus en plus *in concreto* en perdant toute autonomie conceptuelle, supra p. 461.

²⁰⁸⁷ C.E., 26 janv. 1979, *Société Avenir Publicité*, Rec. p. 26. Voir C.A.A., Nancy, 9 déc. 1999, *Commune de Saint-Avold*, A.J.D.A. 2000, p. 265, obs. P.R. p. 221 : le juge fait ici exactement le même raisonnement sur le plan de la légalité de l'instauration d'une servitude administrative jugée non excessive eu égard à la puissance financière de la société victime.

²⁰⁸⁸ C.E., 11 juil. 1983, *Société coopérative agricole de vinification de Luc-sur-Orbieu*, Rec. p. 307. - C.E., 24 mars 1978, *Institution interdépartementale des barrages réservoirs du Bassin de la Seine c/Advenier*, Rec. tables p. 963.

²⁰⁸⁹ C.E., 20 mars 1978, *Institution interdépartementale des barrages réservoirs du Bassin de la Seine c/Brussol*, Rec. tables p. 963.

²⁰⁹⁰ Voir concl. HEUMANN sur C.E., 26 oct. 1962, *Consorts Olivier et autres*, R.D.P. 1963, p. 79

inconvenients et avantages engendrés par les mesures, même si les avantages ne sont pas immédiatement perceptibles et tout à fait indirects. Concluant sur l'affaire *Manurhin*, le commissaire du gouvernement ORDONNEAU avançait que si une législation « économique implique des contraintes dommageables, elle bénéficie par l'organisation qu'elle apporte au marché, à ceux-là même à qui elle impose ces contraintes »²⁰⁹¹.

On a parfois vu la jurisprudence judiciaire moins favorable à l'égard des victimes que celle du juge administratif en raison de sa démarche moins pragmatique. A l'époque des tracasseries faites aux curés de villages par des maires provocateurs, la Cour de cassation a jugé que faire sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil n'était pas, pour le curé qui s'en offusque, un préjudice appréciable²⁰⁹². Dans le même temps le juge suprême administratif dédommageait les prêtres vexés par les mêmes agissements²⁰⁹³. Comment expliquer autrement ces divergences sinon par l'appréciation très concrète qui est faite de la qualité de la victime ? Bien qu'abstraitement minime, voire ridicule, le préjudice est certainement grave pour un homme qui a placé toute sa sensibilité dans ses croyances religieuses. Au-delà de l'explication empreinte d'ironie, il faut y voir la grande liberté du juge, et l'on se demande même si la responsabilité n'a pas ici de manière flagrante fait office de sanction, d'avertissement adressé à l'administration²⁰⁹⁴.

En ce qui concerne des cas classiques de dommages jugés réparables parce qu'ils sont graves on peut rapporter deux hypothèses fréquentes. La première concerne les riverains des voies publiques troublés par les chantiers d'une ampleur exceptionnelle que sont « les travaux étrangers aux travaux ordinaires d'entretien et de réfection »²⁰⁹⁵, ou ceux nés de réfections qui par leur durée causent des désagréments excédants ceux que doivent normalement supporter les riverains sans indemnité²⁰⁹⁶. La seconde se rapporte à l'usage anormal, non prévisible, que l'administration fait de son droit de propriété comme en matière d'urbanisme lorsqu'il est procédé à des démolitions de plusieurs immeubles²⁰⁹⁷, ou à des travaux d'adduction d'eau dont le Conseil d'Etat a toujours déclaré qu'ils n'étaient pas au nombre de ceux pour lesquels le code civil avait exclu tout droit à indemnité comme constituant l'usage normal de la propriété²⁰⁹⁸. Tous ces anciens exemples convergent vers une seule démonstration, celle du

²⁰⁹¹ C.E., 29 juin 1962, *Société Manufacture des machines du Haut Rhin*, Rec. p. 432.

²⁰⁹² Cass. Civ., 3 mars 1915, D.P. 1920, I, p. 108.

²⁰⁹³ C.E., 12 juil. 1912, *Abbé Perpère*, Rec. p. 811 ; confirmé par C.E., 7 mars 1934, *Abbé Belloncle*, Rec. p. 309.

²⁰⁹⁴ Voir supra p. 191 et s.

²⁰⁹⁵ Pour la construction du métropolitain : C.E., 1^{er} août 1914, *Chabaud*, Rec. p. 1008.

²⁰⁹⁶ C.E., 11 avr. 1913, *Ville de Grenoble*, Rec. p. 382.

²⁰⁹⁷ C.E., 21 janv. 1921, *Ville de Clermont-Ferrand*, Rec. p. 97.

²⁰⁹⁸ C.E., 13 mai 1908, *Blay*, Rec. p. 276. ; C.E., 4 août 1902, *Commune de Sillé-le-Guillaume*, Rec. p. 636.

dommage anormal. Et l'on peut dire aujourd'hui encore qu'en matière de travaux publics, l'anormalité dépend largement de la gravité du dommage²⁰⁹⁹.

C'est aussi pourquoi le juge n'omet pas de tirer les conséquences de ce que les circonstances d'une espèce aient été exceptionnelles, pour élever le seuil de gravité des dommages caractérisant leur anormalité. En effet, toutes les fois que l'exceptionnalité des circonstances atténue le caractère fautif des agissements administratifs, c'est aussi nécessairement le seuil d'anormalité du préjudice qui est atteint²¹⁰⁰. Ainsi, dans certaines espèces, les circonstances exceptionnelles ont pour effet que ne soient plus considérés comme anormaux des dommages qui sont pourtant des dommages en principe toujours graves par nature²¹⁰¹.

2) La gravité du préjudice déterminée in abstracto par sa nature

Le standard de l'anormal ne se nourrit pas que de la gravité et de la spécialité des dommages. Il y a parfois des préceptes profondément ancrés dans l'esprit des juges qui font que certains dommages sont « anormaux par leur nature même, quelle que soit leur gravité : c'est le cas des dommages corporels, ainsi que des dommages matériels stricto sensu, c'est-à-dire qui se traduisent par la destruction ou la détérioration de biens mobiliers ou immobiliers »²¹⁰². Les commissaires du gouvernement du Conseil d'Etat partagent certainement l'opinion de M. COMBARNOUS et comme lui : « nous ne croyons pas qu'il suffise qu'un dommage dépasse un certain montant pour ouvrir droit à indemnité [...] jurisprudence nous paraît prendre en considération la nature de ce dommage »²¹⁰³.

De la jurisprudence, il résulte que les dommages corporels et les dégradations matérielles des biens sont regardés comme graves par leur nature même²¹⁰⁴. C'est ainsi que la

²⁰⁹⁹ P. TIFINE, *La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux dans la structure de la responsabilité du fait des ouvrages publics*, R.D.P. 1996, p. 1405

²¹⁰⁰ Cf. supra p. 456, la faute cause nécessairement un dommage qui est spécial.

²¹⁰¹ C.E., 24 nov. 1950, *Borrot*, Rec. p. 574 : les sévices corporels subis au cours d'une arrestation en période exceptionnelle ne sont plus des dommages graves dès lors que la faute lourde ne peut être facilement reconnue dans de telles circonstances. Voir supra p. 348.

²¹⁰² M. ROUGEVIN-BAVILLE, conclusions sur C.E., Sect., 2 juin 1972, *Société des bateaux de la Côte d'Emeraude*, D. 1974, p. 260.

²¹⁰³ Concl. sur C.E., Sect., 11 mai 1962, *Ministres des Travaux publics c/consorts Duboul de Malafosse*, A.J.D.A. 1962, p. 588.

²¹⁰⁴ C.E., 18 avr. 1980, *Société nationale industrielle aérospatiale SNIAS*, Rec. p. 190 : destruction non fautive d'un avion en phase de test auprès de l'administration.

destruction de plans de vignes a pu être considérée comme occasionnant un préjudice grave nonobstant le caractère minime de la somme allouée²¹⁰⁵. Si l'on ne peut pas se satisfaire de constats sans justification, on rappellera que le principe de vie impose aux hommes d'apprécier la gravité des atteintes aux droits non pas seulement au vu des pertes matériellement subies, mais encore au vu des conséquences que les petits dommages peuvent avoir sur la vie elle-même. Il est conforme aux objectifs de prévention assignés à toute responsabilité que soit prise en considération l'atteinte aux droits et intérêts subjectifs des personnes comme base des préjudices. Même lorsqu'elle refuse de croire que la lésion d'un droit est une condition nécessaire du préjudice, la doctrine doit bien observer que « la reconnaissance de l'anormalité est plus facile lorsqu'un droit est lésé »²¹⁰⁶. Est ainsi presque toujours anormale la privation d'accès à la voie publique²¹⁰⁷, parce qu'elle constitue une atteinte à la liberté d'aller et venir. L'anormalité étant un seuil, le constat de rupture peut passer par de multiples paramètres.

Cette conception plaît aux publicistes puisqu'elle favorise l'autonomie du droit administratif en attribuant la responsabilité des dommages à une anormalité arithmétique et relativement dépersonnalisée. Cependant, tout le monde ne la partage pas dans la mesure où sa pertinence doit encore être mesurée à la conception que l'on se fait du problème de l'imputabilité des dommages au responsable. En effet, on aurait tort de penser que la responsabilité en droit administratif se limite à un jeu de calcul, car dans la mesure où elle remplit une fonction normative de sanction et de prévention pour tous ses acteurs, elle doit encore trouver ses limites dans la condition d'imputabilité des préjudices à la puissance publique.

²¹⁰⁵ C.E., 5 fév. 1969, *Syndicat du canal de submersion de Raonel et des Basses-Plaines*, Rec. p. 66 : 1000 F.

²¹⁰⁶ Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Préjudice réparable*, n°210.

²¹⁰⁷ Voir R. CHAPUS, *Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics*, Mél. Waline, L.G.D.J. 1974, p. 307.

Chapitre 2

L'IMPUTABILITE LIMITEE PAR LA NOTION MEME DE RESPONSABILITE

Avec le concept d'imputabilité nous touchons au point d'orgue du problème de la responsabilité, celui qui peut infirmer ou confirmer la théorie générale. Le terme même évoque la responsabilité en ce qu'il désigne : « ce qui peut être mis au compte d'une personne comme une faute, [...] ou plus généralement, comme un fait à sa charge, en raison de ce que ce fait provient bien de sa part et non d'une cause étrangère »²¹⁰⁸. L'examen de l'imputabilité peut donc constituer l'approfondissement final de la discussion relative aux fondements, fautif ou non, car en lui-même le concept embrasse l'idée de responsabilité pour la fixer sur son problème central : la causalité. Mais si l'attribution de l'imputabilité doit se faire sur le choix d'un fondement, il n'est pas systématique que celui-ci repose sur la causalité du dommage. En fait, il est tout à fait possible en théorie de ne pas lier les deux²¹⁰⁹. En effet, on peut définir le problème de l'imputabilité plus généralement comme celui qui consiste à déterminer la personne sur le patrimoine de laquelle pèsera la réparation²¹¹⁰. Or, l'on sait que dans la responsabilité administrative existent des cas d'imputabilité de la responsabilité indépendants de l'idée de causalité efficiente, ce sont les hypothèses de garantie. Ainsi, dans un cas l'on envisage l'imputabilité du fait dommageable, tandis que dans l'autre on envisage l'imputabilité de la responsabilité. C'est le premier problème qui nous préoccupe ici, car nous avons déjà traité par l'étude des obligations pesant sur l'administration du problème des fondements de l'imputation de la responsabilité²¹¹¹. Nous ne le retrouverons que dans les cas où les deux se recoupent, c'est-à-dire dans ceux où l'imputation de la responsabilité résulte de l'imputation du fait dommageable. C'est ce dernier point qui correspond à la responsabilité pleine et entière dans ses fonctions préventive et indemnificatrice.

²¹⁰⁸ *Vocabulaire juridique Cornu*, Assoc. H. Capitant, 8^{ème} éd. PUF 2000.

²¹⁰⁹ Cf. M. DEGUERGUE, *Causalité et imputabilité*, J.-Cl. Ad., fasc. 830.

²¹¹⁰ Voir G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, coll. Connaissance du droit Dalloz 1996, p. 123 ; M. DEGUERGUE, J.-Cl. Ad. fasc. 830 ; T. MACRA, *Imputabilité de la responsabilité aux personnes publiques*, Revue de recherche juridique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1996-3.

En effet, on est responsable du dommage que l'on cause sans droit, et par conséquent le droit à réparation dépend des causalités. Selon le professeur Jacques MOREAU, le droit de la victime envers un responsable dépend de la causalité. D'une part, son rôle causal dans la réalisation du dommage peut diminuer son droit, d'autre part, la responsabilité de l'administration serait d'autant plus rigoureuse qu'elle a adéquatement causé le dommage. Le concept de causalité se présente comme un concept « réparateur » en ce sens qu'il s'agit d'un élément susceptible d'appréciations variées et de théories différentes qui, mises en œuvre parallèlement, n'aboutissent pas aux mêmes imputations. De nombreuses solutions jurisprudentielles s'expliquent par la seule appréciation de la causalité. Les juges peuvent tantôt user de la causalité adéquate, tantôt de la théorie de l'équivalence des conditions. Ils ont aussi à faire le choix de la causalité intégrale ou de la causalité partielle. Ce qui doit guider la solution des problèmes de causalité, c'est l'adéquation avec les fonctions de la responsabilité. Or, il apparaît que le lien d'imputation est un des éléments sur lequel le juge peut le mieux jouer pour réparer ou ne pas réparer les dommages. Nous avons déjà abordé ces points dans l'étude de l'exigence du caractère direct du préjudice subi par la victime du fait administratif, qui constitue un aspect complémentaire de la question de l'imputabilité sans toutefois se confondre avec elle²¹¹².

Contrairement à la notion de faute ou de dommage réparable, celle d'imputabilité n'a pas de lien très direct avec la situation plus ou moins subjective de la victime par rapport au service public. L'imputabilité s'envisage de la même façon en responsabilité contractuelle et extra-contractuelle. En effet, le problème de la limitation de la réparation au dommage prévisible lors de la conclusion du contrat est une question qui relève principalement de l'étude du dommage et de la réparation²¹¹³. Cependant, nous avons exposé précédemment le lien indirect existant entre l'étroitesse des rapports de la victime et de l'administration et une certaine causalité. C'est pourquoi dans ce chapitre nous insisterons sur le rôle causal de la victime et le partage de responsabilité. Nous verrons que le juge administratif ne s'embarrasse pas de dogmatisme dans ce domaine et qu'il adopte différentes conceptions de la causalité en fonction de la qualité de la personne qu'il veut rendre débitrice et de la personne qui possède

²¹¹¹ Nous en avons longuement discuté dans l'examen des fonctions de la responsabilité, supra p. 118 et s., mais aussi dans l'étude du fait générateur de responsabilité, supra p. 271 et s.

²¹¹² Cf. supra p. 435 et s.

²¹¹³ Cette exigence est formulée par l'article 1150 du Code civil en ce qui concerne la responsabilité contractuelle de droit privé, mais on peut se demander si l'exigence n'est pas générale en droit administratif.

la créance. La pluralité de rôles que la causalité peut remplir est alors révélée. La démarche du juge administratif en ce domaine correspond aux différentes fonctions que la responsabilité doit remplir. Ceci est rendu possible en ce que le procès en responsabilité est détachable en deux phases successives et complémentaires, une phase de détermination des personnes obligées à réparation et une phase de contribution à la dette. Il apparaît donc que successivement, la causalité peut être utilisée, voire détournée, à des fins indemnitrices (Section 1), puis à des fins distributives (Section 2), de sorte que l'équilibre du corps social soit maintenu.

SECTION 1

L'UTILISATION DE LA CAUSALITE A DES FINS INDEMNISATRICES

La responsabilité administrative est traditionnellement présentée comme une responsabilité directe de l'administration. Ainsi, si c'est aux personnes publiques que l'on fait obligation de réparer, c'est en exigeant que le dommage soit la conséquence directe du fait administratif²¹¹⁴. Cette présentation ne correspond pourtant pas à la réalité dans la plupart des cas. En effet, les dommages qui sont imputés à l'administration sont très souvent le résultat d'une pluralité de causes. Il y a le fait des agents tout d'abord, car presque toujours le dommage est dû à l'action d'un rouage administratif précis, bien que non identifié²¹¹⁵. Il y a aussi le fait des tiers extérieurs à l'administration, et le fait des choses ou événements étrangers à la cause administrative. Malgré ces réalités, on fait peser sur le corps social représenté par les personnes publiques le poids des charges d'indemnisation. Dans la phase d'obligation à la dette, tout ce passe comme si l'on voulait faciliter l'exercice de son droit par la victime. L'action en réparation est simplifiée pour la victime en même temps qu'on lui offre un débiteur toujours solvable. On lui confère une possibilité, devenant parfois même une obligation, de demander sa réparation à l'administration, même si d'autres événements sont la

Voir Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, *Economica* 1989, p. 174 et 175.

²¹¹⁴ Cf. le caractère direct du préjudice, *supra* p. 436 et s.

cause du dommage, ainsi si la cause est en autrui (§1) , ainsi si la cause est partiellement étrangère à l'administration qui ne pourra pas s'en exonérer vis-à-vis de la victime (§2).

§1 La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif

Sur la responsabilité du fait d'autrui en droit administratif, s'est toujours focalisé le débat relatif à l'autonomie des règles²¹¹⁶. Au fond, la question a toujours été de savoir quelle différence il peut y avoir entre la responsabilité d'un commettant pour le fait de son préposé et celle du service public pour le fait de son agent, ou encore entre la responsabilité des parents du fait de leurs enfants et celle du service public pour les personnes physiques sous sa garde²¹¹⁷. Selon les civilistes, deux conceptions de la responsabilité du fait d'autrui sont désormais soutenables²¹¹⁸. Au sens large, « il y a responsabilité pour autrui dès lors qu'à l'occasion d'un dommage causé matériellement par une personne, une autre personne est déclarée responsable »²¹¹⁹. Mais, dans un sens plus étroit, et alternatif par rapport à la responsabilité du fait personnel, la majorité de la doctrine conçoit « qu'il y a responsabilité pour autrui lorsqu'une personne répond du dommage commis matériellement par une autre, sauf si cette responsabilité exige la preuve d'une faute personnelle (faute de surveillance par exemple) de celui qui est poursuivi »²¹²⁰. Il apparaît donc impossible aujourd'hui de nier que la responsabilité administrative est déclenchée par le fait d'un autrui qui pourrait être lui-même responsable, de sorte que la responsabilité de la puissance publique apparaît dans la conception large comme une responsabilité indirecte du fait d'autrui qui a connu d'ailleurs une remarquable évolution (A). En même temps, ladite évolution ne peut pas remettre en

²¹¹⁵ Cf. le caractère anonyme de la faute, supra p. 334 et s.

²¹¹⁶ Cf. dans notre introduction réflexions sur T.C. 8 fév. 1873, *Dugave et Bransiet*.

²¹¹⁷ Voir P. BON, *La responsabilité des personnes dont on a la garde : sur un rapprochement des jurisprudences administrative et judiciaire*, R.F.D.A. 1991, p. 991

²¹¹⁸ En droit privé, il existe en réalité trois conceptions possibles mais celle consistant à classer dans la responsabilité du fait d'autrui uniquement les cas limitativement énumérés par l'article 1384 du code civil est totalement dépassée aujourd'hui. Voir G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ème éd. L.G.D.J. 1998, n°788-6 p. 816. De plus, elle n'est bien sûr pas transposable en droit administratif puisque celui-ci ne connaît pas exactement des mêmes faits que ceux envisagés par l'article 1384 dans ses alinéas.

²¹¹⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ème éd. L.G.D.J. 1998, ibid.

cause l'autonomie théorique de la construction publiciste, car en se référant au contrat social on doit reconnaître que dans tous les cas de responsabilité de la puissance publique, cette dernière est bien responsable pour son fait propre, ce qui exclut de la classer dans la responsabilité du fait d'autrui *stricto sensu* (B).

A) La responsabilité en droit administratif, une responsabilité engagée par le fait d'autrui

Jusqu'aux célèbres propos de M. WALINE²¹²¹, l'opinion dominante ne remettait guère en cause la pratique jurisprudentielle qui laissait croire par la théorie de la faute de service que l'administration était toujours directement responsable des dommages dont elle répondait²¹²². Les libellés des arrêts et certaines incitations textuelles entretenaient l'illusion que les dommages étaient uniquement le fait des services (1). Sans doute l'expérience de la seconde guerre mondiale a-t-elle ouvert les yeux de la doctrine contemporaine sur le caractère désincarné de cette conception et le trop grand déficit de responsabilité individuelle des administrateurs. Mais surtout, c'est l'extension de la responsabilité administrative elle-même qui a montré les limites de la théorie (2).

1) Une responsabilité du fait d'autrui volontairement transférée sur la puissance publique

Ce sont les écrits des auteurs les plus proches de l'administration et de sa juridiction qui ont établi la vision autonomiste du droit administratif de la responsabilité. Edouard LAFERRIERE a été le plus grand chantre de la thèse autonomiste qu'il a assise au terme

²¹²⁰ Ibid.

²¹²¹ *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4^{ème} éd. Sirey 1946, p. 496 et s. Mais cette position alors isolée était déjà soutenue par L. DUGUIT, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 1903, p. 637.

²¹²² Cependant voir SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, 3^{ème} éd. 1876, t. 1. ; BIGOT D'ENGENTE, *De la responsabilité pécuniaire de l'Etat en matière d'actes de puissance publique*, th. Paris, Rousseau, 1907 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*,

d'une démonstration célèbre reposant sur ce que le code civil a créé la responsabilité du fait d'autrui pour l'homme²¹²³. Ainsi, selon ce haut conseiller, la responsabilité de l'administration est une responsabilité « directe » : le service est censé être « l'auteur de la faute »²¹²⁴. A l'appui de cette constante revendication d'autonomie du droit administratif, plusieurs arguments ont été invoqués, qui tous confirment que la conception est volontariste et poursuit comme unique but la soustraction de l'administration au juge du droit commun²¹²⁵ en même temps que la garantie de solvabilité pour les victimes.

A l'origine, on a rejeté l'application du code civil à l'Etat afin d'éviter que celui-ci ne soit largement condamné pour les faits de ses agents. Cela permettait à l'administration d'échapper aux condamnations en cas de dol ou de faute lourde des agents la représentant. Cela aurait en outre grevé les finances publiques. L'application de l'article 1384 du code civil aurait obligé l'administration à réparer des dommages sans que cela permette en outre de prévenir les comportements négligents des agents²¹²⁶. C'est que la responsabilité de l'administration pour le fait de ses agents n'était pas au début conçue comme excluant toute responsabilité personnelle pour les faits les plus graves. Incapable de séparer totalement responsabilité et agissements humains à l'époque, la jurisprudence ne semblait pas occulter que l'expression faute de service désignât bien la faute de l'agent. En 1935, un auteur relevait que les arrêts n'employaient pas l'expression de « faute de l'Etat » ou de « faute du responsable »²¹²⁷, mais qu'au contraire, on y relevait des expressions telles que « faute à la charge du service public » ou « faute imputable aux agents de l'Etat »²¹²⁸. Le vocabulaire a cependant radicalement évolué dans la seconde moitié du siècle, période de grande objectivation de la responsabilité, et la jurisprudence a généralisé la désignation de la faute comme directement imputée à la personne publique responsable.

Certes, le service personne morale, ou organe d'une personne morale, ne peut se voir imputer une faute civile subjective. Néanmoins, il est réputé responsable pour faute de service. En réalité, cette faute n'est pas la faute « du » service, elle est matériellement celle

t.3., 3^{ème} éd. 1930 ; J. LUCHET, *L'arrêt Blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, Les presses modernes, Paris, 1935.

²¹²³ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1896, t.2, p. 189.

²¹²⁴ Dans le même sens P. DARESTE, *Les voies de recours*, 1914, p. 536 à 538.

²¹²⁵ Voir C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, coll. Systèmes, L.G.D.J. 1996, p. 39 à 52.

²¹²⁶ L. ROGER, *De la responsabilité civile de l'Etat*, th. Montpellier, Rousseau, 1900, p. 143.

²¹²⁷ J. LUCHET, *L'arrêt Blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, Les presses modernes, Paris, 1935, p. 16.

²¹²⁸ C.E., 19 mai 1922, *Dourdent*, S. 1924,3,p. 9. - C.E., 23 juin 1922, *Gaspard*, S. 1924,3, p. 9. - C.E., 9 mars 1923, *de Villesbrunne*, D.H., 1923, chron., p. 13.

d'un agent, mais le droit administratif ignore volontairement ce fait pour considérer, comme par un transfert, que c'est le service qui commet la faute²¹²⁹. Ceci explique que l'on ne puisse demander réparation qu'à la personne publique, contrairement à l'état du droit civil. De ce constat, certains auteurs affirment encore que la responsabilité de l'administration n'est donc pas une responsabilité du fait d'autrui mais « une variété particulière de responsabilité du fait personnel »²¹³⁰. Mais quel est l'argument logique qui permet aux juges d'occulter le fait de l'agent pour l'imputer à la personne morale ? Nous sommes prêt à entendre le point de vue autonomiste traditionnel, mais sur la base de quel raisonnement juridique peut-on affirmer que la responsabilité déclenchée par le fait de l'agent n'est rien que la responsabilité directe de l'administration ?

On a soutenu que l'administration ne choisit pas ses agents comme un commettant peut le faire. Mais, on sait depuis longtemps que cette considération n'est pas essentielle à l'application de l'article 1384 al. 5 puisque cette responsabilité n'est pas fondée sur une erreur ou sur une faute dans le choix du préposé²¹³¹. De même, l'objection tirée de ce que l'administration est si vaste qu'elle n'a pas les moyens de surveiller ses agents efficacement est inopérante. En effet, il est du devoir des collectivités de se doter des moyens suffisants de surveillance de leurs préposés. Il serait choquant d'admettre que plus une entreprise est grande moins elle peut surveiller et être responsable. L'obligation de ne pas nuire est la même pour tous, petites ou grandes collectivités, personnes publiques ou privées y sont soumises avec rigueur.

Certes, la position classique a toujours été encouragée par l'Etat lui-même, qui n'a pas manqué parfois de légiférer pour substituer sa responsabilité directe vis-à-vis de la victime à celle de certains de ses agents. Ainsi les instituteurs puis les magistrats ont-ils bénéficié d'une garantie d'irresponsabilité vis-à-vis de leurs victimes. La loi du 20 juillet 1899, étendue par une autre du 5 avril 1937²¹³², a mis les membres de l'enseignement public à l'abri d'une

²¹²⁹ P. DELVOLVE, *La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif*, Mél. Marty, 1978, p.407 et s.

²¹³⁰ C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, p. 52, note 33. Et voir aussi : *Existe-t-il une responsabilité administrative du fait d'autrui*, colloque Le Mans 2 juin 2000, à paraître à la revue Res. Civ. Et assur. Voir pareillement M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996, n° 127 p. 68.

²¹³¹ A. BIGOT D'ENGENTE, *De la responsabilité pécuniaire de l'Etat en matière d'actes de puissance publique*, th. Paris, Rousseau, 1907 p. 28.

²¹³² Voir le commentaire de M. WALINE, D.P. 1938, I, p. 41.

condamnation autre que par le biais d'une hypothétique action récursoire²¹³³, dans le cas des dommages causés ou subis par des élèves placés sous leur surveillance. De même, une loi du 7 février 1933 a substitué la responsabilité de l'Etat à celle des magistrats judiciaires dans le cas de prise à partie²¹³⁴, et ceci est devenu la règle pour toutes les lois suivantes ouvrant la responsabilité du service public judiciaire pour le fait de leurs fonctionnaires²¹³⁵. Notons tout de même que la prise à partie n'est possible qu'en cas de faute professionnelle grave d'un magistrat seulement²¹³⁶. Enfin, remarquons que la loi du 18 janvier 1979 qui a prévu l'action récursoire de l'Etat contre le magistrat auteur d'une faute personnelle ne permet toujours pas à la victime de mettre civilement en cause le magistrat directement.

En même temps qu'elles encouragent les tribunaux à accorder à tous les agents publics des garanties équivalentes, de telles lois ne sonnent-elles pas comme un aveu de déraison juridique finalement assez fragile ? En effet, à trop nier le fait de l'homme dans l'accident administratif, on a fini par exposer les faiblesses de la construction théorique lorsqu'il s'est agi de développer la responsabilité de l'administration pour les faits commis par des tiers autres que les agents ou par le fait d'agents commis à la frontières de leurs fonctions.

2) Une conception rendue fragile par l'extension de la responsabilité du fait des tiers

Depuis C. EISENMANN²¹³⁷, une partie de la doctrine a classé la responsabilité administrative dans la responsabilité du fait d'autrui²¹³⁸. On doit admettre que cette opinion n'est pas dénuée de fondement, car il existe de nombreuses illustrations de cas dans lesquels l'administration est tenue de répondre de dommages qui sont d'abord causés par d'autres qu'elle-même. Si nous partageons globalement ce point de vue, il ne s'agit cependant pas

²¹³³ Ou par le droit que possède l'Etat d'appeler l'enseignant en garantie à l'instance : Cass.cic., 25 mars 1954, *Lohner c/ époux André et autres*, D. 1954, p. 400. Ce droit est reconnu à l'Etat par la Cour de cassation mais on ne connaît pas la position du Tribunal des conflits et du juge administratif sur la question délicate de la compétence contentieuse dans cette hypothèse. En effet, les actions récursoires de l'administration contre les enseignants sont si rares qu'aucune de ces juridictions n'a eu l'occasion de trancher la question. Voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J. 1984, t.1, n°557 p. 714.

²¹³⁴ Cette loi est aussi applicable aux officiers de police judiciaire.

²¹³⁵ Loi du 14 déc. 1964 disposant la responsabilité de l'Etat du fait de la tutelle civile, et loi du 5 juil. 1972.

²¹³⁶ Voir M. LOMBARD, *La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972*, R.D.P. 1975, p. 585.

²¹³⁷ C. EISENMANN, *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949, I, 742 et 751.

²¹³⁸ M. WALINE, *Traité de droit administratif*, 9^{ème} éd., Sirey 1963, p. 786-787 ; A. DE LAUBADERE, *Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français*, E.D.C.E., 1959, p. 29.

d'imaginer en droit administratif un calque de la responsabilité de l'article 1384 du code civil qui a d'ailleurs été rejeté énergiquement par la jurisprudence administrative au XIX^{ème} siècle²¹³⁹. Seulement, nous n'excluons pas qu'il puisse exister une responsabilité du fait d'autrui en droit administratif différente de la responsabilité du droit civil, conformément d'ailleurs au large champ de créativité ouvert par l'arrêt *Blanco*²¹⁴⁰.

Certains auteurs reconnaissent que la jurisprudence admet parfois de façon large le lien direct de causalité entre le dommage et le fait du service en substitution de celui imputable à autrui²¹⁴¹. En l'absence de faute de l'administration, sa responsabilité exige un risque particulier pesant sur les tiers victimes mais au niveau du lien de causalité les tribunaux sont quelquefois souples²¹⁴². L'évolution s'est faite en ce sens en matière de responsabilité consécutive aux évasions de personnes placées sous la garde des services publics. A l'origine, les tribunaux exigeaient que le dommage fut subi par le voisinage immédiat des établissements accueillant des personnes à risque sous contrôle de l'administration, mais aujourd'hui le seul critère est devenu celui du temps écoulé depuis le fait administratif origine lointaine du dommage²¹⁴³, d'où il résulte une indéniable extension de ce type de responsabilité.

Nous pouvons aussi lire la jurisprudence concernant la responsabilité relative aux collaborateurs occasionnels du service public comme faisant une place de choix à une admission souple du lien de causalité. La victime du collaborateur, ou le collaborateur lui-même, peut engager la responsabilité de l'administration alors que le rapport avec le service public est parfois tenu²¹⁴⁴. Nous devons de même analyser comme une responsabilité du fait

²¹³⁹ C.E., 6 déc. 1855, *Rotschild*, Rec. p. 707. – T.C., 8 fév. 1873, *Dugave et Brunsiet*, S.1874,3, p. 19. – T.C., 8 fév. 1873, *Blanco*, D. 1873,3, p. 17 concl. David. Cf. supra p. 13.

²¹⁴⁰ Ibid.

²¹⁴¹ Par ex. G. VEDEL et P. DELVOLVE, *Droit administratif*, PUF 1992, t.1 p. 615.

²¹⁴² C.E., 13 juil. 1967, *Département de la Moselle*, Rec. p. 341 ; A.J.D.A., 1968, p. 419, note Moreau: un fou en garde provisoire chez un particulier provoque un incendie qui engage la responsabilité sans faute de l'administration. La remarque peut être généralisée à l'ensemble de ces affaires: C.E., Sect., 3 fév. 1956, *Ministre de la Justice c/ Thouzellier*, Rec. p. 49. – C.E., 24 fév. 1965, *Caisse primaire de sécurité sociale de la région parisienne*, Rec. p. 127. – C.E., 26 mars 1965, *Ministre de la Justice c/ Compagnies d'assurances "La Zurich"*, Rec. tables p. 1055. – C.E., 9 mars 1966, *Garde des Sceaux c/ Trouillet*. – C.E., 19 déc. 1969, *Etablissements Delannoy*, Rec. p. 596. – C.E., 31 déc. 1976, *Hopital psychiatrique de Sainte Egrève*, Rec. p. 584. – C.E., Sect., 5 déc. 1997, *Pelle*, R.F.D.A. 1998, p. 569, concl. Bonichot, p. 574 obs. Dietsch, p. 575 note Guettier.

²¹⁴³ C.E., 29 avr. 1987, *Garde des Sceaux c/Banque Populaire de la région économique de Strasbourg*, Rec. p. 158 ; A.J.D.A. 1987, p. 488.

²¹⁴⁴ Par exemple le dommage peut survenir alors que le collaborateur n'était même pas placé sous l'autorité de l'administration au cours de sa mission. Voir C.E., 21 oct. 1949, *La Mutuelle du Mans c/Ministre de l'agriculture*, Rec. p. 427. D. 1950, p.162. Voir aussi récemment pour le cas des visiteurs hospitaliers aidant bénévolement les malades, victimes de l'ouvrage public : C.E., 31 mars 1999, *Hospices civils de Lyon*, A.J.D.A. 1999, p. 528 : glissade dans un couloir fraîchement nettoyé mais choix plus favorable de la responsabilité sans faute au profit des collaborateurs.

causal premier d'autrui, celle subsidiaire de l'administration du fait de son délégataire privé de service public s'étant révélé insolvable²¹⁴⁵.

Plus généralement, s'agissant de la responsabilité basée sur la faute de service, on ne peut s'appuyer sur ce que l'identité de son auteur matériel n'importe pas, car cela n'empêche pas que la responsabilité puisse être du fait d'autrui. La plupart du temps le fait de service en cause aurait pu être de ceux engageant la responsabilité personnelle d'un préposé devant les tribunaux civils. Ce dernier admet d'ailleurs que la responsabilité du commettant soit engagée sans que la personne exacte du préposé responsable soit identifiée²¹⁴⁶. L'exemple de responsabilité de la l'administration pour faute qui montre d'ailleurs le mieux l'artificialité apparente de l'imputation directe du dommage subi à la personne morale plutôt qu'à l'agent réside dans les litiges à compétence contentieuse partagée entre les deux ordres de juridiction : ceux occasionnés par des fautes médicales. Force est de constater que devant le juge judiciaire le médecin est l'auteur de la faute médicale tandis que dans le contentieux public « l'auteur » de la faute médicale est l'hôpital²¹⁴⁷.

A fortiori du cas où la faute de l'agent est « de service », le droit administratif laisse apparaître que le lien de causalité n'est pas direct entre le fait imputé au service et celui de l'agent à chaque fois que celui-ci a commis une faute personnelle se cumulant avec la faute du service. Ainsi, lorsqu'une faute personnelle s'interpose entre la faute de service et le dommage, la première en est la cause déterminante²¹⁴⁸ mais la seconde engage la responsabilité de l'administration en vertu de la technique dite du cumul des responsabilités dans la mesure où elle a permis le fait personnel²¹⁴⁹. Nous pensons qu'il en est de même en cas de faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, dans la mesure où le lien invoqué est bien un lien de causalité²¹⁵⁰. Dans cette variante d'adjonction de causalité, la cause

²¹⁴⁵ Ex. : C.E., Sect., 13 nov. 1970, *Ville de Royan c./Dame Le Lan*, R.D.P. 1971, p. 741, concl. Braibant. - C.E., 21 avr. 1982, *Dame Daunes et autres*, Rec. p. 745.

²¹⁴⁶ Voir G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ème éd. L.G.D.J. 1998, n°806, p. 892.

²¹⁴⁷ Voir l'ensemble du numéro hors-série de la revue *Responsabilité civile et assurances*, juil/août 1999, et en particulier l'article de M. DEGUERGUE, *La responsabilité des hôpitaux publics*, p. 20.

²¹⁴⁸ Voir M. DEGUERGUE, *Causalité et imputabilité*, J.-Cl. Ad., fasc. 830, n°63 et s.

²¹⁴⁹ C.E., 17 déc. 1947, *Dame veuve Cerdan*, Rec. p. 485. - C.E., 22 janv. 1958, *Ministre de la défense nationale c/ dame Gerle*, Rec. tables p. 1016. - C.E., 3 oct. 1958, *Rakotoarivony*, Rec. p. 470 ; A.J.D.A. 1958, p. 459. - C.E., Sect., 13 déc. 1963, *Ministre des Armées c/ Consorts Occelli*, Rec. p. 629, concl. Braibant ; A.J.D.A. 1964, p. 66, chron. Fourré et Puybasset.

²¹⁵⁰ Cf. M. DEGUERGUE, *ibid.* Le Conseil d'Etat ne parvenant pas à démêler l'enchevêtrement de causalité énonça d'abord que la faute personnelle peut être simultanément une faute de service : C.E., 26 juil. 1918, *Lemonnier*, Rec. p.761 ; D.1918,3, p.12 ; Il modifia ensuite cette présentation contradictoire au bénéfice de la

imputable à l'administration n'est même plus fautive, ce qui peut paraître plus satisfaisant que de découvrir une faute de service occasion du dommage de manière parfois artificielle. Les arrêts condamnant l'administration pour défaut de surveillance de certains agents ayant ainsi pu commettre des fautes personnelles l'attestent parfois dans les cas où ces fautes ont été alors vraisemblablement présumées²¹⁵¹. Le même constat peut être fait à propos de l'hypothèse d'une présomption de faute de surveillance de l'administration qui aurait rendu possible le fait de personnes lui ayant été confiées. Par exemple, lorsqu'un malade d'un hôpital psychiatrique a pu s'emparer d'un couteau avant de s'évader et tuer un tiers²¹⁵². On pense aussi au développement de la responsabilité administrative du fait des enfants pupilles de l'Etat placés chez des particuliers, fondée aujourd'hui sur une présomption de faute²¹⁵³.

Ces jurisprudences ont été développées pour garantir une indemnisation aux victimes aussi satisfaisante que possible. Il s'agit souvent d'ailleurs de s'aligner sur les solutions plus favorables du juge judiciaire²¹⁵⁴. Envisageons les derniers développements jurisprudentiels de

formule de la faute non dénuée de tout lien avec le service dans l'arrêt *Melle Mimeur* : C.E., 18 nov. 1949, Rec. p. 492; D. 1950, p. 667 note J.G. ; R.D.P. 1950, p. 183 note Waline ; J.C.P. 1950,II,5286 concl. Gazier ; R.A. 1950 p. 38 note Liet-Veaux

²¹⁵¹ Dans ces arrêts, le juge se contente d'invoquer l'instruction de l'affaire, mais il n'indique pas en quoi il y a eu défaut de surveillance. De la sorte, il plane un doute sur le recours à une véritable présomption de faute. Ainsi, dans certains cas le défaut de surveillance est reconnu sans qu'aucun élément n'indique en quoi il a consisté. Par ex.: C.E., 13 mars 1925, *Clef*, S.1926,3, p. 37, concl. Rivet ; R.D.P. 1925, p. 274 : l'interrogatoire avec violence à l'intérieur d'une caserne constitue une faute personnelle mais qui n'a été possible que par un défaut de surveillance de ses auteurs. - C.E., 30 mai 1947, *Dame veuve Robinier*, Rec. p. 230 : le militaire ayant chassé avec une arme de guerre commet une faute personnelle mais « la circonstance qu'il a pu conserver au cours de sa permission et en violation des règlements en vigueur une arme de guerre implique de la part de l'autorité militaire une faute de service ». Dans d'autres espèces, la responsabilité de l'administration est engagée par la théorie du cumul de responsabilités en déclarant qu'il n'y a pas eu défaut de surveillance. En effet, la jurisprudence n'exige plus pour engager la responsabilité de l'administration pour faute personnelle non dénuée de tout lien avec le service, la preuve d'une faute de ce dernier : C.E., 16 fév. 1973, *Commune de la Celle Saint-Cloud c/dame Dutertre*, Rec. p. 146. Mais cela ne signifie pas qu'il n'y a pas effectivement une faute dans la surveillance qu'on peut attendre du service public quand un agent commet une faute personnelle. Ainsi, dans le cas de militaires ayant pu détourner un véhicule de service de sa mission au moyen de collusions diverses, et ayant ainsi commis une faute personnelle, le simple fait de reconnaître l'existence d'un lien avec le service peut permettre de penser qu'en réalité la responsabilité est inspirée par l'idée d'une présomption de faute dans l'organisation et le fonctionnement du service. Voir C.E., Sect., 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. p. 196 ; S. 1958,3 p. 2 ; D. 1957, p. 748 ; J.C.P. 1957,II,10303bis ; A.J. 1957,II,186. On peut se demander d'ailleurs si le passage du cumul de fautes à celui du cumul des responsabilités dont l'une n'est pas réputée fautive est toujours judicieux, compte tenu de la fonction sanctionnatrice que doit avoir la responsabilité administrative. Sur l'idée que le rattachement au service repose sur une présomption de faute de service voir J. MOREAU, *Responsabilité de l'armée*, J.-Cl. Ad., fasc. 894, n°8.

²¹⁵² C.E., 12 oct. 1983, *Mme Rolland*, Rec. tables, p. 855. Voir aussi C.E., 7 oct. 1955, *Département du Rhône c/ Rosati*, Rec. p. 470.

²¹⁵³ C.E., 19 oct. 1990, *Ingremeau*, Rec. p. 284; A.J.D.A. 1990, p.869; D.1991, SC, p. 289; R.D.P. 1990, p. 1866, concl. C. de La Verpillière ; R.F.D.A. 1991, p. 991, note P. Bon. Dans cette affaire, l'enfant avait blessé un camarade de jeu et l'on sait que selon le droit civil l'enfant est responsable de son acte.

²¹⁵⁴ C'est ce qui motive le passage à la présomption de faute dans le cas de responsabilité du fait des pupilles de l'Etat comme l'atteste les conclusions Peano sous C.A.A., Bordeaux, 2 fév. 1998, *Consorts Fraticola*

la responsabilité administrative du fait des mineurs faisant l'objet de mesures d'assistance éducative pour s'en convaincre. Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux semble avoir étendu aux jeunes retirés à la garde de leurs parents et confiés à une famille le régime de la présomption de faute établi par la Haute Juridiction en 1990. Ainsi dorénavant, l'administration devra rapporter la preuve qu'elle n'a pas pu empêcher le dommage. Mais il semble que ce ne soit pas en réalité par la preuve de l'absence de faute mais par celle d'une cause étrangère telle que la force majeure que l'administration pourra s'exonérer. En effet, dans des circonstances exactement semblables, le juge judiciaire avait, à l'époque où la responsabilité des parents reposait sur une présomption de faute, admis l'exonération par la preuve de l'absence de faute des parents²¹⁵⁵, alors que la Cour administrative d'appel de Bordeaux ne l'a pas admise en l'espèce. Dans la mesure où le juge judiciaire ne cache plus aujourd'hui que la responsabilité du fait des mineurs est une responsabilité de plein droit²¹⁵⁶, il y a donc bien convergence des jurisprudences. La responsabilité de l'administration apparaît ici comme véritablement une responsabilité du fait d'autrui puisque sans le fait du mineur elle ne serait pas engagée, elle ne commet pas de faute et ne profite ni ne crée de risque puisque l'enfant placé n'est pas dangereux mais lui-même en danger²¹⁵⁷.

En somme, les auteurs ont pu sans peine affirmer que la responsabilité de l'administration n'est pas un cas de figure très différent de celui qui aboutit à la condamnation pour le fait d'autrui sur la base du code civil. Tel qu'il est appliqué devant le juge judiciaire pour le fait d'autrui, l'article 1384 aurait pu s'appliquer à l'administration²¹⁵⁸. Mais tel n'a pas été le cas, au moins dans l'interprétation que les civilistes en ont tirée, ce qui nous paraît tout à fait justifié, parce qu'en définitive la responsabilité en droit administratif est toujours une responsabilité pour faute personnelle de la puissance publique.

c/département de l'Aude, R.D.P. 1998, p. 579. Le Conseil d'Etat n'a pas eu pour l'instant l'occasion de confirmer l'évolution ; sa jurisprudence antérieure consacre le régime de la présomption de faute : C.E., 11 avr. 1973, *Département de la Marne*, Rec. tables p. 1101 – C.E., 30 juin 1986, *Mme Lallée*, Rec. tables p., 707.

²¹⁵⁵ C. appel Angers, 5 fév. 1970, D. 1970, p. 376 note A. D.

²¹⁵⁶ Cass. 2^e civ., 19 fév. 1997, *Bertrand c/ Domingues et autres*, Bull. civ., n°56; J.C.P. 1997, II, 22848, concl. R. Kessous et note Viney ; D. 1997, I, p. 265, note Jourdain ; D. 1997, SC., p. 290, obs Mazeaud. - Cass. Crim., 26 mars 1997, *Le foyer notre-dame des flots*. - Cass. 2^e civ., 4 juin 1997, D. 1997, IR, p. 159 ; L.P.A. 29 oct. 1997, note A.-M. Galliou-Scarnvion.

²¹⁵⁷ A moins de considérer que ce qui est en danger peut devenir dangereux, ou en considérant que le danger qui pèse sur l'enfant au départ est bien pris en charge par le service public qui le gère à défaut de le créer ou d'en profiter.

²¹⁵⁸ C'est d'ailleurs le cas dans les pays où l'on applique les règles du droit privé à la responsabilité des services publics. Voir F. FINES, *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté Economique Européenne. De la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Paris, Bibliothèque de droit international public, L.G.D.J. 1990, p. 188. Voir aussi : F. SCHOCKWEILER, G. WIVENES et J.-M. GODART, *Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne*, R.T.D.E. 1990., p. 27.

B) La responsabilité en droit administratif, une responsabilité pour faute personnelle de l'administration

Il nous semble que la responsabilité de la puissance publique ne peut jamais être qu'une responsabilité pour son fait personnel. D'une part, il nous semble que la responsabilité du fait d'autrui ne se conçoit pas comme une distinction pertinente dans le droit de la responsabilité administrative largement pénétré par la responsabilité sans faute de service du responsable (1). D'autre part, il apparaît que la responsabilité de l'administration résulte toujours de sa faute personnelle puisque c'est elle seule qui est engagée envers les victimes à garantir les droits qu'elles tiennent du contrat social (2).

1) La responsabilité sans faute de service, responsabilité directe de la puissance publique

Stricto sensu, la responsabilité n'est pas du fait d'autrui toutes les fois qu'elle n'est pas uniquement le résultat des agissements d'autrui²¹⁵⁹. C'est tout d'abord le cas lorsque l'administration est directement responsable pour son propre fait causal et uniquement pour lui. La responsabilité de l'administration n'est pas du fait d'autrui lorsqu'il s'agit d'une responsabilité sans faute de service parce que le lien de causalité est alors beaucoup plus direct entre le dommage subi et le fait administratif. Que le droit administratif fasse une place de plus en plus grande à la responsabilité sans faute nous conduit ainsi à relativiser l'importance du fait de l'agent dans le déclenchement de la responsabilité, celui-ci n'ayant semble-t-il joué aucun rôle causal autre que celui d'un rouage mécanique dans la réalisation d'un processus non fautif.

Il est très exceptionnel que les textes reconnaissant la responsabilité des services publics exigent une faute de leur part. Dans la jurisprudence, la responsabilité sans faute avait trouvé ses marques naturelles bien avant que l'on calque la théorie de la faute de service sur le

²¹⁵⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, précité, p. 816.

modèle du droit civil. C'est que la notion de faute, avec tout ce qu'elle emporte de réprobation ne s'applique pas bien à l'égard des activités de personnes qui ne sont créées que dans le seul but de réaliser le bien commun. Parce que l'administration est censée œuvrer pour la réalisation effective du principe de vie, on conçoit difficilement que lui soient adressés des reproches.

Certaines jurisprudences souvent anciennes peuvent être entièrement rattachées à la propension du juge administratif à privilégier comme le législateur la responsabilité sans faute. Celle qui consiste à rattacher le fait d'exploitation aux dommages de travaux publics²¹⁶⁰, pour ne pas avoir dans le pire des cas à utiliser le terme de faute mais celui plus ambigu de « défaut d'entretien normal »²¹⁶¹. D'ailleurs, ce régime original de responsabilité ne peut s'expliquer que par une telle idée, celle de condamner sans reconnaître un comportement fautif²¹⁶². En outre, il peut exister dans la jurisprudence administrative d'autres cas de responsabilité sans faute qui ne sont pas répertoriés dans les manuels car ne rentrant pas dans les typologies classiques²¹⁶³.

Le juge administratif applique parfois la responsabilité sans faute pour ne pas blâmer l'administration dans des cas qui pourtant sont condamnables mais justement à tel point que si faute on reconnaissait, on ne pourrait plus en imputer la causalité au service mais aux agents²¹⁶⁴. Plus proche de nous, la dramatique affaire du sang contaminé a étalé l'embarras des juges devant le choix entre la responsabilité pour faute et la responsabilité sans faute²¹⁶⁵. Ceci montre que le contexte politique n'est pas étranger au régime de responsabilité choisi, parce que la « faute » possède un sens encore fort dans l'opinion.

Si la responsabilité administrative est engagée sans recours à l'idée de faute de service, c'est que l'administration répond des dommages comme une garante, en somme presque gracieusement, uniquement dans l'intérêt des victimes. Telle est l'impression que pourrait laisser l'étude de ces cas de responsabilité publique si l'on adhérait aux excès de langage. On

²¹⁶⁰ Voir. C.E., 23 oct. 1957, *Société Transatlantique*, R.D.P. 1958, p.73 note M. Waline.

²¹⁶¹ Ce défaut étant présumé cela évite d'avoir à détailler les faits fautifs des espèces.

²¹⁶² Voir A. BOCKEL, *Sur le rôle de la distinction du tiers et de l'usager dans le droit de la responsabilité publique*, A.J.D.A. 1968, p. 437 et s.

²¹⁶³ M. WALINE en a rapporté deux dans son manuel, *Traité de droit administratif*, Sirey 9ème 1963, p. 892. Il s'agit de jurisprudences que nous avons déjà évoquées : C.E., 21 nov. 1947, *Société Boulenger*, S. 1948,3, p. 21. - C.E., 1er mars 1957, *de France*, A.J.D.A. 1957 p. 211 concl. Lasry. Ajoutons à cela que la responsabilité du fait du prince constitue une responsabilité contractuelle sans faute, selon Ph. TERNEYRE. Cf. supra p. 207.

²¹⁶⁴ Par exemple dans la fameuse affaire du *Fort de la double couronne*, les conclusions du commissaire du gouvernement étaient accablantes pour les militaires : C.E., 28 mars 1919, R.D.P. 1919, p. 239.

²¹⁶⁵ Le Conseil d'Etat a opté de manière contestable pour une responsabilité sans faute dans trois arrêts du 26 mai 1995, *Jouan, Pavan*, R.F.D.A. 1995, p. 763 ; J.C.P. 1995, II, 22468.

peut lire dans tous les ouvrages que l'administration est responsable « du fait du risque », ou « du fait d'une rupture d'égalité » constatée objectivement. De la sorte, on finit par croire que ce n'est pas pour son fait personnel causal que le service public est tenu d'indemniser mais uniquement sur le fondement de la solidarité. Or, nous pensons qu'il est possible de donner une coloration plus sanctionnatrice au fait personnel de l'administration dans de telles hypothèses. On peut en effet toujours qualifier le fait personnel administratif de « faute » à condition de l'utiliser dans un sens moins marqué par le sceau de la culpabilité que par celui de la causalité, parce que dans le contrat social la responsabilité sans faute n'existe pas puisqu'elle résulte d'une violation du principe d'égalité devant les charges publiques. D'où il ressort que même dans les cas de responsabilité sans faute de service, la responsabilité de l'administration est une responsabilité pour sa faute personnelle.

2) La faute personnelle de la puissance publique, cause incontestable du dommage réparé par le droit administratif

Il faut justifier à présent notre point de vue sur le caractère personnel de la responsabilité de la puissance publique par les concepts usités dans la plupart des hypothèses de responsabilité pour le fait d'autrui. Tout d'abord, on peut considérer que les faits des agents publics, et même leurs fautes, n'existent jamais que parce que le service existe lui-même. Le juge ferait en somme usage de la causalité adéquate dans la responsabilité administrative pour faute de service, ne retenant comme seule cause du dommage que celle qui en donne la meilleure explication, faisant jouer une sorte d'absorption de causalité. C'est en cela que l'on a pu dire que la faute se détache parfois du service mais que le service ne se détache presque jamais de la faute. Cette explication correspond en tout point à la démarche habituelle du Conseil d'Etat qui marque sa préférence pour la causalité adéquate²¹⁶⁶. Mais pourquoi ce choix de la causalité adéquate en droit administratif alors que le juge judiciaire de son côté accepte le cumul de responsabilités pour la faute du préposé²¹⁶⁷ ? Pourquoi cette

²¹⁶⁶ M. DEGUERGUE, p.439 et s.

²¹⁶⁷ Il faut noter cependant une évolution de la jurisprudence judiciaire, qui depuis quelques années initie le principe selon lequel le préposé n'est pas responsable de ses fautes commises dans le cadre de sa mission sauf faute personnelle : Cass. Com., 12 oct. 1993, *SA Parfums Rochas c/ Mme Duchesne et autres*, D. 1994, p. 124 note Viney. - Cass. 1ère civ., 30 oct. 1995, Resp. civ. et assur. 1996, com., n°26; R.T.D.C. 1996, p. 636, obs. P. Jourdain; J.C.P. 1996,I,3944, n°13, obs. G. Viney. Et récemment Cass. A.P., 25 fév. 2000, *Costedoat*, D.2000,IR p. 85; J.C.P. 2000,II,10295, conclusions R. Kessous, note M. Billiau. Pour le cas des dirigeants et organes des

causalité adéquate ne joue-t-elle pas en sens inverse lorsque la faute de l'agent public est personnelle ? Pourquoi le service ne se détache-t-il pas de la faute personnelle ? A la vérité, l'idée de causalité n'est pas à elle seule l'explication définitive de ce que le fait d'autrui soit effacé du procès administratif à l'égard de la victime ; elle doit d'ailleurs s'incarner dans diverses théories.

En réalité, pourquoi un commettant est-il responsable du fait de son préposé, ou une personne morale du fait de son organe dirigeant ? En droit civil, on enseigne que deux conceptions s'opposent pour justifier cette obligation du fait d'autrui²¹⁶⁸. Partisans d'une fonction plutôt moralisatrice de la responsabilité, on tentera avec difficulté de rattacher l'obligation à une faute²¹⁶⁹, ou en tout cas à une activité contenant un fort pouvoir causal dans le dommage. On peut rattacher à cette idée la théorie du risque-créé²¹⁷⁰. Celui qui est à l'origine d'une activité à risques doit en assumer les conséquences pour autrui. Partisans d'une fonction réparatrice, on préférera la théorie du risque-profit au nom de la seule et troublante équité. Celui qui tire profit d'une activité doit aussi supporter les charges que cette activité génère pour les autres, même en l'absence de danger particulier²¹⁷¹.

Nous sommes persuadés que ces théories concourent à justifier les mêmes cas de responsabilité et non pas qu'elles se relaient selon les hypothèses en cause. Certes en droit administratif, la seconde théorie du risque-profit se heurte à un dirimant obstacle. En effet, d'une part l'administration responsable n'assume pas les activités administratives à risque pour son compte propre, d'autre part la victime de la puissance publique profite toujours un minimum de l'activité. Il est vrai que l'on peut difficilement considérer par exemple que la responsabilité du fait des mineurs ou des malades mentaux puisse correspondre à un profit pour le responsable. Cela est pourtant tout à fait admissible si on inclut l'intérêt du service public condamné dans l'intérêt très général. Traditionnellement la doctrine refuse cette assimilation, elle distingue l'intérêt de la personne publique responsable et l'intérêt général, mais pourtant l'assimilation est bien faite lorsque l'on envisage la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques. Ainsi, l'Etat est responsable des conséquences

personnes morales : Cass. 2 civ., 19 fév. 1997, Bull. civ. II, n°53 ; J.C.P. 1997, I,4070, n°25 obs. G. Viney. - Cass. Com., 27 janv. 1998, Bull. civ. IV, n°48 ; J.C.P. 1998, IV, 1269.

²¹⁶⁸ Voir G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit. n°791-1.

²¹⁶⁹ Autrefois cette faute consistait dans le choix ou la surveillance de l'agent.

²¹⁷⁰ L'expression « risque-créé » est d'origine civiliste et renvoie quelque peu à l'idée de faute. Parmi les publicistes, M. PAILLET la nomme théorie du « risque-danger » ce qui tient compte de l'idée plus neutre de causalité et indique qu'elle inspire les régimes de responsabilité pour activités ou choses dangereuses : *La responsabilité administrative*, op. cité, n°264 et s.

²¹⁷¹ G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF 1992, t.1, p. 602.

anormales de ses décisions régulières en matière de police et de justice, et nul ne prétend que ces services assurent son profit propre. Si l'on veut bien admettre que les personnes publiques sont toutes des démembrements du corps social gérant les affaires des citoyens²¹⁷², alors on ne doit pas s'arrêter à cet obstacle²¹⁷³.

Le fait du commettant est une condition *sine qua non du dommage*. Nous ne prétendons pas que le préposé est une chose dans les mains du commettant, mais il est indiscutable que le fait du commettant, son activité, est une cause du dommage. C'est pour cela qu'il est très important que le dommage ait été commis à l'occasion des fonctions. La jurisprudence administrative met en valeur nettement cette relation entre le fait de l'administration et le dommage causé par un agent. En toute circonstance l'administration a été l'occasion du dommage. C'est en cela que la recherche d'un lien de préposition en droit civil²¹⁷⁴, ou celle de la participation au service en droit public, est importante en ce qu'elle permet d'établir alors un lien d'imputabilité causale²¹⁷⁵. Il s'agit ainsi d'une utilisation de causalité entendue souplement à des fins indemnitrices, mais d'une causalité tout de même²¹⁷⁶.

Nous n'affirmons pas comme l'implique la jurisprudence administrative que la responsabilité de l'administration absorbe celle des agents. Les deux responsabilités peuvent coexister car elles n'ont pas le même fondement. La puissance publique est responsable parce qu'elle répond du non-respect de sa mission. C'est sa propre obligation de sécurité²¹⁷⁷ que l'administration méconnaît, en cela elle doit garantir le respect du contrat social. Selon nous, la faute que l'on peut imputer à la personne morale publique ne peut être que la faute

²¹⁷² L'idée de « risque-profit » devrait se traduire en droit public par la problématique de la responsabilité instrument de légitimité de l'action de la puissance publique, on devrait peut-être alors évoquer l'idée de « risque-légitimité ». Cette question a été abordée dans notre première partie.

²¹⁷³ Quant à l'idée selon laquelle celui qui profite du risque doit en assumer une plus grande contribution que celui qui n'en tire aucun profit, elle est présente dans tous les cas que nous avons déjà évoqués où la subjectivité des liens de la victime avec l'administration joue sur son droit à réparation. En effet toute victime ne profite pas avec la même intensité de l'activité selon sa situation par rapport au service. Cf. supra p. 286 et s.

²¹⁷⁴ La préposition est une subordination c'est-à-dire un pouvoir de direction.

²¹⁷⁵ Ainsi doit-on admettre que la responsabilité endossée par l'administration pour les fautes même personnelles de ses agents repose sur la considération de ce que le service a aussi causé le dommage. En ce sens M. DEGUERGUE, op. cit. p. 444.

²¹⁷⁶ Dès le début du XX^{ème} siècle, les auteurs préoccupés par la coexistence de deux droits de la responsabilité différents en France ont tenté de rapporter la justification de l'imputabilité de la responsabilité à cette idée de causalité. En 1901 TEISSEIRE, écrit : « Une cause n'est responsable que pour l'initiative dont elle a fait preuve [...] voilà pourquoi au moins une partie de la responsabilité du préposé doit revenir à son commettant. Sans doute le préposé n'est pas complètement une chose, une machine, mais il n'est pas non plus une activité parfaitement indépendante. C'est le maître qui dirige l'entreprise, qui l'organise, qui donne les ordres, les instructions ». *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, th. Paris, Rousseau, 1901 p. 246.

²¹⁷⁷ Cf. supra p. 119.

objective qui consiste à ne pas avoir réussi à remplir la bonne gestion des affaires commune, à ne pas avoir préservé l'intégrité des victimes. Or, la victime n'a de droits que contre la personne publique parce que c'est avec le gérant de ses affaires qu'elle les a stipulés, c'est envers lui qu'elle nourrit ses attentes, en lui qu'elle place sa confiance légitime. La prestation que fournit l'administration n'est jamais sollicitée *intuitu personae*²¹⁷⁸. Léon DUGUIT avait déjà tiré cette conclusion de l'impossibilité que la responsabilité de la puissance publique fut une responsabilité du fait d'autrui dès lors qu'il concevait celle-ci comme une vaste assurance²¹⁷⁹. Nous allons plus loin en disant que cette responsabilité repose sur un vaste contrat complexe dont l'assurance n'est qu'un volet, ce qui concilie qu'il s'agisse d'une responsabilité sans faute subjective mais néanmoins pour faute personnelle objective. En revanche avec le préposé de l'administration, la victime n'a aucun lien de droit particulier, aucune attente particulière, aucun contrat ne lie la victime et la personne dont répond l'administration.

L'auteur matériel de l'acte ne doit pas pour autant être oublié car l'agent n'est pas un organe sans volonté et sans initiative²¹⁸⁰, il est lui aussi une cause du dommage²¹⁸¹. Toute la difficulté consiste donc à savoir dans chaque cas, quel partage de responsabilité sera possible. Faut-il choisir un premier responsable qui pourra ensuite recourir contre l'autre ? En réalité c'est une question de choix empirique que celle de dire quelle est la cause déterminante d'un dommage. C'est alors en fonction de l'utilité du choix que le juge se détermine. En tout cas, au stade de l'obligation à la dette, la puissance publique doit être préférée comme débitrice pour la victime pour des raisons d'indemnisation mais aussi pour des raisons logiques si l'on admet que la puissance publique est toujours responsable pour sa faute personnelle contractuelle.

Le responsable du fait d'autrui est condamnable parce qu'il a contribué à causer le dommage et qu'il n'en avait pas le droit. Causer un dommage sans droit rend responsable,

²¹⁷⁸ Lorsque l'on entre à l'hôpital, on ne va pas chez un médecin particulier. Cette idée commence à pénétrer aussi certaines réflexions privatistes à propos de la responsabilité des cliniques du fait des médecins qui pourrait être une responsabilité personnelle de l'établissement et non une responsabilité du fait d'autrui. Voir Y. LACHAUD, *La responsabilité des cliniques du fait des médecins libéraux*, Gaz. Pal. 1995,2, doct., p. 923 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil les obligations, t.2 contrat*, Litec 6^{ème} éd. n°2035.

²¹⁷⁹ M. DEGUERGUE, th. citée p. 653.

²¹⁸⁰ Voir TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, th. Paris, Rousseau, 1901, p. 240.

²¹⁸¹ Il devrait être responsable à raison des fautes civiles qu'il a pu commettre pendant son travail. Mais l'appréciation de sa responsabilité doit tenir compte des particularités de l'action administrative, de ses moyens et de ses tâches par exemple. Ce qui revient dans une certaine mesure à apprécier sous l'angle de la causalité la détachabilité du comportement par rapport aux conditions d'exercice de la mission. Le juge administratif devrait alors être exclusivement compétent.

oblige à réparer. C'est là une limite fondamentale tenant à la notion même de responsabilité. Il n'y a pas d'imputation de responsabilité *stricto sensu* sans causalité. Si un *solvens* est contraint de payer à la place d'autrui sans avoir aucun lien avec la causalité du dommage, alors il ne s'agit pas d'un responsable mais d'un simple garant²¹⁸². Ces hypothèses d'indemnisation sont hors de sujet dans ce chapitre. Une autre question s'impose alors, celle de savoir dans quelle mesure on est responsable lorsque l'on n'a pas causé seul le dommage mais avec le concours d'autrui dont on répond. En vertu de quoi doit-on faire le choix de répartition de la responsabilité entre le responsable et celui dont il répond ? Surtout, la question essentielle réside dans la possibilité qu'autrui se voit appeler en garantie par une action récursoire de celui qui a répondu pour lui. Mais ce point relève de l'étude de la contribution à la dette et non de la phase de l'obligation à la dette dans laquelle d'ailleurs l'exonération de responsabilité est fort délicate pour la puissance publique.

§2 L'impact limité des causes exonératoires de responsabilité en droit administratif

Il n'est pas passé inaperçu ces dernières années que l'administration ne peut guère s'exonérer de la responsabilité qui est mise à sa charge²¹⁸³. En réalité, ce point constitue une des particularités les plus marquées du droit administratif de la responsabilité par rapport au droit civil et résulte directement de la mise en œuvre de son pouvoir prétorien par un juge soucieux de conserver la responsabilité dans sa fonction sociale indemnistrice²¹⁸⁴. Ainsi, il apparaît que, d'une part, les causes d'exonération sont appliquées de moins en moins sévèrement à l'encontre des demandes des victimes (A), d'autre part, ces causes ont d'autant moins l'occasion de jouer un rôle que de véritables présomptions de causalité pèsent sur le service public (B).

²¹⁸² Cf supra p. 224 et s.

²¹⁸³ Voir B. BERTHE, *Les causes exonératoires dans le contentieux administratif de la responsabilité*, th. dactyl. Toulouse 1, 1998. Et B. HAGEGE, *Les causes exonératoires de la responsabilité administrative*, th. dactyl. Paris 13, 1996.

²¹⁸⁴ Voir B. BERTHE, *ibid.* p. 380.



A) Les effets limités des causes exonératoires de responsabilité en droit administratif

Parmi les causes étrangères à la volonté du responsable susceptibles de diminuer le niveau d'imputabilité du préjudice au fait du service public, on trouve la force majeure, le cas fortuit, le fait de la victime et le fait d'un tiers. Contrairement au droit civil, le droit administratif fait produire à ces quatre causes, selon les hypothèses, tantôt une exonération partielle, tantôt une exonération totale de responsabilité. Or, le fait que le juge administratif accepte de faire produire un effet exonératoire partiel à des causes qui en droit civil exonèrent pour tout ou rien, peut être interprété comme une volonté de ne pas laisser une victime sans un minimum de réparation assurée par la puissance publique (1). Cette impression est renforcée par le constat que les cas pratiques d'exonération sont de plus en plus rarement admis au profit du responsable public (2).

1) *La consécration de la causalité partielle*

L'exonération complète d'un responsable vis-à-vis d'une victime n'est concevable en présence d'une pluralité de causes du dommage que si l'on considère que chacune d'elles l'a impliquée intégralement. Si un dommage est dû à un fait, alors c'est dans son intégralité que ce dommage a été causé par le fait en question, puisque sans lui il ne serait pas survenu, ou alors il faut distinguer selon plusieurs dommages ayant éventuellement plusieurs causes distinctes. Cette conception est celle dite de la causalité intégrale et elle est la réception cohérente des règles physiques de la causalité dans le domaine juridique.

En vertu de cette théorie, une victime est en droit de demander réparation de son entier dommage à l'un seul de ses auteurs et cela provoque l'extinction de son droit à réclamer aux autres coauteurs par défaut d'intérêt à agir. Le responsable qui n'a pas été condamné peut échapper à toute dette de réparation si le *solvens* n'a pas de recours contre lui.

Lorsque l'une des causes d'un dommage est imputable à une personne et à un cas fortuit ou une force majeure, le débiteur pourra-t-il alors être exonéré totalement du fait que le cas fortuit est lui aussi la cause intégrale du dommage ? Si le cas fortuit peut s'analyser en une

cause plus adéquate du dommage alors la réponse doit être affirmative. C'est donc de manière tout à fait logique qu'une force majeure intervenue dans un dommage exonère totalement le responsable dès lors qu'elle en est reconnue la cause. L'exonération complète par la force majeure est le principe en droit civil car les civilistes sont persuadés que la causalité d'un dommage n'est pas divisible²¹⁸⁵. Cependant, la conception très personnelle que le juge administratif a du lien de causalité le conduit à rendre des sentences différentes des solutions judiciaires. En effet, les tribunaux administratifs adhèrent à la théorie de la causalité partielle et non à celle de la causalité intégrale.

S'agissant de la force majeure, le juge administratif ne lui reconnaît la capacité d'exonérer que dans la mesure de son rôle causal dans la production du dommage. L'exonération sera totale seulement si la force majeure a été la cause unique du dommage²¹⁸⁶. C'est donc fortuitement, en fonction des circonstances et non de manière dogmatique, que l'exonération par la force majeure peut être totale. Systématiquement le juge recherche si une faute du service n'a pas contribué à la réalisation du préjudice. Il lui arrive ainsi de considérer que la faute du service a aggravé les conséquences du phénomène dommageable. Il consacre alors le caractère divisible de la causalité en donnant l'illusion que le dommage est lui-même divisible. En effet, les formules qu'il utilise se rapportent à l'aggravation des conséquences de la force majeure par la faute de service. Il énonce par exemple : « toutefois les conséquences dommageables de cet événement ont été aggravées, notamment par le vice de construction d'un ponceau construit par la commune »²¹⁸⁷.

Mais est-il réellement possible de décider arbitrairement d'une part de causalité que l'on peut attribuer à chacune des causes du dommage ? La doctrine majoritaire considère que la force majeure rompt le lien de causalité entre la faute et le dommage, en conséquence la conception que le juge administratif développe peut choquer²¹⁸⁸. Si une force majeure est reconnue avoir causé le dommage parce qu'irrésistible, elle ne peut qu'en être la cause véritable et unique²¹⁸⁹. Mais en fait, cette interprétation est inexacte. Elle est en effet

²¹⁸⁵ Voir par exemple J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, th. Paris 1920 ; F. CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes de dommages sur le droit à réparation*, L.G.D.J. 1967, p. 136 et s. ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, n°895 et s.

²¹⁸⁶ Par ex : C.E., 27 mars 1987, *Société des grands travaux de Marseille*, Rec. tables p. 997.

²¹⁸⁷ C.E., 13 mai 1970, *commune de Tournissan*, Rec. tables p. 1187.

²¹⁸⁸ Pour une condamnation virulente de l'effet partiel de la force majeure : M. DEGUERGUE, th. citée p. 450.

²¹⁸⁹ M. DEGUERGUE, *ibid.*

envisageable uniquement pour le cas où la faute de service a été en réalité déterminée par la force majeure elle-même. Dans cette hypothèse toutefois, on ne peut pas vraiment dire que le lien de causalité est rompu car la faute a bien causé le dommage, mais c'est l'imputabilité qui disparaît. La différence réside en ce que la causalité s'analyse comme un rapport entre des faits tandis que l'imputabilité consiste en une relation de fait à personne²¹⁹⁰. La force majeure neutralise l'imputabilité en faisant remonter la causalité de la cause apparente qu'est la faute à une cause plus lointaine mais plus adéquate. Le pouvoir causal de la faute ne disparaît pas mais c'est son caractère répréhensible qui est affecté²¹⁹¹.

Pour le reste, les arrêts ne disent pas que la force majeure n'a pas causé tout le dommage, mais constatent objectivement que le fait de l'administration n'a pas arrangé les choses et que sans lui, le dommage eût été moindre dans son étendue. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la référence à « l'aggravation ». La force majeure a causé tout le dommage mais le fait administratif lui a permis d'en causer plus qu'elle n'aurait pu à elle seule.

A supposer que la théorie de causalité partielle soit applicable et permette des exonérations non complètes, comment établir la part qui revient à chacune des causes ? Comment chiffrer la part du préjudice qui demeure à la charge du responsable ? C'est impossible répondent les civilistes²¹⁹², s'appuyant en cela sur la jurisprudence qui s'y refuse. Le juge administratif contourne cette objection. Le commissaire du gouvernement GALMOT le faisait comprendre dans ses conclusions sur l'affaire *Marais*²¹⁹³ concernant particulièrement le cas de causalité partielle imputable aux victimes. Ce n'est pas parce qu'il est impossible d'évaluer la part d'imputation de chaque cause dans un dommage que l'on doit ignorer l'idée d'aggravation des dommages causés par chacune des causes. Le juge peut fixer souverainement un partage forfaitaire puisqu'il doit énoncer une vérité juridique et non une vérité physique. Constatant cette pratique jurisprudentielle systématique, on peut répondre à la question qu'elle suscite : « le juge sacrifierait-il dans ce cas le cours normal de la raison, pour

²¹⁹⁰ Cf. J.-F. COUZINET, précité p. 1386.

²¹⁹¹ La faute qui n'est pas imputable à son auteur est-elle encore une faute ? N'en revient-on pas à dire que la faute est détruite du fait de la circonstance exceptionnelle ? On pourrait comprendre alors que la faute de l'agent ne lui soit pas imputable si son acte est largement déterminé par la force du « système » administratif. Certes il serait difficile de considérer que le fait du système soit imprévisible et irrésistible pour l'agent. Pourtant certains sociologues conçoivent que lorsque chacun se repose sur le système, l'accident devient impensable et donc imprévisible. J.-M. DOMENACH parle de « responsabilité systémique » : *La responsabilité. Essai sur la fondement du civisme*, Optiques philosophie, Hatier 1994, p. 56.

²¹⁹² Principalement F. CHABAS, op. cit..

²¹⁹³ C.E., Sect., 14 oct. 1966, *Marais*, D. 1966, p. 636.

permettre une indemnisation, même partielle, de la victime ? »²¹⁹⁴. Il semble que cela soit en effet le but recherché, et le déclin des causes exonératoire ne fait confirmer cette tendance.

2) *Le déclin des causes exonératoires de responsabilité en droit administratif*

Selon quelques auteurs particulièrement attentifs aux évolutions du droit de la responsabilité administrative, on assiste depuis longtemps à un net recul des causes libératoires de responsabilité au détriment de l'administration responsable²¹⁹⁵. Une étude récente appuyée sur une statistique des arrêts de 1910 à 1996 le confirme²¹⁹⁶. Il s'agit d'un mouvement touchant principalement le cas fortuit, la force majeure et le fait du tiers²¹⁹⁷.

a) La désuétude du cas fortuit

Le cas fortuit aurait quasiment disparu si l'on en croit les auteurs contemporains²¹⁹⁸. Pourtant ce cas d'exonération fut au début du XXème siècle intensivement invoqué, à tel point que le doyen Maurice HAURIOU, son concepteur en doctrine²¹⁹⁹, le percevait comme un moyen de « défense des prérogatives de la puissance publique ». Les commentateurs ont remarqué que la référence au cas fortuit est tombée en désuétude²²⁰⁰, jusqu'à disparaître totalement des jugements à partir de 1943²²⁰¹. Les arrêts de cette époque ne le mentionnent

²¹⁹⁴ M. DEGUERGUE, op. cit. p. 450.

²¹⁹⁵ Voir J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, 2^{ème} éd., coll. Que sais-je ?, PUF 1995.

²¹⁹⁶ B. HAGEGE, *Les causes exonératoires de la responsabilité administrative*, th. dactyl. Paris 13 1996, p. 430 et s. Etude portant sur plus de 600 arrêts du Conseil d'Etat et des cours administratives d'appel, tant dans les cas de régimes législatifs, ou contractuels ou extra-contractuels de responsabilité.

²¹⁹⁷ Le fait de la victime demeure apprécié avec une particulière sévérité en droit administratif par rapport aux autres causes d'exonération. En effet, lorsqu'un partage de causalité est reconnu au profit de l'administration défenderesse, celui-ci résulte dans 45% des cas environ d'une faute de la victime, et seulement dans 24% du fait d'un tiers, dans 18% d'une force majeure et dans 0% d'un cas fortuit. Voir B. HAGEGE, *Les causes exonératoires de la responsabilité administrative*, th. dactyl. Paris 13 1996, p. 430.

²¹⁹⁸ J. MOREAU, *ibid.* ; F.-P. BENOIT, *Le cas fortuit dans la jurisprudence administrative*, J.C.P. 1956, I, 1328 ; Ph. SEGUR, *Le cas fortuit en droit administratif*, A.J.D.A. 1994, p.171. ; J.-F. COUZINET, *Cas de force majeure et cas fortuit*, R.D.P. 1993, p.1385.

²¹⁹⁹ Voir M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, th. L.G.D.J. 1994, p. 445 et s.

²²⁰⁰ Ph. SEGUR, précité p. 172.

²²⁰¹ Cf. J.-A. MAZERES, *Véhicules administratifs et responsabilité publique*, th. L.G.D.J. 1962, p. 90.

plus parmi les causes d'exonération possible²²⁰², et finalement un arrêt *Capot et Denis* laisse explicitement le cas fortuit à la charge de l'administration²²⁰³. Cela s'explique par l'évolution globale de la responsabilité administrative.

Le cas fortuit est en effet la « cause inconnue »²²⁰⁴. Certains auteurs lui octroient en outre le nécessaire caractère d'intériorité²²⁰⁵, mais nous ne partageons pas cet avis. Certes, si l'origine d'un dommage est inconnue, il est tout à fait possible qu'elle soit interne au service public, intrinsèque à la chose utilisée par lui la plupart du temps. Mais, établir le cas fortuit c'est tout simplement opposer l'impossibilité de prouver qu'un dommage est dû à la faute de service, c'est présumer que le dommage n'est pas imputable à l'administration²²⁰⁶. Or, nous croyons que l'administration est responsable des choses qu'elle utilise lorsque celles-ci se révèlent dangereuses, et par conséquent elle est responsable du vice interne de ses choses²²⁰⁷, à charge pour elle de se retourner contre leurs concepteurs éventuels. L'évolution générale du droit de la responsabilité a toujours été dans le sens d'une plus grande responsabilité du fait des choses²²⁰⁸. Si le cas fortuit est reconnu, c'est donc parce que l'on présume qu'il est intérieur à la chose utilisée, sans toutefois que l'on puisse en avoir la certitude.

Finalement on peut douter de l'existence même du concept de cas fortuit²²⁰⁹, puisqu'en somme, il ne s'agit de rien d'autre que du constat que la preuve exigée d'une faute ne peut être rapportée en raison d'une insuffisante connaissance des faits. Le domaine d'application du cas fortuit est en effet conceptuellement et pratiquement limité à la responsabilité pour faute à l'exclusion de la responsabilité pour risque. S'agit-il alors vraiment d'un cas d'exonération ? S'il recouvre l'hypothèse du vice interne de la chose, alors on peut l'admettre, mais la notion n'a en ce cas aucune autonomie. Très insaisissable voire artificielle,

²²⁰² C.E., 5 mai 1943, *Dame veuve Astima*, Rec. p. 116. – C.E., 28 juil. 1943, *Sieur Luksenburg*, Rec. p. 208. – C.E., 20 sept. 1944, *Dame veuve Batisse*, Rec. p. 253. – C.E., 23 janv. 1946, *Dames Vacher*, Rec. p. 465. – C.E., 16 oct. 1946, *Nicolas Candaes*, Rec. p. 466. – C.E., 18 oct. 1946, *Beschon*, Rec. p. 238.

²²⁰³ C.E., 9 juil. 1948, *Capot et Denis*, R.D.P. 1948, p. 576 note M. Waline.

²²⁰⁴ C.E., 25 janv. 1929, *Cie du gaz de Beauvais*, Rec. p. 94 ; S. 1929,3, p.1 note Bonnard, concl. Latournerie; R.D.P. 1929, p. 312, concl. Latournerie.

²²⁰⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1., 13^{ème} éd., n°1416. Voir aussi B. BERTHE, op. cit. p. 379.

²²⁰⁶ En ce sens J.-F. COUZINET, *Cas de force majeure et cas fortuit*, R.D.P. 1993, p.1395 cite le raisonnement suivi dans C.E., 28 janv. 1983, *Melle Amblard*, Rec. p. 32.

²²⁰⁷ Pour des exemples de refus d'exonérer l'administration par le fait de la mauvaise qualité de la chose lui ayant été livrée: C.E., 3 nov. 1961, *Commune de Vico*, Rec. p. 612. – C.E., 1^{er} mars 1967, *Commune d'Harquency*, Rec. tables p. 930.

²²⁰⁸ Voir pour le développement de la responsabilité du fait des choses dangereuses, M. DEGUERGUE, op. cit. p. 129 et s. ; J.-M. SCHNERB, *Une jurisprudence d'équité du Conseil d'Etat: le risque administratif*, th. Strasbourg, 1946 ; M. SFEZ, *La notion de chose dangereuse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, th. Paris dactyl. 1956.

²²⁰⁹ Il s'agit au départ d'une construction purement doctrinale que l'on peut imputer à M. HAURIOU dans sa note sous C.E., 10 mai 1912, *Ambrosini*, S. 1912,1, p. 161.

elle n'a pas été consacrée par les juges judiciaires qui l'assimilent à la force majeure²²¹⁰. En droit privé, seul ce qui est extérieur au responsable l'exonère, le vice interne de la chose ne le libère pas puisque dès qu'un dommage est dû à une chose les magistrats judiciaires font jouer une responsabilité objective qui n'est pas fondée sur la faute mais sur la notion de garde²²¹¹. Puisque le droit administratif ignorait le fait des choses en exigeant la faute de service, il y avait place pour un cas d'exonération spécifique dans de nombreuses hypothèses où le juge judiciaire appliquait un régime de responsabilité sans faute.

b) La maîtrise humaine des éléments de la force majeure

L'exonération de l'administration par l'effet de la force majeure est aussi de plus en plus rare²²¹² en raison de la croissante maîtrise que la technique apporte aux hommes sur leur environnement²²¹³. La force majeure est en effet la cause absolument irrésistible ou insurmontable²²¹⁴. Pour la reconnaître, on se fonde traditionnellement sur quelques critères simples. Un événement est irrésistible non seulement s'il est extérieur au responsable parce que cela rend très hypothétiques ses possibilités d'agir sur l'événement, mais encore s'il est imprévisible, parce qu'alors le responsable n'a pas le temps de l'éviter. La condition d'irrésistibilité mentionnée par tous les auteurs apparaît comme une redondance pédagogique qui met l'accent sur le fait que l'événement doit revêtir un très fort pouvoir causal qui s'impose à l'homme²²¹⁵. Il s'agit donc généralement d'un événement ostensible, ce qui le distingue essentiellement du cas fortuit qui est une cause inconnue. Tous les auteurs

²²¹⁰ Voir H. L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t.2 Montchrestien 1970, p. 674 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t.4, *Les obligations*, coll. Thémis, PUF, 1991, p. 298 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions*, L.G.D.J. 1982, pp 465, 468, 475 et 485.

²²¹¹ Toutefois, le droit privé de la responsabilité du fait des choses a été partiellement renouvelé sans être bouleversé depuis la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Voir J. GHESTIN, *De la responsabilité du fait des produits défectueux*, J.C.P. 1998, I, 148 p. 1201. Le nouveau texte permet l'exonération pour risque de développement, ce qui constitue une exception notable et préoccupante au principe de garantie des vices internes des choses.

²²¹² Sa reconnaissance a toujours été difficile en droit administratif puisque entre 1910 et 1996 la force majeure invoquée ne permet aucune exonération de responsabilité dans 56% des cas, et n'est reconnue totalement exonératoire que dans 24% des cas. Voir B. HAGEGE op. cit. p. 436, et G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, p. 128-129.

²²¹³ Opinion partagée par C. SCHAEGIS dans sa note sous l'affaire du *Grand Bornant* : C.A.A., Lyon, 13 mai 1997, *Balusson et autres c/Mutuelle du Mans IARD*, D. 1998 p. 11.

²²¹⁴ Dans le contentieux spécifiquement contractuel la force majeure est aussi très difficilement admise. Voir commentaire sous C.E., 29 janv. 1909, *Cie des messageries maritimes*, au G.A.J.A. 12^{ème} éd., Dalloz 1999, p. 115. En effet, le cocontractant doit toujours chercher des « solutions de secours » même onéreuses pour remplir ses obligations, et l'administration se propose souvent de l'aider à trouver lesdites solutions.

²²¹⁵ Voir M. DEGUERGUE, op. cit. p. 449.

s'accordent d'ailleurs à distinguer les deux notions par ce caractère connu ou inconnu²²¹⁶. Ainsi la force majeure s'applique-t-elle généralement aux forces de la nature²²¹⁷, et plus rarement à un « fait imparable »²²¹⁸. Mais depuis longtemps les colères de la nature sont devenues prévisibles, les conflits humains aussi, et de ce fait les deux sont d'ailleurs de mieux en mieux évités dans nos civilisations²²¹⁹. Dans ces conditions, les conséquences des désastres naturels qui touchent aujourd'hui les administrés cachent bien souvent le fait de l'homme qui pouvait les éviter en adoptant les mesures de précaution nécessaires²²²⁰.

Alors que la force majeure a vocation à exonérer l'administration quel que soit le fondement de la responsabilité, il semble en pratique, d'après Jacques MOREAU, qu'elle ne trouve plus guère d'application en dehors des problèmes de dommages de travaux publics²²²¹. De fait, l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat des vingt dernières années confirme cette tendance²²²². Dans les régimes de responsabilité pour faute prouvée, il apparaît que l'exonération par la force majeure n'est quasiment jamais admise²²²³. Elle l'était encore rarement dans les années 1970 et presque toujours partiellement²²²⁴. Dans les régimes de responsabilité pour faute présumée, on peut difficilement citer un arrêt récent admettant positivement l'exonération²²²⁵. Enfin dans les régimes de responsabilité sans faute la raréfaction de l'exonération par la force majeure est tout aussi éloquente²²²⁶.

²²¹⁶ J. LAMARQUE et F. MODERNE, *L'affaire de Malpasset devant la justice administrative*, A.J.D.A. 1972, chron. p. 316.

²²¹⁷ Pour un cyclone C.E., 27 juil. 1988, *Cie marseillaise de Madagascar*, R.D.P. 1989, p. 546 ; pour des pluies d'une violence exceptionnelle C.E., 25 mai 1990, *Abadie*, Rec. tables p. 1026.

²²¹⁸ F.-P. BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé. Problèmes de causalité et d'imputabilité*, J.C.P. 1957, I, 1351, n°44.

²²¹⁹ Selon nous, la guerre n'est pas antinomique à la responsabilité. On peut même voir dans la guerre une convention entre les hommes servant d'alternative contre « la reproduction indéfinie de la violence ». Voir M. SERRES, *Le contrat naturel*, Champs Flammarion 1992, p. 30 et 31.

²²²⁰ Cela relève de la police administrative qui pèse sur le maire principalement par l'ancien article L. 131-2-6° code des communes, aujourd'hui art. L. 2214-1 CGCT.

²²²¹ J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd. PUF 1995, p. 81. La raison en provient peut-être de ce que ce régime de responsabilité confère la même qualité de protection aux victimes qu'un véritable régime législatif de responsabilité. En effet, si dans le contentieux des dommages de travaux publics la responsabilité à l'égard des usagers est encore fondée sur une faute présumée, il demeure que l'exonération n'est possible vis-à-vis des usagers comme des tiers que par la faute de la victime ou par la force majeure, exactement comme dans un régime législatif.

²²²² Selon M. DEGUERGUE, op cité p. 448, le coup de frein donné à l'exonération par la force majeure remonte à 1875 avec l'exigence de phénomènes naturels d'une amplitude « exceptionnelle ».

²²²³ A contrario C.E., 23 janv. 1981, *Ville de Vierzon*, Rec. p. 28. – C.E., 25 mai 1990, *Abadie*, A.J.D.A. 1990, p. note G. Darcy.

²²²⁴ C.E., 13 mai 1970, *Commune de Tournissan*, Rec. tables p. 1187. – C.E., 12 mars 1975, *Commune de Boissy-le-Cutte*, Rec. tables p. 1303.

²²²⁵ Autant que nos recherches ont pu porter, on ne trouve comme seule illustration que l'ancienne jurisprudence sur les accidents de véhicules qui admettait le principe de l'exonération par la force majeure : C.E., 22 déc. 1924, *Société d'assurance mutuelle « Les Travailleurs français »*, S. 1926, 3, p. 1 note Hauriou.

²²²⁶ Cependant voir : C.E., 27 mars 1987, *Sté des grands travaux de Marseille*, Rec. p. 992. Voir J.-F. COUZINET, art. précité, R.D.P. 1993, p. 1412 et 1413.

Malgré tout, le juge administratif rappelle très fréquemment, dans toutes les hypothèses ci-dessus envisagées, que l'exonération est théoriquement possible. Cela tient à la notion même de responsabilité, car il ne peut y avoir de responsabilité pour des dommages que l'on n'a pas causés. Voilà une limite intemporelle qui doit être toujours rappelée même si les progrès des instruments d'archivage²²²⁷ ou des sciences en général rendent à l'avenir quasi impossible l'exonération par défaut d'imprévisibilité ou d'irrésistibilité des phénomènes.

Dans la perspective de rapports contractuels, l'absence ou la réduction de l'effet exonératoire de la force majeure et du cas fortuit ne doit pas surprendre. En effet, s'il existe un engagement entre victime et responsable, on a pu prévoir l'hypothèse du dommage causé par la force majeure en tout ou partie et disposer que les risques pèsent alors sur les deux parties ou une seule. En matière de contrat administratif la force majeure est souvent un cas prévu dans les cahiers des clauses et conditions générales comme ouvrant un droit à indemnité au cocontractant de l'administration²²²⁸. En dehors de toute clause, le cocontractant est aussi en droit de réclamer l'application de la théorie de l'imprévision²²²⁹. Or, ne peut-on pas faire le parallèle avec la situation dite extra-contractuelle ? Le partage de responsabilité qui résulte de l'application de la théorie de la causalité adéquate pourrait correspondre à une répartition convenue des risques dans le but de préserver la continuité du corps social. Nous pensons en effet que la responsabilité est un instrument qui rend supportable l'action dommageable des services publics dans leur mission d'organisation solidaire de la société. Si l'activité publique se montre incapable de pallier les effets de la force majeure ou qu'elle en amplifie le désastre, alors il faut qu'elle supporte une grande part de l'indemnisation de sorte à assurer la continuité de la légitimité des services publics dans l'esprit des administrés.

c) Le rôle minoré du fait du tiers

Le fait du tiers serait lui aussi de moins en moins exonératoire d'après J. MOREAU.

²²²⁷ Notons toutefois que le standard jurisprudentiel n'impose pas généralement à l'administration de tenir pour prévisible des événements rares qui se sont produits au-delà d'un siècle auparavant. Voir J.-M. PONTIER, *L'imprévisibilité*, R.D.P. 1986, p. 5. Mais la durée prise en compte est variable et s'étend à mesure que les progrès techniques s'accumulent. Ainsi 8 ans suffissent en C.E., 15 fév. 1895, *Delage et Genet*, Rec. p. 156 mais le juge remonte à 100 ans dans C.E., 4 avr. 1964, *Min. des Travaux Publics c/Société « Chais d'Armagnac »*, A.J.D.A. 1962, p. 592 et s. concl. Braibant.

²²²⁸ C.E., 15 fév. 1895, *Min. des Travaux Publics c/Delage et Genet*, Rec. p. 156.

²²²⁹ C.E., 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage du gaz de Bordeaux*, Rec. p. 125, concl. Chardenet ; S. 1916,3, p.17 ; D.1916,3, p. 25 ; R.D.P. 1916, p. 208 et 388 note Jèze.

Son domaine d'application semble pourtant vaste *a priori* puisqu'il s'agit de celui de la responsabilité pour faute²²³⁰. Cependant, il est de solution constante que le fait du tiers n'exonère pas dans le contentieux contractuel²²³¹. Le refus du juge de tenir compte du fait du tiers en matière de responsabilité sans faute tient à ce qu'il a le souci de favoriser au mieux la réparation de la victime dans le cadre de ce régime favorable²²³². Il n'hésite donc pas à se départir de la cohérence des règles de causalité pour assurer cette garantie de solvabilité aux victimes. Cette jurisprudence est d'ailleurs très largement entendue puisqu'elle s'applique à toute la matière des dommages de travaux publics causés non seulement à des tiers²²³³, mais aussi à des usagers qui, eux, ne sont pourtant pas favorisés par le régime de responsabilité sans faute mais de manière moindre par celui de la faute présumée²²³⁴. Occasionnellement, on peut même relever traces de cas de responsabilité pour faute dans lesquels le fait fautif du tiers n'a pourtant pas été jugé exonératoire²²³⁵. C'est que le juge administratif reste en tout état de cause libre de faire produire un effet exonératoire au fait du tiers²²³⁶, selon l'intérêt qu'il veut privilégier et le sens du message qu'il veut adresser aux parties. Ainsi, lorsque la faute de l'administration lui paraît anormalement grave, il néglige la faute du tiers ayant pourtant eu une part dans la production du dommage. Cela survient notamment lorsque des dommages sont causés en raison de la négligence dont l'administration a fait preuve dans le stockage d'explosifs²²³⁷. Il faut mentionner aussi le point de vue des auteurs qui, concevant la responsabilité du fait d'accidents de véhicules administratifs comme reposant sur la faute, ont pu remarquer que jusqu'en 1953²²³⁸ le fait du tiers n'exonérait pas non plus dans ce cas afin que l'indemnisation des victimes soit facilitée²²³⁹.

Cette liberté laissée au juge n'est de toute façon pas choquante puisqu'elle ne joue que provisoirement, tant que la phase de la contribution définitive à la dette n'est pas engagée.

²²³⁰ *A contrario* C.E., Sect., 14 juin 1978, *Garde des Sceaux c/ M.G.F.A.*, Rec. p. 528 ; J.C.P. 1980, II, n°19319 note Y. Brard. – C.E., 14 nov. 1956, *Commune de Crotoy*, Rec. p. 431.

²²³¹ Voir Ph. TERNEYRE, *op. cit.* p. 231 et s. ; P. DELVOLVE, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Responsabilité contractuelle*, n°207 à 218.

²²³² Cf. M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, n°99 p. 56.

²²³³ Par ex. : C.E., 18 fév. 1987, *Société Emery et GDF*, D.A. 1987, n°202.

²²³⁴ C.E., 3 oct. 1979, *Ville de Cabourg c/ Epoux Vigan*, Rec. p. 361.

²²³⁵ M. Paillet cite C.E., 4 oct. 1967, *S.E.I.T.A. c/ Luciani*, Rec. p. 949.

²²³⁶ Voir Y. BRARD, *La responsabilité administrative des personnes privées*, Caen 1975, p. 290 ; J. MOREAU, A.J.D.A. 1968, p. 654.

²²³⁷ Par exemple C.E., 1^{er} fév. 1974, *Commune de Sainte-Anastasia*, Rec. p. 79 : « dans les circonstances de l'affaire, la responsabilité de la commune ne saurait être atténuée par l'imprudence commise par l'auteur immédiat de l'accident ».

²²³⁸ C.E., 23 juil. 1953, *Epoux Glasner*, Rec. p. 427 ; D. 1954, p. 405, note F.M.

²²³⁹ C'est l'interprétation que Y. BRARD livre de la jurisprudence initiée par C.E., 22 mai 1935, *Harang*, Rec. p. 581, *in th.* précitée p. 290.

D'ailleurs, c'est cette phase ultime qui importe pour le juge puisqu'il s'autorise à revenir sur les principes que nous venons d'exposer toutes les fois que l'administration responsable se trouve privée du droit de recourir plus tard contre le tiers²²⁴⁰. L'absence d'exonération du fait du tiers est même la règle dès que l'administration n'a pas de recours contre ce tiers²²⁴¹.

Pour être exonératoire dans les hypothèses de responsabilité pour faute, le fait du tiers doit être fautif²²⁴², sans quoi son rôle causal serait absorbé par celui de la faute de l'administration, à moins que ce fait du tiers soit constitutif d'une force majeure. En somme, le juge ne refuse pas nécessairement en cas de responsabilité pour faute de condamner *in solidum* les coauteurs du dommage si le tiers n'est pas un responsable fautif²²⁴³. En revanche, force est de constater, qu'en cas de dommages causés par des coauteurs fautifs, le juge refuse de condamner ceux-ci *in solidum*²²⁴⁴. Cela contraint la victime à agir aussi devant le juge judiciaire si le tiers est une personne privée²²⁴⁵.

Il ne faut pas être surpris de ce que l'exonération de responsabilité est de moins en moins possible pour l'administration puisque le domaine de la responsabilité pour faute n'a eu de cesse de basculer vers celui de la responsabilité sans faute²²⁴⁶. Or, la particularité de ces régimes est d'énumérer avec exhaustivité les cas d'exonération admis. Il s'agit de la force majeure et de la faute de la victime²²⁴⁷, cette dernière devant être alors souvent inexcusable pour jouer un rôle libératoire. Ce constat est conforté par l'observation que nous pouvons faire de l'accroissement des cas de responsabilité où la causalité est présumée.

²²⁴⁰ Par exemple en vertu d'une loi, telle que l'article L.451-1 du code de sécurité sociale interdisant les recours contre l'employeur : C.E., 21 juin 1991, *Brusson*, Rec. tables p. 1240.

²²⁴¹ C.E., Sect., 15 juil. 1959, *E.D.F. c/ Cornut*, Rec. p. 471 ; R.P.D.A. 1960, chron., p. 41, concl. Kahn ; C.J.E.G. 1959, J, 144, note Carron..

²²⁴² C.E., 25 fév. 1976, *Morvan*, Rec. p. 116. – C.E., 5 oct. 1977, *GAZUP*, J.C.P. 1980, II, 19319.

²²⁴³ Il pourrait être responsable en tant que gardien d'une chose ou d'un animal selon les règles du code civil.

²²⁴⁴ Solution stable après quelques hésitations, depuis C.E., 11 mai 1951, *Veuve Pintal*, Rec. p. 259.

²²⁴⁵ *A contrario* si le tiers est une autre personne publique ou un agent de l'administration, la condamnation *in solidum* est possible puisqu'alors la répartition finale pourra se faire devant les mêmes juridictions. Voir respectivement : C.E., 24 mars 1978, *Laporta*, Rec. p. 159 et C.E., 3 fév. 1911, *Anguet*, Rec. p. 146.

²²⁴⁶ Nous envisageons ici le développement des cas de responsabilité réglés législativement ainsi que les régimes jurisprudentiels dits fondés sur le risque ou sur l'égalité devant les charges publiques. Cf. supra première partie p. 224 et s.

²²⁴⁷ Cf. infra p. 517 et s.

B) Les présomptions de causalité rendant l'exonération plus difficile

C'est sur la victime que pèse en principe la charge de prouver la relation entre le fait imputable à l'administration et son dommage. Cependant, l'origine des dommages n'est parfois pas facile à établir. Il se peut en effet que l'état des connaissances humaines ne permette pas cette découverte. La tâche n'est pas toujours aisée pour les experts et les tribunaux, elle l'est encore moins pour la victime qui est dépendante de la volonté d'instruire des juges²²⁴⁸. Dans ces conditions, on peut se demander qui doit bénéficier du doute. Les tribunaux administratifs marquent en maintes occasions leur préférence pour la victime en posant des présomptions de causalité²²⁴⁹. Au stade de la recherche d'un débiteur de responsabilité, le juge ne craint pas de se départir de la réalité physique pour s'enquérir d'une imputabilité causale adaptée aux fonctions juridiques de la responsabilité administrative. Ainsi, dans un souci de conserver à la responsabilité publique sa fonction sanctionnatrice le juge administratif est conduit à pratiquer des présomptions de causalité en rapport avec des présomptions de faute (1), même si la présomption de causalité s'inscrit plus naturellement dans un régime de garantie ou de responsabilité sans faute de service public (2).

1) Les présomptions de causalité impliquées par le mécanisme de la présomption de faute

Conceptuellement, présomption de faute et présomption de causalité sont bien distinctes puisque, se rapportant au problème de la preuve l'une et l'autre, elles n'établissent cependant pas les mêmes probabilités. Dans le mécanisme de faute présumée, il faut en principe rapporter la preuve du lien de causalité entre la faute probable et le dommage. Mais si la jurisprudence ne faisait que présumer la faute sans que cette présomption ne rejaillisse sur celle de la causalité, elle manquerait souvent à ses objectifs.

²²⁴⁸ En 1912, M. HAURIOU affirme que la preuve de la causalité est plus aisée en droit administratif qu'en droit civil parce que la procédure est inquisitoriale, et que c'est la raison qui a commandé l'adoption du risque dans la loi du 8 avril 1898 relative aux accidents du travail jugés par le judiciaire. Cf. note citée sous l'arrêt *Ambrosini*.

²²⁴⁹ L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, L.G.D.J. 1991.

Même en présence d'une impossibilité de connaître la cause physique d'un dommage avec certitude, le juge doit rendre justice. C'est pourquoi après les rigueurs anciennes que nous avons évoquées, l'abandon du cas fortuit comme exonération de responsabilité a résonné comme une présomption de causalité pesant sur l'administration. Si le responsable ne peut pas s'exonérer par le cas fortuit, on présume alors que la cause inconnue ne lui est pas étrangère, qu'elle lui est imputable²²⁵⁰. M. HAURIOU résuma cette idée et cette justification de l'idée de cas fortuit par sa formule selon laquelle le cas fortuit est « une faute qui s'ignore »²²⁵¹. Selon cet éminent auteur, on doit faire cette présomption parce que, contrairement à la force majeure qui est extérieure et connue, le cas fortuit quant à lui étant indéterminé, constitue le résultat du fait que les hommes utilisent des machines et des techniques dont ils ne connaissent pas tous les risques²²⁵². Nous serions donc en présence d'une contamination de la responsabilité pour faute par l'idée de risque. Parce que le responsable crée le risque ou en profite, il est équitable que l'on présume que l'accident qui en résulte provient d'un fait interne. Cette idée dérange quelque peu, puisque pour présumer l'existence d'une faute, on présume le caractère interne de la cause²²⁵³. Ainsi, cette double présomption qui pèse sur l'administration peut choquer si l'on refuse de penser qu'il peut y avoir faute à ne pas avoir empêché ce que l'on ne pouvait deviner²²⁵⁴. Néanmoins, on peut partager l'opinion de M. HAURIOU, à condition de préciser quel est exactement le reproche que l'on peut faire au responsable qui supporte les conséquences d'une cause inconnue.

Certes, M. HAURIOU semble penser que le responsable commet une faute résultant de l'ignorance provisoire dans laquelle il se trouve des moyens d'empêcher l'événement dommageable. L'auteur se fonde sur la relativité de la cause inconnue qui n'est imparable que tant que la science n'a pas progressé, il en déduit que le dommage résulte par exemple d'une mauvaise manipulation dont on ne saura que plus tard qu'elle était mauvaise. L'idée est maladroite parce qu'elle laisse penser que la faute est alors rétroactive²²⁵⁵. Elle ne nous choque pas outre mesure cependant, car nous savons que la détermination des obligations qui pèsent sur les services est elle-même en quelque sorte rétroactive²²⁵⁶. Mais, ce fait ne doit pas dispenser de chercher une formulation plus logique du problème.

²²⁵⁰ Cf. F.-P. BENOIT, *Le cas fortuit dans la jurisprudence administrative*, J.C.P. 1956, I, 1328.

²²⁵¹ Note sous C.E., 10 mai 1912, *Ambrosini*, précité.

²²⁵² Cette idée a été véhiculée par M. PLANIOL pour qui « toute création d'un risque excessif et nouveau [...] est fautive par elle-même ». Voir *Etudes sur la responsabilité civile*, Rev. Crit. 1906, p. 80.

²²⁵³ Ph. SEGUR, *Le cas fortuit en droit administratif*, A.J.D.A. 1994, p. 181.

²²⁵⁴ Ibid.

²²⁵⁵ Ph. SEGUR, *ibid.*, p. 174.

²²⁵⁶ Cf. *supra* p. 177 et s.

Si l'on ne peut pas reprocher de ne pas avoir empêché l'événement que l'on ne pouvait pas prévoir, on peut en revanche reprocher à l'homme d'avoir couru le risque d'utiliser des méthodes dont il n'a pas éprouvé absolument les dangers. En d'autres termes, c'est le problème de l'obligation de précaution que soulève celui du cas fortuit. Si l'on n'exonère pas le responsable du cas fortuit, on fait peser sur lui l'obligation de précaution. Or, c'est sans doute cela que pressent M. HAURIOU lorsqu'il justifie son idée par la considération que la cause n'est que relativement inconnue, que sa connaissance dépendra du temps et des moyens que les hommes emploieront à réaliser tous les tests de sécurité sur la chose. N'est-ce pas pêché d'orgueil ou de cupidité que d'utiliser trop vite des forces dont on se croit maître ? Face au problème du juste équilibre à trouver entre l'impératif de progrès et celui de précaution, le droit apporte une réponse qui ne lèse personne. Celui qui tire bénéfice de l'usage de la chose qui se révèle dangereuse est présumé être à l'origine des dommages qu'elle cause.

Lorsque l'on affirme qu'un dommage ne peut que résulter d'un défaut dans le fonctionnement ou l'organisation d'un service public, on présume nécessairement par-là même, que le dommage est dû à une faute et qu'il est dû au service, donc à chaque fois que l'on impute le dommage au service pour une faute présumée, on fait en même temps usage d'une présomption de causalité. Cette présomption de causalité n'est certes pas totale car il reste à la charge de la victime à établir la concomitance entre son dommage et sa rencontre avec le service. Si le dommage s'est produit à l'intérieur du service public, dans sa sphère d'activité, on présumera qu'il en est la cause à partir de la simple concomitance.

Les exemples que l'on peut tirer des arrêts sont particulièrement topiques en ce qui concerne les dommages de travaux publics causés aux usagers pour défaut d'entretien normal présumé. Prenons un exemple simple, celui d'un accident consécutif à la brusque traversée d'un chevreuil devant une automobile. Si le juge estime que la signalisation de ce genre de phénomène est insuffisante sur les lieux de l'accident, il engage la responsabilité de la collectivité pour défaut d'entretien normal²²⁵⁷. Mais il n'existe aucune certitude que l'automobiliste aurait été prudent et aurait ralenti suffisamment à l'endroit du sinistre. Autrement dit, si le défaut de signalisation a pu causer un dommage, on peut encore douter que le résultat en soit l'accident lui-même mais au mieux la perte d'une chance de ne pas avoir subi cet accident. Si la responsabilité est admise pleinement, elle n'est alors plus fondée sur une causalité qui s'est effectivement réalisée mais sur une causalité qui ne s'est pas

²²⁵⁷ C.E., 2 avr. 1971, *Société des autoroutes du Nord de la France*, Rec. p. 282.

réalisée, celle que l'ouvrage champêtre ne cause pas de dommages par des traversées intempestives d'animaux.

Une autre hypothèse de responsabilité pour faute présumée se rapproche de cet exemple. Il s'agit du cas rare mais connu de responsabilité pour faute présumée à raison des dommages causés par les chevaux des haras nationaux²²⁵⁸.

Beaucoup plus fréquente en revanche sera la causalité présumée en même temps que la faute dans le cas d'une infection nosocomiale dont un patient est victime dans un établissement de soins²²⁵⁹. Le patient n'a qu'à établir qu'il n'était pas affecté avant son hospitalisation et qu'il l'était juste après. La solution a d'ailleurs été exactement identique en droit privé dans lequel le contentieux est explicitement contractuel²²⁶⁰, avant qu'un récent arrêt ne transforme l'obligation contractuelle en obligation de résultat dans laquelle la preuve d'absence de faute d'asepsie ne peut plus exonérer²²⁶¹. Dans ces cas finalement l'hypothèse de présomption de causalité impliquée par la présomption de faute se rapporte la plupart du temps à une responsabilité du fait d'une chose²²⁶², comme si dans l'usage des choses une obligation particulière de sécurité faisait tendre la responsabilité vers un certain résultat à obtenir, c'est-à-dire vers un régime de responsabilité sans faute. Cette tendance vaut pour toute circonstance d'existence d'une obligation de résultat, car dès que l'obligation génératrice de responsabilité consiste en une obligation de résultat, la seule preuve de la non-obtention de sa réalisation présume son caractère fautif et peut aussi présumer le lien entre son inexécution et le dommage. C'est en tout cas une hypothèse envisageable si la responsabilité est contractuelle. Par exemple, la responsabilité des constructeurs et architectes pour les malfaçons de la chose repose en réalité sur une présomption de faute²²⁶³, et en même temps

²²⁵⁸ C.E., 27 oct. 1937, *Forge*, Rec. tables p. 1354. - C.E., 17 nov. 1943, *Bernuchon*, Rec. p. 263. - C.E., 26 déc. 1951, *Dame Magniez*, Rec. p. 621. Voir F.-P. BENOIT, *Le cas fortuit dans la jurisprudence administrative*, J.C.P. 1956, I, 1328.

²²⁵⁹ C.E., 30 mars 1999, *CPAM du Vaucluse*, n°181735 : infection nosocomiale survenue malgré l'absence de faute médicale mais la seule existence de l'infection révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service.

²²⁶⁰ Cass. 1ère civ., 21 mai 1996, *Clinique Bouchard*, J.C.P. 1996, I, 3985, obs. G. Viney ; R.T.D.C. 1996, p. 913 obs. P. Jourdain.

²²⁶¹ Cass. 1ère civ., 29 juin 1999, *CPAM de la Seine-Saint-Denis*, J.C.P. 1999, II, 10138 rapport Sargos.

²²⁶² L'infection nosocomiale peut être prévenue par la stérilisation des matériels médicaux mais rapporter la preuve d'absence de faute dans cette prévention est très difficile. Voir E. MARSAUDON, *Les infections hospitalières*, Que sais-je ? PUF 1995. Ce qui fait écrire à C. ESPER qu'il pèse sur les établissements « une réelle obligation de résultat ». Formule qui a d'ailleurs été reprise par une circulaire du 20 oct. 1997 du ministre de l'emploi et de la solidarité pour désigner les objectifs que devraient remplir tous les établissements de soins privés ou publics. Voir l'échec du recours contre cette circulaire : C.E., 24 fév. 1999, *Union hospitalière privée*, D.A., juil. 1999, p. 26.

²²⁶³ En ce sens F. LLORENS-FRAYSSÉ, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, L.G.D.J. 1985, p. 208.

elle met en œuvre une présomption de causalité car la victime de la malfaçon n'a pas à établir que son dommage en découle dès lors que la malfaçon est constatée et que seule la preuve d'une cause étrangère apportée par le constructeur peut l'exonérer. La malfaçon qui engage la responsabilité « de plein droit » est le résultat de la faute que l'on ne connaît pas précisément mais en tout cas l'obligation de résultat est faillie par la seule preuve du résultat non atteint.

La présomption de faute-causalité est donc une manifestation supplémentaire du pouvoir normatif du juge. C'est en effet encore le standard de normalité qui justifie ces présomptions et permet d'en user en d'autres domaines que celui de la présomption de faute qui en sont, il est vrai, très proches dans leur philosophie.

2) Les présomptions de causalité accordées dans le cadre des régimes de responsabilité sans faute du service

Il existe un certain nombre de systèmes législatifs de responsabilité publique qui impliquent le recours à la présomption de causalité, mais beaucoup relèvent pour leur mise en œuvre des tribunaux judiciaires²²⁶⁴. Pour ce qui ressort de la compétence judiciaire il s'agit par exemple de la loi sur les accidents nucléaires²²⁶⁵, de celle sur les accidents de la circulation²²⁶⁶, de celle sur les contaminations sanguines²²⁶⁷. Relève du contentieux administratif le reste des régimes de responsabilité sans faute de la puissance publique. Or, ceux-ci aussi reposent sur une présomption de causalité dans la mesure où ils ne permettent l'exonération du responsable que par la preuve de causes exonératoires énumérées limitativement, force majeure et faute qualifiée de la victime généralement. Il faut noter aussi l'existence de régimes législatifs allant plus loin encore dans l'imputabilité sans aucune possibilité d'exonération puisqu'ils instaurent des « présomptions de responsabilité »²²⁶⁸.

²²⁶⁴ Voir Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Régimes relevant du juge judiciaire*.

²²⁶⁵ Art. 10 de la loi du 30 oct. 1968 : « En ce qui concerne les dommages corporels, un décret pris sur le rapport du Ministre chargé de l'énergie atomique et du Ministre des Affaires sociales établira, en fonction de l'irradiation et de la contamination reçues et du délai dans lequel l'affection a été constatée, une liste non limitative des affections qui, sauf preuve contraire, sont présumées avoir pour cause l'accident ».

²²⁶⁶ La loi du 5 juil. 1985 n'exige pour mettre en cause le responsable que la preuve de l'implication dans l'accident et non celle du lien avec le dommage. La Cour de cassation pose donc une présomption d'imputabilité du dommage à l'accident lorsqu'un véhicule est impliqué dans celui-ci. Voir G. VINEY et P. JOURDAIN précité, n°365-1.

²²⁶⁷ Loi du 31 déc. 1991 précitée. Cf. supra p. 226.

²²⁶⁸ Par exemple, la loi du 3 juil. 1877 sur les réquisitions militaires prévoit la responsabilité de plein droit de l'armée pour différents dommages causés aux propriétés privées. La loi du 7 janv. 1983 sur la responsabilité de

Mais, parler de responsabilité à leur propos peut être abusif, en ce sens qu'il ne s'agit alors le plus souvent que de garantie²²⁶⁹. Néanmoins, conserver le terme se justifie à l'égard de ceux de ces régimes dits « de garantie » qui en réalité réalisent une dilution de dommages qui ont été indirectement causés par la puissance publique²²⁷⁰.

Il n'est pas besoin de fouiller dans des contentieux marginaux ou anecdotiques pour découvrir une responsabilité de l'administration reposant sur une présomption de causalité. L'hypothèse la plus fréquente en est certainement la reconnaissance d'une faute personnelle d'un agent public non dénuée de tout lien avec le service public. Comme l'a remarqué Maryse DEGUERGUE : « admettre qu'une faute personnelle de l'agent, parce qu'elle n'est pas dépourvue de tout lien avec le service, engage la responsabilité de l'administration à l'égard de la victime, c'est reconnaître implicitement que le service, qui a favorisé la commission de la faute personnelle, est à l'origine du dommage tout autant que l'agent. En réalité, le cumul de responsabilités s'analyse en une présomption de causalité qui pèse sur l'administration et est destinée à assurer la réparation de la victime. »²²⁷¹. Si l'administration dispose en théorie d'une action récursoire contre son agent²²⁷², il n'en demeure pas moins que l'exonération de responsabilité par le fait de celui-ci n'est pas possible dans la phase de l'obligation à la dette envers la victime.

Il arrive aussi parfois que le standard de la normalité suffise à faire bénéficier la victime d'une présomption de causalité en dehors de tout précédent jurisprudentiel ou législatif. En effet, pour le juge administratif, est la cause du dommage l'événement qui porte en lui le dommage comme une conséquence prévisible, normale. Or, selon nous, cette anormalité est appréciée non seulement en fonction de « ce qui est », c'est-à-dire en fonction de la logique de la causalité physique, mais elle peut encore être appréciée en fonction de « ce qui doit être ». En somme, le juge peut fonder son jugement sur des présomptions tirées des lois du système juridique et non des lois de la réalité physique.

l'Etat du fait des attroupements et rassemblements en constitue un autre exemple. Voir F. VINCENT, *Régimes spéciaux de responsabilité*, J.-Cl. Ad. fasc. 960. Cf. supra p. 232.

²²⁶⁹ Ce sont généralement les régimes dans lesquels le débiteur de l'indemnité est un fonds de garantie.

²²⁷⁰ Nous envisageons par exemple la responsabilité du fait des attroupements qui ne permet pas l'exonération mais repose néanmoins sur l'idée d'une insuffisance de prévention et de répression dans la société. Cf. supra p. 229.

²²⁷¹ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994, p. 444.

²²⁷² Celle-ci n'est presque jamais pratiquée. Cf. supra p. 163 et s.

Ainsi, dans une affaire où le mari d'une infirmière contaminée en service par le virus du sida réclamait réparation de sa propre séropositivité, le tribunal administratif de Paris se fondant sur le droit qui existe pour les époux de mener « une vie familiale normale », considère que la contamination de l'infirmière ne pouvait qu'entraîner celle de son mari²²⁷³. Or, il s'agit d'une fiction dans la mesure où rien ne prouve que la contamination du conjoint soit le fait de ses relations avec sa femme, même si on peut le présumer fortement en l'absence de comportement particulier à risque. Mais, du point de vue de ce qui « doit être », il est normalement prévisible que les époux se contaminent mutuellement dès lors que l'un d'eux est affecté. Nous sommes en tout cas en présence d'une présomption qui est tirée de l'existence d'un lien de droit et non d'une loi de causalité établie. Le tribunal voulant appuyer sa décision audacieusement favorable à la victime sur un principe général du droit, fait de la sexualité entre époux un droit subjectif, alors que plus exactement c'est l'obligation conjugale qui peut le mieux expliquer la causalité directe de la contamination. Le droit subjectif n'est pas en effet nécessairement consommé par son titulaire, et l'argumentation en défense de l'administration était bien pertinente, il s'agissait de faire reconnaître que les relations charnelles entre époux étaient un fait intermédiaire, c'est-à-dire que la causalité était indirecte voire hypothétique.

Mais un tel libéralisme de la jurisprudence s'inscrit dans le vaste équilibre de la théorie générale et ne saurait exister pour les fins indemnitrices poursuivies sans que, par ailleurs, la sanction des comportements soit assurée par d'autres mécanismes mettant en jeu une appréciation de l'imputabilité juridique des dommages à des fins distributives.

SECTION 2

L'UTILISATION DE LA CAUSALITE A DES FINS DISTRIBUTIVES

La responsabilité prend tout son sens lorsque chacun supporte son dû et cesse de garantir pour les autres. La réparation devient un instrument de justice distributive au moment

²²⁷³ T.A., Paris, 20 déc. 1990, *M. et Mme B c/Ministre de la Défense*, R.F.D.A. 1992, p. 545, concl. Monchambert.

d'en établir la répartition définitive sur les différents acteurs de la responsabilité. Opter alors pour la théorie de la causalité adéquate et partielle conduit le juge à pratiquer le partage de la réparation à des fins distributives en harmonie avec la fonction sanctionnatrice de la responsabilité. Mais ce n'est pas pour autant seulement l'aspect répressif de la responsabilité qui est mis en valeur dans la phase de la contribution définitive à la dette, c'est plus globalement celle de répartition des obligations telles que prévues dans le vaste contrat social d'assurance mutuelle. Afin que chacun contribue à sa part d'obligation, à sa charge selon son fait, celui qui par sa cause alourdit les charges publiques indemnitaires et réparatrices doit en assumer la contribution plus forte que celle qu'il assumerait comme tout un chacun au travers de la prise en charge complète du dommage par la collectivité²²⁷⁴. La part de responsabilité imputable aux personnes mises à contribution spécifiquement dans une espèce revient en somme à leur faire payer une surprime, à leur infliger un malus d'assurance.

Ainsi, d'une part, pour la victime le partage de causalité fait l'objet d'une rigueur rarement démentie qui dans certaines occasions rappelle la peine privée (§1)²²⁷⁵. D'autre part, pour les tiers, la contribution à la dette se réalise par l'intermédiaire des actions récursoires (§2).

§1 La responsabilité de la victime

L'expression « responsabilité de la victime » peut étonner à une époque où la « victimisation » gagne sans cesse les esprits, mais elle désigne tout à fait le sort que la Justice administrative réserve aux victimes lorsqu'elles se présentent devant elle. En effet, une victime est responsable de son dommage dès lors qu'une partie de réparation lui est refusée en raison de ce qu'elle a elle-même contribué de façon plus ou moins adéquate à engendrer son dommage. Le principe est particulièrement apparent lorsque c'est une véritable faute que la victime se voit opposer, mais dans un système global de responsabilité-assurance, le fait de la

²²⁷⁴ Afin de vérifier comment les règles de partage correspondent aux fonctions de la responsabilité, nous chercherons encore à cerner quelle place la causalité occupe dans la détermination de l'imputation du dommage.

²²⁷⁵ Cet aspect nous semble particulièrement important puisque selon nous le droit à réparation de la victime dépend toujours en partie de sa situation par rapport au service responsable. Cf. supra p. 286.

victime n'a pas à être subjectivement fautif pour engendrer sa propre responsabilité, il suffit qu'il soit causal. Si le fait de la victime retenu par le juge pour le partage est simplement celui ayant un rôle causal dans la production du dommage, alors la sévérité apparaît plus grande. De fait, tous les observateurs ont remarqué la constante sévérité du juge administratif dans l'appréciation du fait de la victime (A). Mais nous verrons qu'elle s'explique par les fondements mêmes de ce qu'il convient bien d'appeler la responsabilité de la victime (B).

A) La sévère appréciation du juge administratif

Par rapport à celle que les magistrats judiciaires peuvent en faire, l'appréciation du rôle de la victime dans la responsabilité paraît plus sévère en droit administratif pour deux raisons. D'une part, la fréquence et l'intensité de cette cause effective d'exonération est soutenue (1), d'autre part le fait « fautif » de la victime est apprécié *in abstracto* (2).

1) Fréquence et intensité de l'exonération par le fait de la victime

A l'analyse de la jurisprudence administrative le lecteur ne peut que remarquer la récurrente allusion faite au comportement de la victime dans l'enchaînement de causalité ayant présidé au dommage, soit que le juge adopte le point de vue du défendeur²²⁷⁶, soit qu'il le rejette²²⁷⁷, le moyen de défense étant presque toujours invoqué. Ce qui surprend le profane c'est que parfois l'ensemble du dommage ou une part significative est laissé à la charge de la victime alors que la faute qui lui est imputée apparaît légère, voire même parfois inexistante²²⁷⁸. Pourtant, bien souvent seule la faute de la victime est répertoriée par la

²²⁷⁶ Lorsque la faute de la victime est invoquée, celle-ci exonère le responsable complètement dans 34% des cas, et partiellement dans 44% des cas. Le moyen est donc retenu dans 78% des espèces. Voir B. HAGEGE, *Les causes exonératoires de la responsabilité administrative*, th. dactyl. Paris 13 1996, p. 436.

²²⁷⁷ L'absence d'exonération n'est constatée que dans 22% des cas.

²²⁷⁸ Par exemple, dans le contentieux des dommages accidentels de travaux publics occasionnés à des usagers de la route, la jurisprudence impute presque systématiquement une faute de négligence à la victime pour décharger l'administration d'une partie de l'indemnisation, même dans des situations extrêmes telles que celle où un

doctrine comme cause d'exonération et moins fréquemment son fait non fautif. En effet, c'est la position traditionnelle du droit civil²²⁷⁹. Or, face à la sévérité dont le juge administratif fait preuve dans l'application de l'idée que la victime est responsable de son dommage, on hésite sur le vocabulaire. Certains auteurs parlent uniquement de faute de la victime²²⁸⁰, tandis que d'autres emploient à dessein l'expression plus générique de fait de la victime²²⁸¹. Cette dernière solution doit avoir la préférence parce que si le caractère plus ou moins répréhensible du comportement de la victime influence l'exonération, force est de constater que souvent ce comportement exonère alors qu'il n'est pas fautif²²⁸².

La jurisprudence tient compte du fait non fautif de la victime autant que de sa faute²²⁸³. Il en va ainsi du rôle joué par les prédispositions particulières de la victime à subir son dommage. Ce rôle n'est guère facile à déterminer car la doctrine accorde généralement peu d'importance à cette question et la passe même souvent sous silence. Il faut reconnaître que la jurisprudence sur ce point n'abonde pas. Des auteurs cependant l'évoquent pour affirmer que la prédisposition de la victime ne peut réduire son droit à réparation que si elle a été la cause unique du dommage²²⁸⁴. Cependant, la jurisprudence fait produire un effet variable à la prédisposition, effet qui peut-être une réduction partielle²²⁸⁵ ou complète²²⁸⁶.

Si la jurisprudence semble marquer des hésitations sur ce point, c'est que la prédisposition peut parfois s'analyser en une force majeure, à tout le moins lorsqu'elle est la cause unique du dommage elle justifie alors l'exonération totale. En réalité, dans cette dernière hypothèse, on peut comprendre que le défendeur échappe à la responsabilité parce

automobile se verrait reprocher de ne pas avoir vu un câble dressé en travers d'une route dans la nuit ou le brouillard. Voir J. MORAND-DEVILLER, *Les dommages de travaux publics survenus sur les voies publiques terrestres*, L.P.A. 28 janv. 1987 p. 7.

²²⁷⁹ Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1982, p. 256

²²⁸⁰ Par exemple A. DE LAUBADERE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., 11^{ème} éd. 1990, t. 1 ; M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien 1969, p. 552 ; G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, P.U.F 1992, t.1, p. 617 ; C. GUETTIER, op. cit. p. 129 ; J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, précité p. 80.

²²⁸¹ M. DEGUERGUE, op. cit., p. 455 et s. ; M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, op. cit., p. 47 et s..

²²⁸² J.-P. PAYRE, *Faute et fait de la victime dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle*, A.J.D.A. 1980, p.398.

²²⁸³ Cette règle vaut en matière de responsabilité contractuelle, qu'il s'agisse du fait du cocontractant de la puissance publique ou du sien. Voir P. DELVOLVE, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Responsabilité contractuelle* n° 195 et s.

²²⁸⁴ Y. BRARD, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. dactyl Caen 1975.

²²⁸⁵ C.E., 29 janv.1936, *Rousseau*, Rec. p. 138.

²²⁸⁶ C.E., 8 juin 1977, *Brocas*, R.D.P. 1978, p. 564 : est exonérée totalement l'administration qui cause un traumatisme psychique ayant engendré une aggravation passagère de la maladie de la victime, l'impossibilité ultérieure dans laquelle la victime s'est trouvée de reprendre ses études étant liée à évolution de sa maladie.

que tout simplement il n'a pas causé le dommage. Mais, conformément à la règle de la causalité partielle prise par le juge administratif, même analysée comme une force majeure, le fait de l'administration peut s'être ajouté à la prédisposition dans un phénomène d'aggravation des dommages²²⁸⁷. L'absence de réparation intégrale du préjudice peut tout de même dans ce cas apparaître sévère comparativement aux solutions préconisées par le droit civil. Selon la jurisprudence civile, le responsable doit réparer tout le dommage, même s'il est certain que celui-ci ne se serait pas produit ou n'aurait pas été si grave sans les prédispositions de la victime, « lorsque l'affection qui en résultait n'a été révélée ou provoquée que du fait dommageable lui-même »²²⁸⁸. En d'autres termes, l'application civiliste des principes de la causalité intégrale permet de rendre des solutions moins sévères à l'égard des victimes dont le fait n'est pas fautif. En outre, la plus grande sévérité du juge administratif est renforcée par le fait qu'il recourt à une appréciation *in abstracto* du fait de la victime.

2) L'appréciation *in abstracto* du fait de la victime

La sévérité des juges administratifs résulte particulièrement de la méthode d'appréciation de la faute des victimes. En effet, il résulte de l'analyse de la jurisprudence que cette appréciation se réfère toujours à des critères objectifs de comportement, de sorte que l'on peut la qualifier d'appréciation *in abstracto*²²⁸⁹. S'il est fait occasionnellement référence à des éléments plus subjectifs liés à la situation concrète de la victime, c'est en réalité pour mieux souligner le caractère inexcusable de son attitude²²⁹⁰, et ainsi contribuer à dresser le portrait de l'administré idéal²²⁹¹. Peut alors jouer contre la victime le critère tiré de son âge²²⁹², ou de sa qualification professionnelle, et le plus souvent la connaissance qu'elle a du

²²⁸⁷ Cf. supra p. 501. Voir aussi B. HAGEGE, op. cit., p. 162.

²²⁸⁸ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, coll. Connaissance du droit, Dalloz 1992, p. 133.

²²⁸⁹ En ce sens J. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1957, p. 203 et s.; J.-F. DAVIGNON, *La responsabilité objective de la puissance publique*, th. Lyon 1976, Grenoble SRT, p. 117; G. BERLIA, *Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français*, R.D.P. 1951, p. 689; M. DEGUERGUE, op. cit. p. 456.

²²⁹⁰ Dans le contentieux de la responsabilité disciplinaire des agents publics, la référence à la conscience que l'agent avait de ses obligations professionnelles joue généralement dans ce sens. Voir C.E., 22 juin 1987, *Dehaye*, N°77001.

²²⁹¹ Pour cette raison nous ne partageons pas l'opinion de Béatrice HAGEGE selon laquelle l'appréciation serait une hybridation médiane de méthode objective et subjective. Cf. *Les causes exonératoires de la responsabilité administrative*, th. dactyl. Paris 13, 1996, p. 175 et s.

²²⁹² Ainsi, le juge prend en considération le fait qu'une victime ayant fait une chute en descendant d'un escabeau n'était âgée que de 54 ans et était parfaitement valide pour estimer que sa chute est imputable à son fait : C.E., 14

lieu où s'est produit son dommage²²⁹³. Mais cette référence parfois faite aux circonstances de temps et de lieu de l'action se rapporte à l'appréciation concrète des faits de l'espèce et non directement à celle du comportement que doit avoir la victime, qui elle, demeure effectuée en fonction de standards objectifs²²⁹⁴.

La faute que le juge retient chez la victime est bien loin de la conception subjective qu'on pourrait attendre d'un contentieux réputé favorable aux requérants. Par exemple, il ne se préoccupe guère de l'état de conscience que la victime peut avoir de ses actes, en tout cas si cela doit empêcher une exonération justifiée au fond. La sévérité des tribunaux administratifs à l'encontre des jeunes enfants victimes de dommages apparaît d'ailleurs topique sur ce point. Elle est d'ailleurs devenue notoire car ancienne²²⁹⁵. Le juge tient ainsi pour fautifs des jeux qui ne sont pourtant que des jeux normaux d'enfants²²⁹⁶. Si l'on a pu relever parfois la prise en compte de l'âge de l'enfant pour apprécier le caractère fautif de son comportement, il semble que cela ne joue que pour insister d'autant mieux sur sa faute²²⁹⁷. Evidemment, si l'enfant est vraiment en bas âge, on ne peut se référer à sa propre faute, le juge relève alors le défaut de surveillance des parents ou des proches qui en ont la garde²²⁹⁸. Pour le droit administratif, le fait de la personne qui exerce la garde sur la victime primaire est assimilé à celui de ladite victime. Dans ces conditions, l'exonération par le fait causal d'une victime dépourvue de conscience est d'autant plus facile, car moins une personne est capable, plus elle doit être confiée à la garde efficace d'une autre. Bien entendu, le juge administratif apprécie selon ses standards ce que doit être la surveillance des victimes directes

juin 1989, *Mme Gontier*, N°70651. Par ailleurs, si le juge relève le grand âge d'une personne hospitalisée ayant chuté dans les marches saillantes d'un escalier, c'est sans doute pour souligner la particulière attention que l'établissement doit porter à son ouvrage public compte tenu du public qui le fréquente : C.E., 5 déc. 1980, *Entreprise Balagayne*, N°17579. On se retrouve ainsi dans la même configuration de raisonnement que dans le cas de l'impossibilité pour l'établissement de soins de se prévaloir de la faiblesse mentale de ses usagers. Cf. *infra* p. 522.

²²⁹³ C.E., 1^{er} déc. 1937, *Ville d'Antibes*, Rec. p. 987.

²²⁹⁴ Au mieux peut-on parler d'une appréciation *in abstracto* subjective.

²²⁹⁵ C.E., 22 janv. 1904, *Mignon*, D.P. 1905,3, p. 48. - C.E., 20 mai 1966, *Office public d'HLM de Castres*, Rec. p. 348. - C.E., 7 janv. 1970, *commune de Cassis*, Rec. p. 10.

²²⁹⁶ C.E., 5 déc. 1952, *Renon et Fichant*, Rec. p. 562 ; J.C.P. 1953, n°7493 note F.-P Bénéoit ; S. 1953,3, p. 63. - C.E., 3 fév. 1984, *Loubat*, Rec. p. 46.

²²⁹⁷ Dans l'affaire *Loubat* précitée, le Conseil d'Etat souligne que l'enfant était âgé de 12 ans lorsqu'il a chuté sur une voie ferrée suite à un jeu, en conséquence, malgré la faute de surveillance imputable à la ville, le partage a lieu à hauteur de 50%.

²²⁹⁸ C.E., 14 mai 1937, *Lachaud*, Rec. p. 503. - C.E., 23 juin 1967, *Société Dieppedalle Leprevost*, D. 1967, p. 636, note C. Blaevot. - C.E., 27 nov. 1957, *Sté d'étude et d'entreprise de travaux publics*, Rec. p. 646. - C.E., 24 nov. 1965, *Gauthé*, Rec. p. 641. - C.E., 3 juil. 1968, *Bucchini*, R.D.P. 1969, p. 546. - C.E., 6 mai 1970, *Khaluras*, Rec. p. 304. - C.E., 29 juin 1979, *Epoux Benguigui et autres*, Rec. tables p. 910. - C.E., 6 fév. 1981, *Dame Ouerdane*, Rec. tables p. 954. - C.E., 18 nov. 1983, *M. Amar Tibèche-Benziane*, Lexilaser N°39418. - C.A.A., Nantes, 4 juil. 1991, *Commune de Maintenon c/ M. André Garrier*, Lexilaser N°89NT01398. - C.A.A., Nantes, 27 janv. 1994, *Commune de Morlaix*, Lexilaser N°92NT01103. - C.A.A., Nancy, 16 nov. 1995, *Commune d'Osselle c/ époux Broggia*, Lexilaser N°94NC01284.

inconscientes. Notons alors que le fait causal de l'incapable révèle le défaut de surveillance de ceux qui en ont la garde, de sorte que cette fois le mécanisme de la présomption de faute joue au bénéfice de l'administration défenderesse²²⁹⁹.

De plus, il est théoriquement possible de faire ainsi jouer une exonération au titre du fait de la victime dans des cas où l'exonération par le fait d'un tiers ne serait pas recevable²³⁰⁰. L'assimilation du fait des proches de la victime au fait de la victime elle-même s'étend d'ailleurs à tout type de cas, ainsi des conjoints entre eux²³⁰¹, du conducteur d'un véhicule vis-à-vis de ses passagers²³⁰², d'un employé vis-à-vis de son commettant victime directe²³⁰³, du transporteur maritime vis-à-vis du propriétaire de marchandises²³⁰⁴.

Nos affirmations peuvent apparaître péremptoires tant il est vrai qu'elles ne peuvent s'appuyer sur une jurisprudence abondante²³⁰⁵, sachant de plus, que juger le fait d'une victime n'équivaut peut-être pas exactement à apprécier sa responsabilité²³⁰⁶. Afin de vérifier si l'élément de conscience est pris en compte par le juge pour dédouaner la victime de tout reproche, il serait intéressant de savoir si le fait de la victime démente est retenu comme exonératoire par la jurisprudence administrative, mais on n'en trouve aucun exemple. Certes on pourrait se fonder sur le cas des fréquents suicides de personnes démentes hospitalisées qui engagent la responsabilité du service public sans que celui-ci puisse opposer à la victime sa propre faute²³⁰⁷, mais cela ne serait pas probant. En effet, si l'administration ne peut se prévaloir dans ce cas de la faute de la victime, c'est simplement parce que sa mission consiste justement à faire en sorte que cette faute ne puisse pas survenir. Permettre l'exonération reviendrait alors à dédouaner ces services de toute responsabilité. D'ailleurs, l'impossibilité pour les établissements de soins de se prévaloir de la faute de la victime suicidaire ou auto-

²²⁹⁹ En ce sens B. HAGEGE, op. cit. p. 128.

²³⁰⁰ Par exemple, dans le cas de responsabilité engagée envers la victime usager de la voie publique, la faute du conducteur peut être opposée à ses passagers : C.E., 22 déc. 1967, *Société coopérative ouvrière « les terrassiers paveurs versaillais »*, Rec. p. 533; A.J.D.A. 1968, p. 652 note J. Moreau.

²³⁰¹ C.E., 22 déc. 1967, *Société coopérative ouvrière « les terrassiers paveurs versaillais »*, Rec. p. 533 ; A.J.D.A. 1968, p. 652 note J. Moreau.

²³⁰² C.E., 27 janv. 1965, *Morard*, Rec. p. 57. – C.E., 7 mars 1969, *Min. Equipement et Logement c/Yvrard*, Rec. p. 147.

²³⁰³ C.E., 29 avr. 1957, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 271. – C.E., 8 fév. 1961, *Compagnie Singer*, Rec. p. 84. – C.E., 24 janv. 1969, *Daumas*, Rec. p. 43.

²³⁰⁴ C.E., 22 nov. 1972, *Cie d'assurances Le Soleil*, Rec. p. 752. – C.E., 13 mars 1981, *Société mutuelle C.I.A.M.*, Rec. tables p. 910. – C.A.A., Paris, 17 mai 1994, *Min. de l'Equipement c/Ciam*, N°92PA00929.

²³⁰⁵ Cependant nous savons que le juge administratif est aguerri à la condamnation de personnes privées ayant commis des contraventions de grande voirie sans que l'élément de conscience de l'auteur de la contravention ait une quelconque importance dans le principe de sa responsabilité. Voir Y. BRARD, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. dactyl. Caen 1975.

²³⁰⁶ Celle-ci relève du droit privé en principe.

²³⁰⁷ Voir J. MONTADOR, *Une source importante de responsabilité administrative: le suicide du malade à l'hôpital public*, A.J.D.A. 1972, p. 195.

mutilante est générale et ne concerne pas seulement les malades mentaux²³⁰⁸. En tout état de cause, l'assimilation entre victime suicidaire et altération de la conscience prêterait à caution.

L'attitude du juge administratif apparaît sévère puisque la plupart du temps la responsabilité publique repose sur le régime de la faute ; par conséquent en matière de responsabilité conditionnée par la faute du responsable, il serait logique de n'opposer à la victime que son propre fait fautif. Or, contrairement au fait du tiers, celui de la victime est susceptible d'exonérer dans tous les régimes de responsabilité. C'est donc que le juge ne souhaite pas faciliter particulièrement la réparation des dommages en tout ou partie causés par la victime elle-même. Mais, quelles peuvent être les justifications d'une telle rigueur ? L'exonération par la faute de la victime dans la responsabilité sans faute est apparue dénuée de logique pour ceux des auteurs qui ne conçoivent pas la divisibilité du lien de causalité²³⁰⁹. Ainsi, on peut arguer de ce qu'il serait impossible de déterminer comment le poids du dommage pourrait se répartir entre l'une et l'autre de ses causes²³¹⁰, et qu'en ce cas une place trop grande est faite à l'arbitraire du juge. Mais, assurer le partage entre le fait fautif de la victime et celui non fautif de l'administration n'est pas moins impossible que d'opérer la répartition entre différentes causes, qu'elles soient fautives ou non²³¹¹. La solution paraît certes sévère pour la victime, mais elle ne résulte pas d'un souci particulier la visant, cela semble plutôt confirmer que le juge administratif adopte la théorie de la causalité partielle.

Selon nous, cette théorie se révèle apte à réaliser l'idéal de justice distributive du droit administratif parce qu'elle met en œuvre la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile de l'administration. D'ailleurs, sur ce point, le droit administratif ne diffère pas du droit civil qui « punit » lui aussi les victimes dans les régimes de responsabilité sans faute²³¹². Qu'une victime cause en partie son dommage se conçoit, mais cela doit-il nécessairement entraîner un partage de responsabilité ? Puisqu'en fait la victime est toujours une cause de son dommage,

²³⁰⁸ C.E., 6 juil. 1988, *M. et Mme Bindinelli*, Lexilaser N°68.262

²³⁰⁹ C'est la position extrêmement majoritaire de la doctrine privatiste pour qui le responsable est l'auteur de l'entier dommage qu'il a causé. La faute de la victime ne devrait donc théoriquement n'exonérer le responsable que complètement. S'il n'en est pas ainsi en pratique, c'est uniquement par la volonté judiciaire de fondre en une seule action la phase de l'obligation et de la contribution à la dette. Voir G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ème éd. L.G.D.J. 1998, n°426.

²³¹⁰ G. CORNU, th. citée, p. 107 et s.

²³¹¹ R. LATOURNERIE, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, R.D.P. 1945, p. 182 ; J. MOREAU, th. citée, p. 255.

²³¹² Voir par ex. Cass. 2^{ème} civ., 6 avr. 1987, 4 arrêts, J.C.P. 1988,II,20828, note F. Chabas. Cf. G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit. n° 428. ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Rodstein 1947 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. L.G.D.J. 1995.

il faut se demander à quelles conditions cette cause pourra lui être imputée à titre de responsabilité personnelle. En somme, il s'agit à présent de savoir quels sont les fondements de la responsabilité de la victime.

B) Les fondements de la responsabilité de la victime

Exonérer par le fait de la victime est commode, car force est d'admettre que le dommage étant la rencontre de deux activités, « la victime a toujours par quelque point la qualité de coauteur »²³¹³. Cela ne doit pourtant pas impliquer nécessairement le partage puisque la responsabilité ne résulte pas du simple fait d'avoir causé un dommage mais exige un comportement illicite du responsable qui a contribué à causer le dommage (1), ce qui transparaît dans l'idée d'acceptation des risques (2).

1) L'acte illicite de la victime

Il faut, pour être responsable, commettre un acte illicite. Mais la victime est-elle responsable de son propre dommage ? La réponse à cette question doit être assurément positive et c'est d'ailleurs l'opinion dominante en doctrine²³¹⁴. Pourtant, il y a quelques difficultés à le reconnaître. Si l'on définit la responsabilité civile comme découlant du dommage causé à autrui sans droit, on se heurte à un double obstacle. En effet, la victime ne cause pas de dommage à autrui mais à elle-même. De plus, il n'est pas évident que la victime ne dispose pas du droit de se léser. On peut tenter de démontrer que la victime n'a pas le droit de se causer à elle-même un dommage afin d'établir que sa faute est un élément de sa propre responsabilité. Cependant force est de constater qu'en France aucun texte n'incrimine le dommage causé à soi-même, qu'il s'agisse du comportement suicidaire ou matériellement

²³¹³ TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Paris 1901, p.167 à 171.

²³¹⁴ Voir C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime*, th. Bordeaux 1977.

destructeur. C'est bien seulement si la vie ou les biens d'autrui sont menacés que de telles interdictions existent.

En définitive, le problème se résout si l'on admet qu'en participant à la création d'un dommage que l'administration doit réparer, la victime cause alors à autrui un préjudice en provoquant son appauvrissement²³¹⁵. Cette explication rend compte de ce que lorsqu'une personne est la seule cause de son dommage, aucun mécanisme de responsabilité n'est enclenché. Ainsi, nous devons dire qu'une victime ne peut-être responsable de son propre dommage qu'à travers une autre personne qui s'en trouve aussi lésée, de sorte que la victime n'est responsable que lorsqu'elle est coauteur avec autrui de son dommage. On pourrait ainsi distinguer parmi les acteurs de la responsabilité, le « responsabilisant » en sus du responsable. Ceci explique que le juge administratif est autorisé à émettre un jugement sur le comportement de la victime qui réclame contre l'administration. La victime n'est donc jamais responsable envers elle-même, bien qu'elle subisse les conséquences de ses fautes. La responsabilité de la victime s'analyse plutôt en une peine infligée qu'en l'obligation de répondre civilement d'un dommage. Si cette responsabilité demeure néanmoins une responsabilité civile comme nous le croyons, c'est parce qu'il n'échappe à personne que la fonction sanctionnatrice est inhérente à l'obligation de répondre civilement d'un dommage en supportant un appauvrissement consécutif. Ce qui importe, c'est de définir précisément ce qui permet d'affirmer que le comportement d'une victime mérite une sanction et ce qui pourrait en même temps justifier la particulière sévérité des tribunaux administratifs sur ce point. Le droit sollicite à cet effet l'adage latin *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*²³¹⁶.

En raison de l'adage *nemo auditur*, la difficulté n'existe pas lorsque la victime a violé une prescription légale ou a désobéi à un ordre légitime²³¹⁷. En dehors de cette hypothèse, il reste de nombreux comportements qui ne sont pas expressément interdits et qui pourtant génèrent une sanction au niveau de la responsabilité civile en raison de leur déviance par rapport aux différents types de victime idéale²³¹⁸. L'absence de norme textuelle s'imposant à l'attitude de la victime n'empêche pas de considérer son fait comme illicite, puisqu'il suffit

²³¹⁵ En ce sens J.-P. PAYRE, *Faute et fait de la victime dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle*, A.J.D.A. 1980, p. 400.

²³¹⁶ Nul n'est recevable à invoquer sa propre turpitude.

²³¹⁷ Voir M. FORNACCIARI, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Exonérations ou atténuations de responsabilité* n°103.

²³¹⁸ Ibid. n°109 et s.

que la victime soit coauteur de son dommage et par conséquent auteur du préjudice de l'administration, pour qu'en vertu de la causalité partielle, on puisse lui en faire supporter certaines conséquences. Cependant, on ne peut retenir comme cause juridique du dommage n'importe quel fait causal de la victime sans détourner l'institution de ses fonctions. C'est au regard de la théorie de la causalité adéquate que l'on isolera si le fait de la victime doit jouer un rôle sur son droit à réparation. Comme le rappelle R. ODENT, « la notion de cause ne se confond pas avec celle de condition nécessaire pour que le dommage ait pu se produire »²³¹⁹. On ne peut imputer un fait causal à la victime que si celle-ci eût pu éviter de générer son dommage en se comportant d'une manière normale, c'est-à-dire avisée. C'est en s'éloignant du comportement que l'on peut attendre d'une personne prudente que la victime n'est plus par son fait une simple occasion du dommage mais bel et bien une de ses causes. Ce qui n'est que « l'occasion du dommage » confine à un rôle passif, tandis que ce qui constitue sa « cause » apparaît déterminant dans l'explication du dommage²³²⁰. Cette remarque nous conduit à relativiser le caractère moralement chargé de la règle *nemo auditur* telle qu'elle est pratiquée par le juge administratif.

La doctrine n'attribue un rôle à l'adage *nemo auditur* que dans la fixation du partage d'imputabilité entre le fait de la victime et celui de l'administration sans considération exacte de la causalité²³²¹. Cette réflexion apparaît intéressante, car il est incontestable que le partage entre les responsables ne peut se faire scientifiquement sur l'idée d'une divisibilité de la causalité qui n'existe pas. Par conséquent, il faut bien se référer à la gravité respective des fautes pour rendre la justice. Cela obéit à la fonction préventive de la responsabilité, car à défaut de pouvoir exactement déterminer la causalité passée, on anticipe la causalité future. Cependant, en adoptant cette position, on ne fait que déplacer le problème puisqu'il reste à déterminer en fonction de quels critères objectifs une faute pourra être réputée plus grave qu'une autre. Le seul critère objectif qui puisse être, même fictif, demeure celui de la causalité, car au moins celui-ci n'a pas la connotation très moraliste et subjective de l'adage *nemo auditur*.

²³¹⁹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, t.4, 1978, p. 1562.

²³²⁰ R. LATOURNERIE, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, R.D.P. 1945, p. 293. Voir aussi E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896, t. 2, p. 152. ; C. BRECHON-MOULENES, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, th. L.G.D.J. 1974, p. 266.

²³²¹ M. FORNACCIARI, précité. ; C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, coll. Systèmes, L.G.D.J. 1996, p. 130.

Selon nous, il suffit de se demander pourquoi nul ne peut se plaindre de sa turpitude pour réaliser que l'adage ne peut jouer un rôle que si la victime est la cause de cette turpitude. Autrement dit, cet adage est surabondant dans la question de l'effet exonératoire du fait de la victime. On ne peut invoquer sa propre turpitude parce qu'elle relève de la responsabilité personnelle. Il n'est d'ailleurs qu'à remarquer que les arrêts ne mentionnent jamais l'adage à l'appui de leur solution²³²². Mieux encore, ils ne se réfèrent qu'à la seule causalité dans les cas où la doctrine décèle l'application de l'adage²³²³. Cependant, on ne peut pas nier l'usage occulte qui est fait de l'adage sous couvert d'une appréciation de l'étendue de la causalité, dans la mesure où c'est lorsque la turpitude de la victime apparaît particulièrement grave²³²⁴ ou choquante²³²⁵ que l'exonération est totale car réputée avoir été « l'unique cause du dommage »²³²⁶. L'influence de cet adage serait donc comparable à celle d'une cause d'irrecevabilité de l'action pour illégitimité de la victime²³²⁷. A ce stade, peu importe que l'administration ait elle-même commis une faute²³²⁸ voire une faute qualifiée²³²⁹, car la causalité de celle-ci est en quelque sorte absorbée par la causalité plus adéquate de la turpitude. Pour la théorie juridique, c'est donc toujours le pouvoir causal de la turpitude ou de la simple irrégularité de la situation de la victime qui engendre l'exonération totale, dès lors que, sans cette irrégularité, le dommage ne serait pas survenu. Si en revanche l'irrégularité de la situation de la victime semble n'avoir joué aucun rôle dans la causalité du dommage, le juge ne relèvera pas la faute de la victime comme cause d'exonération²³³⁰. Si par exception, il décide de tenir compte de la faute pourtant sans relation évidente de causalité avec le

²³²² En ce sens M. DEGUERGUE, op. cit. p. 461.

²³²³ Par exemple dans C.E., 17 oct. 1962, *Beratto*, Rec. p. 543 concl. Braibant.

²³²⁴ Ainsi dans une affaire où la faute de la victime avait abouti à l'incendie d'une discothèque faisant 147 victimes : C.E., Sect., 7 mars 1980, *S.A.R.L. « Cinq-Sept »*, Rec. p. 129, concl. Massot.

²³²⁵ Lorsque le comportement illicite de la victime est motivé par l'appât du gain. Voir note L. RICHER sous l'affaire du *Cinq-Sept*, D. 1980, p. 320.

²³²⁶ Lorsque l'adage s'applique l'exonération est complète. Voir J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, coll. Que sais-je ? 2^{ème} éd. PUF 1995, p. 113.

²³²⁷ C'est d'ailleurs à l'origine ainsi qu'il a été appliqué par le juge judiciaire.

²³²⁸ C.E., 23 fév. 1923, *David*, Rec. p. 189. – C.E., 25 fév. 1955, *Dourlen*, Rec. p. 123. – C.E., 3 fév. 1956, *Dame veuve Durand*, Rec. p. 51. – C.E., Sect., 7 mars 1980, *S.A.R.L. Cinq-Sept*, Rec. p. 129.

²³²⁹ C.E., 28 juin 1968, *Société des Etablissements Février-Decoisy-Champion*, Rec. p. 412. – C.E., 1^{er} oct. 1976, *Cie d'assurances La Concorde et ép. Richard*, Rec. p. 388.

²³³⁰ Par ex. *a contrario* C.E., 17 oct. 1962, *Sieur Beratto*, Rec. p. 543 concl. Braibant : effondrement d'une mine exploitée irrégulièrement par la victime, « dans ces conditions, si lesdits accidents ont entraîné de sérieux dommages pour l'exploitation minière, ces dommages n'ont pas eu d'autre cause que l'irrégularité de cette exploitation ; que dès lors, le sieur Beratto, qui n'établit pas que des agissements de la société lors de la construction et de la mise en service du canal aient eu une influence sur le préjudice invoqué, n'est pas fondé à demander [...] réparation des dommages ». Par ce considérant, le juge admet implicitement mais nécessairement *a contrario* que la faute de la victime doit avoir un rôle causal dans la production du dommage pour exonérer le responsable, il admet aussi le partage possible de causalité entre l'exploitant irrégulier et la société défenderesse. Solution confirmée par C.E., 17 nov. 1971, *Commune de Viarmes*, R.D.P. 1972, p. 1575.

dommage, alors il doit néanmoins motiver sa décision en invoquant que l'irrégularité a été, selon lui, une cause partielle du dommage²³³¹.

En résumé, il apparaît que si la règle *nemo auditur* doit influencer la jurisprudence, c'est uniquement en raison du pouvoir explicatif causal particulier de la turpitude dans la réalisation du dommage, de sorte que, soit l'on juge l'adage comme surabondant par rapport à la théorie de la causalité adéquate²³³², soit l'on peut en faire un usage explicite pour justifier toutes les exonérations par le fait fautif de la victime. En ce cas, son pouvoir explicatif ne s'étendra pas à la justification de la responsabilité de la victime non fondée sur l'idée de faute²³³³, tel que dans le cas résiduel de son acceptation des risques.

2) L'acceptation des risques par la victime

L'explication de l'effet exonératoire du fait de la victime par l'idée d'acceptation des risques est-elle recevable en droit administratif ? La jurisprudence elle-même hésite sur le rôle exact que peut jouer cette idée. Des questions se posent quant à l'autonomie de cette notion par rapport à celle de fait fautif²³³⁴. Si on lui fait jouer un rôle au stade de la reconnaissance de responsabilité du débiteur principal, on met l'accent sur le pouvoir causal de l'acceptation des risques dans la production du dommage. Si on la fait jouer au stade de la responsabilité reconnue puis atténuée par l'exonération, on met l'accent sur la punition infligée à la victime de la même façon que l'on croit faire jouer à ce stade aussi l'exception d'illégitimité²³³⁵.

²³³¹ Voir C.E., Sect., 3 juil. 1953, *Dame Dépret*, Rec. p. 354.

²³³² C'est la thèse soutenue en droit privé par Ph. LE TOURNEAU, *La règle nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, L.G.D.J. 1970. La jurisprudence de la Cour de cassation est quant à elle hésitante, même si elle cautionne plutôt l'absence d'autonomie de l'adage par rapport à la théorie normale de la causalité. Voir G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit. n°274.

²³³³ En droit privé, l'usage explicite de l'adage semble réservé aux obligations qui naissent d'un contrat. Et sa réception en droit administratif a d'ailleurs été faite en premier lieu dans le contentieux contractuel par le commissaire du gouvernement RIVET dans ses conclusions sur C.E., 25 nov. 1921, *Soc. Les Savonneries Henri Olive*, R.D.P. 1922, p. 107. Il paraît intéressant de le remarquer si on envisage que cet adage résume l'ensemble des solutions d'exonération par la faute de la victime. Cela constituerait un indice supplémentaire de l'absence de réelle pertinence à la distinction des contentieux contractuel et extra-contractuel dans le cadre d'une responsabilité administrative qui serait toujours d'essence contractuelle.

²³³⁴ En réalité, la plupart du temps l'acceptation des risques est fautive ; elle correspond à la reconnaissance d'une faute d'imprudence de la victime. Selon Béatrice HAGEGE, 93% des cas d'acceptation des risques correspondent à la faute de la victime. Cf. op cit., p. 165.

²³³⁵ Par ex. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 13^{ème} éd., Montchrestien 1999, n°1420.

L'expression « exception de risque accepté », que l'on doit à R. CHAPUS²³³⁶, désigne un mécanisme dans lequel toutes les conditions d'une responsabilité sont réunies mais le droit à réparation est dénié par le juge alors qu'aucune faute ne semble devoir être reprochée à la victime. Pourtant, c'est en amont au stade de l'examen de la causalité que devrait être pris en compte cet élément. R. LATOURNERIE le pensait déjà dans son article consacré aux dommages de travaux publics. Selon cet auteur, tout ouvrage recèle un risque normal, statistique, connaissable et donc prévisible pour l'usager qui peut s'attendre à le voir se réaliser à son détriment. On peut en présumer que si une personne utilise néanmoins l'ouvrage, c'est en connaissance de cause et en acceptant les risques qu'il recèle²³³⁷.

Cette idée nous paraît tout à fait judicieuse tant qu'elle ne permet pas à l'administration de faire peser des risques excessifs ou anormaux sur les usagers. En effet, il paraîtrait choquant de croire que l'administré accepte des risques particuliers en côtoyant la puissance publique puisque justement celle-ci a pour mission fondamentale la sécurité des personnes et qu'elle est tenue de toujours réaliser des progrès dans ce domaine. C'est donc uniquement le risque résiduel irréductible, celui qui ne peut pas être raisonnablement éliminé qui seul doit être réputé accepté.

On peut aussi aller plus loin en énonçant que, pour l'usager ayant accepté un risque existe alors une obligation de s'en prémunir, un devoir de prudence particulière afin de ne pas se causer de dommage et de ne pas en causer par la même occasion aux finances publiques. On doit noter d'ailleurs que les arrêts ne retiennent comme risque accepté que le risque normalement prévisible ou dont l'existence était ponctuellement connue²³³⁸. Est-ce à dire que l'acceptation du risque est une faute ? Nous maintenons notre réponse négative.

Si l'acceptation du risque était toujours une faute, on comprendrait difficilement pourquoi le juge oppose l'acceptation des risques au stade de l'exonération aussi dans les cas de responsabilité sans faute²³³⁹, car « s'agissant d'une responsabilité à caractère automatique, à partir du moment où les conditions de son engagement sont remplies, il n'est pas fondé juridiquement de porter atteinte au droit à réparation de la victime par le biais d'une notion

²³³⁶ Ibid. n°1422.

²³³⁷ *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, R.D.P. 1945, p. 304.

²³³⁸ C.E., Sect., 11 avr. 1975, *Département de la Haute-Savoie c/Dame Nicolle et Tixier*, A.J.D.A. 1975, p. 528 concl. D. Labetoulle ; D. 1976, J, p. 178 note Horrut ; J.C.P. 1976 n°18244 note Moderne. – C.E., 22 juil. 1977, *Société nouvelle du Palais des sports*, R.D.P. 1978, p. 563. – C.E., 26 mai 1989, *Epoux Lesage*, D.A. 1989, n°364. Et *a contrario* C.E., Sect., 7 déc. 1979, *Soc. Les fils de Henri Ramel*, D. 1980, p. 303 concl. B. Genevois.

²³³⁹ Statistiquement c'est dans les régimes de responsabilité sans faute que cette exception de risque acceptée est la plus utilisée d'après Isabelle MARIANI-BEGNINI, *L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité*, R.D.P. 1997, p. 841.

qui ne fait pas partie des mécanismes de ce type de responsabilité.»²³⁴⁰. La pure logique juridique voudrait que l'acceptation du risque ne jouât qu'au stade de l'apparition de la responsabilité, et que soit laissée de côté la qualification sanctionnatrice de « faute » au profit des règles de la causalité. Nous remarquons alors que le rôle causal du fait de la victime n'est pas vraiment aussi direct que celui imputable à l'administration, et pourtant il en est tenu compte par les juges. En somme, ce n'est plus la fonction réparatrice mais cette fois encore la fonction sanctionnatrice qui prend du relief. Ainsi, même détachée de l'idée de faute, la notion d'acceptation des risques contribue à la fonction préventive de la responsabilité.

Afin d'insister sur l'aspect causal du fait de la victime et non sur son aspect fautif, il serait satisfaisant de reconnaître que la victime supporte en partie le poids de son dommage parce qu'elle l'accepte comme une conséquence normale du risque, un aléa auquel elle pouvait s'attendre. C'est parce que la victime a accepté la loi du service et les conditions d'un fonctionnement normal qu'on lui propose, qu'elle supporte comme partie au contrat une part du risque. La clef de répartition entre acceptation fautive du risque et acceptation non fautive semble alors devoir être la distinction entre le risque-danger et le risque-aléa. Accepter de courir un danger est une faute d'imprudence²³⁴¹, tandis qu'accepter de courir un risque simplement économique, bien qu'étant exonératoire²³⁴², ne peut constituer une faute. Dans ces conditions, la notion autonome d'acceptation des risques ne paraît devoir jouer que dans la responsabilité contractuelle. Si tel n'est pas le cas - puisque comme nous le pensons la théorie de l'acceptation est sous-jacente à l'ensemble du droit de la responsabilité administrative²³⁴³ -, c'est sans doute que celle-ci ressemble beaucoup plus au contentieux contractuel que l'on ne

²³⁴⁰ I. MARIANI-BEGNINI, *ibid.* p. 873.

²³⁴¹ C.E., 10 juin 1996, *Meunier*, Rec. p. 289 ; D.A. 1996, n°543 ; R.D.P. 1997, p. 246 concl. J.-H. Stahl ; R.F.D.A. 1996, p. 1054 : commerce installée dans une cave dont les dangers étaient connus par la victime qui ne peut alors se plaindre de la mesure de police municipale de fermeture du site.

²³⁴² Par exemple dans le domaine des abandons de projets publics : C.E., 16 nov. 1998, *Sille*, Rec. p. 418 ; D. 1999, IR, p. 15 ; R.F.D.A. 1999, p. 267 : modification d'un POS que la victime professionnelle ne pouvait pas ignorer. - T.A. de Paris, 14 oct. 1997, *Société Eiffage et Spie-Batignolles*, Rec. tables p. 1062 : le candidat au marché public accepte l'aléa du choix qui sera fait puisqu'il ne dispose d'aucun droit à en être le lauréat. - C.E., 16 juin 1997, *Société arboricole et fruitière de l'Agenais*, Rec. p. 238 : abandon d'un projet expérimental.

En matière de connaissance de projets futurs de l'administration voir C.E., 13 déc. 1985, *Monnerie*, D.A. 1986 n°129 : le riverain d'une rivière ne peut se plaindre des modifications apportées à son cours en raison de ce qu'il en avait connaissance lors de l'achat de sa maison. En matière de risque-aléa économique plus général voir : C.E., 29 juin 1962, *Société des Manufactures des machines du Haut Rhin*, Rec. p. 432, concl. Ordonneau. - C.E., Sect., 23 oct. 1987, *Sté Nachfolger Navigation Company Ltd et autres*, Rec. p. 319 ; R.D.P. 1988, p. 836, note J.-M. Auby ; A.J.D.A. 1987, p. 725 chron. Azibert et de Boisdeffre ; R.F.D.A. 1987, p. 964 concl. Massot.

²³⁴³ Ainsi en est-il dans toute la responsabilité fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques. Du fait d'une décision administrative légale par exemple, une entreprise est réputée accepter l'aléa d'un refus d'autorisation d'exporter des armes : C.E., 29 juin 1962, *Société des Manufactures des machines du Haut Rhin*,

veut le laisser entendre. En effet, dans le contentieux explicitement contractuel, l'idée d'acceptation des risques est omniprésente²³⁴⁴.

L'impression que la causalité est utilisée à des fins de répartition équitable entre les acteurs du corps social est encore renforcée lorsque l'on revient sur l'autre justification de l'exonération par le fait de la victime qui est celle de l'illégitimité de sa situation²³⁴⁵. L'explication de la jurisprudence rigoureuse ne serait pas simplement juridique, avanceront certains. Certes, le juge administratif est par tradition tenté de préserver les deniers publics, notamment dans les régimes de responsabilité sans faute où le seul allègement de responsabilité possible réside dans le fait de la victime, faisant preuve d'une sorte d'équité au profit de l'administration²³⁴⁶, mais nous avons dit ce que nous pensions de cette motivation injustifiée et nous ne la partageons pas, sans pourtant l'ignorer²³⁴⁷. Nous préférons l'idée qu'il y a là une sanction infligée à celui qui a l'audace de réclamer de l'argent à la collectivité après avoir provoqué son dommage. Contrairement aux causes étrangères sur lesquelles on ne transfère aucune part de contribution financière à la dette et qui sont donc exclusivement des causes d'exonération, le fait de la victime n'apparaît pas comme une cause d'exonération de responsabilité, mais tout au contraire comme un facteur de responsabilité distributive, à l'instar d'ailleurs du fait du tiers.

§2 La contribution des tiers à la dette

L'intervention d'un tiers qui a participé avec l'administration à la production d'un dommage ou qui par son seul fait a obligé celle-ci à se porter garante de sa dette de responsabilité n'a qu'une force libératoire limitée. D'une part, le fait du tiers n'exonère pas

Rec. p. 432, concl. Ordonneau. On peut aussi voir dans l'exception d'antériorité de la présence des ouvrages publics sur celle de leurs riverains une application de l'idée d'acceptation des risques.

²³⁴⁴ Voir Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, th. Economica 1989, p. 223-231. Voir par ex. C.E., 21 mars 1986, *Ville de Menton*, Lexilaser N°37.459.

²³⁴⁵ R. CHAPUS, *ibid.*, n°1420.

²³⁴⁶ I. MARIANI-BEGNINI, *ibid.*

²³⁴⁷ Elle correspond d'ailleurs très certainement à un clivage entre les anciens juges administratifs et leurs collègues plus jeunes.

dans la responsabilité sans faute de service dont le domaine ne cesse de s'étendre avec la construction de l'Etat-providence, d'autre part, il n'exonère pas dans la responsabilité contractuelle²³⁴⁸. Non seulement le fait du tiers n'est pas une cause exonératoire dans les régimes classiques de responsabilité sans faute mais de plus il n'exonère pas en matière de responsabilité pour dommages de travaux publics²³⁴⁹. En outre, il faut considérer que la responsabilité du service à raison de la faute personnelle d'un agent est un cas de responsabilité avec effet exonératoire du fait du tiers limité²³⁵⁰, car si l'agent n'est pas tout à fait un tiers au sens où la doctrine administrativiste l'entend afin d'imputer le dommage au service²³⁵¹, il est néanmoins une tierce personne puisque le service dispose en principe d'une action récursoire contre lui²³⁵².

Or, si l'on pense avec nous que la responsabilité administrative repose, quelles qu'en soient les conditions, sur une rupture d'égalité devant les charges publiques non rétablie spontanément par l'administration, on doit concevoir qu'en tant que responsable personnellement pour violation d'une obligation souscrite dans le contrat social l'administration ne puisse pas s'exonérer facilement par le fait du tiers vis-à-vis de la victime. Malgré cela, la jurisprudence administrative n'admet guère la possibilité de reconnaître la responsabilité solidaire du tiers et de l'administration, ce qui renforce la fonction distributive de la responsabilité au détriment de sa fonction indemnitrice (A), et de même dès lors, le partage de l'imputabilité entre coresponsables devient une constante du droit administratif (B).

²³⁴⁸ Cf. supra note n° 2231, p. 508.

²³⁴⁹ Pas d'effet exonératoire dans les régimes de faute présumée en principe. Voir M. FORNACCIARI, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, précité n°51. En tout état de cause, l'absence d'effet exonératoire pour le fait du tiers en matière de dommages de travaux publics s'étend même au cas de responsabilité pour faute telle que doit l'invoquer le participant : C.E., 4 oct. 1967, *S.E.I.T.A. c/Luciani*, Rec. p. 949 ; A.J.D.A. 1968,II, p. 50.

²³⁵⁰ En ce sens F. MODERNE, qui remarque que le Conseil d'Etat n'a jamais démenti la jurisprudence *Anguet* selon laquelle l'administration est tenue d'indemniser intégralement la victime d'un dommage imputable pourtant à un cumul de fautes des agents et du service, *Recherches sur l'obligation in solidum dans la jurisprudence administrative*, E.D.C.E., 1973, p. 37.

²³⁵¹ En fait, la plupart des auteurs se sont accordés sur la définition donnée par R. LATOURNERIE : « toute personne, publique ou privée, quelle que soit sa qualité juridique, autre que le défendeur à l'instance en indemnité ou les personnes dont il est responsable », *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, R.D.P. 1945, p. 176.

²³⁵² L'expression de « tierce personne » a d'ailleurs la préférence de beaucoup d'auteurs car le vocable tiers figure au rang des mots à sens multiples dans la langue juridique. Voir J. MOREAU, J.-Cl. Ad., fasc. 700, n°115 ; Y BRARD, op. cit. p. 284.

A) Le rejet de principe un peu hâtif de la condamnation solidaire des coresponsables

La solidarité juridique entre débiteurs susceptible de s'appliquer aux coresponsables d'un dommage est une « solidarité passive » telle que définie par le code civil en son article 1200 : « il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier »²³⁵³. Du principe de cette solidarité découle l'absence de toute exonération par le fait d'un tiers coauteur, sauf si ce fait revêt les caractères de la force majeure²³⁵⁴, ainsi qu'en jugent constamment les tribunaux judiciaires²³⁵⁵.

Mais les données du contentieux administratif ne sont pas exactement les mêmes que celles du contentieux judiciaire. Si le juge administratif admet le jeu des solidarités passives prévues par la loi ou les dispositions expresses d'un contrat²³⁵⁶, en revanche il rejette en principe la condamnation *in solidum*²³⁵⁷, forme imparfaite de solidarité passive créée par la jurisprudence judiciaire pour pallier la règle selon laquelle « la solidarité ne se présume pas »²³⁵⁸. Ce rejet fondé sur plusieurs considérations (1), souffre cependant un certain nombre d'exceptions permettant d'envisager que soient surmontés les obstacles à la reconnaissance générale de l'obligation *in solidum* (2).

1) Les justifications du rejet

Les raisons du rejet de l'obligation *in solidum* par le juge administratif tiennent à une considération de procédure résultant de la dualité juridictionnelle et à une considération de fond liée à la préservation du sens même de la responsabilité.

²³⁵³ La solidarité qui existe entre créanciers et qui permet à l'un d'eux d'obtenir l'entier paiement de la créance solidaire à charge pour lui de rendre aux autres créanciers leur part, s'appelle solidarité active. Sur la distinction voir H. et L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t.2 premier volume, *Obligations : théorie générale*, Montchrestien, 7^{ème} éd. 1985, n°1052.

²³⁵⁴ Voir note Y. BRARD, J.C.P. 1980,II, n°19319, précité.

²³⁵⁵ Voir la jurisprudence très fournie citée par G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit. p. 262.

²³⁵⁶ *A contrario* en l'absence de dispositions expresses du contrat la condamnation solidaire est refusée par le juge administratif : C.E., 12 fév. 1915, *Driout*, Rec. p. 23. – C.E., 25 juin 1971, *Société des Etablissements Marius Sérès et autres*, Rec. p. 482; A.J.D.A. 1973,II, p. 97, note J.-M.G.

²³⁵⁷ Sur la distinction des obligations solidaires et les obligations *in solidum* voir H. et L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t.2 premier volume, *Obligations : théorie générale*, Montchrestien, 7^{ème} éd. 1985, n°1056 à 1072.

Le juge administratif n'hésite pas à adopter la causalité partielle pour empêcher le juge judiciaire de se prononcer sur la part de responsabilité de l'administration de manière incidente en cas de recours du codébiteur condamné *in solidum* lorsque le tiers coresponsable du dommage n'est pas soumis au droit public.

C'est traditionnellement ainsi que la doctrine interprète un arrêt de la Section du contentieux du Conseil d'Etat dans lequel l'administration ne fut jugée que pour moitié responsable des conséquences d'un accident de la circulation causé par un véhicule administratif s'étant déporté pour éviter un autobus²³⁵⁹. Or, il n'est pas douteux que le même accident produit par le fait de deux véhicules privés eût abouti à la même époque à une condamnation *in solidum* des deux conducteurs devant les tribunaux judiciaires²³⁶⁰. A dire vrai, cette jurisprudence avait été annoncée quelque temps plus tôt²³⁶¹, mais elle marquait une rupture avec les solutions anciennes accordant la condamnation de l'administration pour le tout sous réserve qu'elle pourrait tenter contre la personne privée une action devant le juge judiciaire²³⁶². Contraire à la solution plus favorable aux victimes pratiquée d'ailleurs par le juge judiciaire²³⁶³, la solution de la Haute juridiction administrative implique un ralliement à la théorie de la causalité adéquate et partielle, quand en revanche, les civilistes adhèrent globalement à l'idée plus rationnelle d'indivisibilité du lien de causalité²³⁶⁴. Mais, il s'agit d'éviter que le juge judiciaire soit en position de trancher définitivement la part de responsabilité imputable à chacun lorsque l'administration exerce l'action en garantie contre le tiers privé après avoir été la première condamnée pour le tout à la demande de la victime qui s'assure ainsi une garantie de solvabilité²³⁶⁵. Et c'est justement sur ce point qu'une seconde justification se greffe. En effet, il n'apparaît pas souhaitable pour le juge administratif que la collectivité publique se retrouve seule à supporter le risque d'insolvabilité du tiers privé coresponsable²³⁶⁶, bref se retrouve dans la situation d'un assureur garant alors que sa responsabilité est fondée sur une faute.

²³⁵⁸ Voir F. MODERNE, art. précité p. 17.

²³⁵⁹ C.E., 29 juil. 1953, *Epoux Glasner*, Rec. p. 427 ; D. 1954, p. 405, note F.M.

²³⁶⁰ Voir la note F.M. sous l'arrêt *Glasner* précité.

²³⁶¹ C.E., 11 mai 1951, *Dames Pintal, Pierret et autres*, Rec. p. 259 ; D. 1951, p. 511 : noyades consécutives au naufrage d'un bac dû en partie à la faute du passeur. – C.E., Sect., 29 fév. 1952, *Delle Serval*, Rec. p. 147 ; D. 1952, somm., p. 64 : incendie d'un grand magasin dû en partie à un défaut d'organisation du service de lutte contre l'incendie.

²³⁶² C.E., 22 mai 1935, *Harang*, Rec. p. 581.

²³⁶³ Cass. Civ., 11 juil. 1892, *Cie générale transatlantique c/ David Haddah*, D.P. 1894,1, p. 513, note Levillain ; S. 1892,1, p. 508 ; *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz 9^{ème} éd. 1991, p. 678.

²³⁶⁴ M. FORNACCIARI, op. cit. n°56.

²³⁶⁵ Voir conclusions G. LASRY sur *Glasner* précité Rec. p. 427.

²³⁶⁶ La personne privée peut être insolvable ou avoir disparu s'il s'agit d'une personne morale. Voir M. FORNACCIARI, op. cit. n°59.

Selon nous, cette position peut s'appuyer sur le principe mis tardivement en valeur dans la jurisprudence qui veut que « la collectivité publique ne peut pas payer ce qu'elle ne doit pas »²³⁶⁷. Ainsi, plus la responsabilité de la collectivité est engagée à raison d'une appréciation portée sur son comportement subjectif, plus celle-ci devrait être limitée à sa part personnelle. En revanche, plus la responsabilité de la collectivité est objective, moins le fait du tiers ou de la victime ne doit leur être opposé. Dans la responsabilité pour faute la règle est que le responsable répare les conséquences de sa faute ; dès lors, si le juge adhère à l'idée de la divisibilité de l'imputabilité causale, sa solution ne peut guère être discutée. Mais dans la responsabilité sans faute, une telle limite n'existe pas ; si l'administration paye l'entière indemnisation malgré le fait d'autrui, on ne peut lui reprocher d'opérer une libéralité, un acte de charité équitable.

Si on adhère à la réflexion du juge administratif sur la nécessité que chacun contribue à réparer ce qu'il a causé et rien de plus, on ne peut néanmoins s'empêcher de s'étonner de ce que le fait du tiers n'exonère parfois pas dans la responsabilité pour faute. Dès lors, on peut souhaiter une modification de la jurisprudence qui la rendrait plus cohérente et moins désavantageuse pour les victimes.

2) Pour une réforme des solutions jurisprudentielles

Les justifications des solutions actuelles rejetant l'obligation *in solidum* en droit public apparaissent assez pragmatiques malgré l'idée que nous avons avancée ci-dessus. En effet, s'il est constant que le fait du tiers n'exonère jamais dans la responsabilité sans faute, en revanche nous savons qu'il exonère parfois dans la responsabilité pour faute. Ainsi, en cas de

²³⁶⁷ Voir concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE sur C.E., Sect., 19 mars 1971, *Mergui.*, Rec. p. 235. Selon nous, s'il apparaît que le montant accordé par l'administration à une victime dans le cadre d'une transaction apparaît aux yeux du juge aller au-delà de la part de responsabilité qui devrait peser sur elle, il n'est pour autant pas fait exception au principe tant que cela reste dans une limite raisonnable. En effet, si l'administration répare un dommage, c'est qu'elle se sent responsable, alors on peut dire qu'elle accorde ce qu'elle doit effectivement accorder. L'appréciation qu'elle fait de l'étendue de sa responsabilité, dans le cas où son principe même est indiscutable, doit être respectée dans une certaine mesure, car nul mieux qu'elle ne peut en connaître tous les secrets. C'est peut-être ainsi que peut s'expliquer la règle selon laquelle le juge ne peut accorder moins que ce que l'administration reconnue responsable a accepté d'octroyer. Voir C.E., 9 fév. 1968, *Ministre de la Construction c/Sté des magasins réunis de Flers*, Rec. p. 106. De même, cela pourrait inspirer la tolérance jurisprudentielle relative à l'opposabilité de la déchéance quadriennale. Cf. supra p. 410.

dommages causés par une explosion, le fait du fabricant n'exonère pas l'administration²³⁶⁸, ni même celui de la personne qui l'a provoquée²³⁶⁹. La puissance publique a ainsi été condamnée à réparer intégralement les dommages résultant d'un accident de transport pour ne pas avoir vérifié le respect par l'entreprise auteur de l'accident de son obligation de s'assurer²³⁷⁰. Elle peut aussi l'être intégralement pour avoir refusé illégalement de prêter le concours de la force publique²³⁷¹. Enfin, il faut tenir compte de l'application par le juge administratif de l'obligation *in solidum* dans le cas de « fautes communes » des cocontractants de l'administration qui ont concouru à la réalisation de la totalité du dommage²³⁷². Dans ce cas, la responsabilité envers le maître de l'ouvrage est spécifiquement contractuelle, mais la même solidarité existe au profit des victimes de dommages dus à l'exécution de travaux publics dans un cadre réputé extra-contractuel²³⁷³. La victime d'un tel dommage peut engager l'entière responsabilité de l'entrepreneur ou du maître de l'ouvrage et même obtenir la condamnation des deux *in solidum*²³⁷⁴.

L'idée de fautes communes se retrouve en fait dans d'autres jurisprudences admettant la solidarité passive entre coresponsables. Ainsi, dans le cas de plusieurs personnes en collaboration étroite dans une mission de service public, la victime d'un dommage peut réclamer son entière indemnisation à chacun des coresponsables. Cette solution avait été initiée pour la réparation des accidents de vaccinations obligatoires²³⁷⁵, mais elle fut étendue

²³⁶⁸ C.E., 3 nov. 1961, *Commune de Vico*, Rec. p. 612. – C.E., 1^{er} mars 1967, *Commune d'Harquency*, Rec. tables p. 930.

²³⁶⁹ C.E., 1^{er} fév. 1974, *Commune de Sainte-Anastasie*, Rec. p. 79.

²³⁷⁰ C.E., 29 nov. 1961, *Goarin*, Rec. p. 671.

²³⁷¹ C.E., Sect., 3 nov. 1967, *Ministre de l'Intérieur c/Dame Fiat*, Rec. p. 409 ; J.C.P. 1968, II, 15561, note Cl. Durand-Prinborgne. – C.E., 9 mars 1976, *Cis Danel*, Rec. p. 170. – C.E., 27 sept. 1991, *S.A.R.L. des transactions immobilières et mobilières de la Haute-marne*, R.D.P. 1993 p. 258.

²³⁷² C.E., 17 janv. 1973, *Sté Entreprise Saudemont*, Rec. p. 43. – C.E., 10 juil. 1974, *Descottes-Genon*, D.A. 1974, n°283. – C.E., 13 juin 1984, *M. Daurel et autres*, Rec. p. 216. – C.E., 7 déc. 1990, *M. Point*, Lexilaser N°83685. La jurisprudence semble d'ailleurs de plus en plus souvent assimiler la simple faute de surveillance de l'architecte à une faute commune, voir D. CHABANOL, J.-Cl. Ad., fasc. 854, n°78.

²³⁷³ La victime tiers au contrat peut invoquer la solidarité qui résulte de la faute commune alors qu'elle ne pourrait pas invoquer une clause de solidarité entre les contractants qui ne lui est en tout état de cause pas opposable : C.E., 4 juin 1976, *Sté toulousaine immobilière*, Rec. p. 303.

²³⁷⁴ Par ex. C.E., Sect., 14 fév. 1958, *Sté Thorrand*, Rec. p. 104. – C.E., Sect., 11 oct. 1968, *Allard*, Rec. p. 486. – C.E., Sect., 27 nov. 1987, *Sté provençale d'équipement*, Rec. p. 383.

²³⁷⁵ C.E., A., 13 juil. 1962, *Min. santé publique c/Lastrajoli*, Rec. p. 506 ; R.D.P. 1962, p. 975 ; D. 1962, p. 726, note J. Lemasurier. – C.E., 11 oct. 1963, *Min. santé publique c/Redon*, D.A. 1964, n°35. Cette jurisprudence est néanmoins sans intérêt depuis la loi du 1^{er} juil. 1964.

au cas du transport scolaire²³⁷⁶, et peut-être au cas de mauvais contrôle de l'administration sur un service public²³⁷⁷.

Comme on le voit, la condamnation *in solidum* des coresponsables d'un dommage devant le juge administratif souffre de nombreuses exceptions, tant dans le domaine contractuel qu'extra-contractuel, tant dans la responsabilité sans faute de service que pour faute. Il en résulte certaines réserves émises par la doctrine sur la présentation classique justifiant la différence des solutions quant à l'effet exonératoire du fait du tiers par la distinction certainement excessive entre responsabilité sans faute et responsabilité pour faute²³⁷⁸. Dans ces conditions, le refus de reconnaître l'obligation *in solidum* ne peut guère s'expliquer par une conception particulière de la causalité qui serait uniquement applicable à certains cas mais pas à d'autres. Pourquoi l'idée de fautes communes serait-elle admise dans certains cas et pas dans d'autres ? Pourquoi le fait de l'administration engagerait-il son entière responsabilité conformément à la logique de l'indivisibilité du lien causal ou du dommage dans certains cas plus que dans d'autres²³⁷⁹? De deux choses l'une ; ou le fait du tiers exonère toujours²³⁸⁰, ou il n'exonère jamais quel que soit le régime de responsabilité applicable. Si l'on s'en tient à la pratique normale du contentieux administratif qui repose sur la divisibilité de la causalité²³⁸¹, on devrait toujours permettre l'exonération par le fait du tiers ; s'il n'en est pas ainsi, c'est que la responsabilité administrative est bien souvent une responsabilité-assurance. En effet, l'obligation *in solidum* n'est en réalité qu'une faveur faite à la victime²³⁸². Si l'on ne veut pas commettre d'injustice, il faut alors que toutes les victimes bénéficient de cette garantie offerte par les prétoires.

²³⁷⁶ C.E., 24 mars 1978, *Laporta*, Rec. p. 159 ; A.J.D.A. 1979, p. 36. – C.E., 11 juil. 1980, *Chevrier*, Rec. p. 309. – C.E., 30 mai 1986, *Epoux Faix*, Rec. tables p. 710 ; D. 1987, IR, p. 118, comm. Moderne et Bon ; L.P.A. 6 juin 1987, p. 6 concl. E. Guillaume.

²³⁷⁷ M. PAILLET en voit une application dans la condamnation de l'Etat pour la défaillance de son contrôle sur les centres de transfusions sanguines : C.E., A., 9 avr. 1993, *M. D.*, Rec. p. 110. Voir M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, op. cit. n° 158 p. 83.

²³⁷⁸ En ce sens J. MOREAU, note sous C.E., 26 avr. 1968, *Ville de Cannes*, A.J.D.A. 1968, II, p. 653 ; F. MODERNE, *Recherches sur l'obligation in solidum dans la jurisprudence administrative*, E.D.C.E., 1973, p. 31 et s., Y. BRARD, note au J.C.P. 1980, II, n° 19319.

²³⁷⁹ Dans ces conditions, on ne peut finalement même pas s'appuyer sur notre idée selon laquelle dès que la responsabilité administrative est fondée sur une faute de service celle-ci est justifiée parce que la faute est une cause adéquate du dommage et qu'alors chaque faute ne doit supporter qu'une part de responsabilité.

²³⁸⁰ A condition d'être fautif, étant entendu que, selon nous, le fait est fautif par le fait même d'avoir contribué à la production du dommage alors que celui-ci aurait pu être évité par une attitude différente de l'auteur du fait.

²³⁸¹ Cf. supra p. 500 et s.

²³⁸² En ce sens Y. BRARD, note précitée.

En tout état de cause, accorder la faveur de la condamnation *in solidum* n'est pas problématique en droit administratif²³⁸³. En effet, cette mesure n'empêche pas la conciliation des fonctions indemnisatrice et sanctionnatrice de la responsabilité puisque la répartition de la responsabilité entre les coresponsables peut avoir lieu au cours des actions récursoires. Quant à l'argument selon lequel l'administration serait trop souvent dans l'impossibilité d'obtenir le remboursement effectif de la part de responsabilité imputable au tiers privé, il ne tient pas si l'on reprend cette réflexion pertinente : « n'est-il pas souhaitable que le risque d'insolvabilité d'un des coresponsables soit supporté par un autre coresponsable plutôt que par la victime ? »²³⁸⁴. Un sens élémentaire de justice doit en effet dominer le droit administratif dans le partage définitif de la dette de responsabilité.

B) Le partage de la dette entre les acteurs de la responsabilité

Le partage de la dette de responsabilité est une constante du droit administratif. En effet, celui-ci admet la théorie de la causalité partielle plus largement que le droit privé²³⁸⁵.

²³⁸³ L'inquiétude tirée de ce que la condamnation *in solidum* de l'administration avec un tiers privé porterait atteinte à l'intérêt des solutions administratives elles-mêmes, par le fait que le juge judiciaire procéderait alors à la répartition finale des parts de responsabilité, peut être surmontée en même temps que pourrait l'être cette néfaste conséquence des solutions actuelles qui obligent la victime à multiplier les actions devant les deux ordres de juridiction. Il serait souhaitable de transférer à un seul juge la connaissance de l'intégralité du litige mettant en cause un tiers privé avec l'administration. Soit il pourrait s'agir du juge judiciaire formé au droit administratif, soit comme nous le préférons au juge administratif compétent comme juge de l'exception accessoirement à sa compétence sur l'action. Le juge administratif devrait alors appliquer les règles du code civil. Cela ne constituerait pas une grande révolution, car le juge administratif apprécie déjà la responsabilité des victimes et des tiers par le caractère exonératoire qu'il reconnaît à leur intervention active dans le dommage. Il juge aussi les fonctionnaires sur la question de savoir s'ils commettent une faute personnelle, et sur la part de responsabilité qui leur échoit dans le cadre de l'action récursoire de l'administration contre leur personne. Seul le juge judiciaire pénal conserverait sa compétence mais uniquement sur l'aspect répressif de la responsabilité ; ainsi seules les actions des victimes véritablement vindicatives seraient quelque peu entravées. D'ailleurs, dans cette phase de l'action récursoire, la fonction sanctionnatrice de la responsabilité devrait être pleinement remplie afin que notre société sorte de sa pénalisation grandissante. Cette proposition ne porterait pas atteinte au principe de séparation des juridictions car en réalité le droit de l'action récursoire est semblable dans tous les droits en ce qu'il n'a plus alors qu'une même fonction distributive. Voir Y. BRARD, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. précitée p. 477. De plus, elle peut s'appuyer sur l'adage « le juge de l'action est aussi juge de l'exception » qui a déjà inspiré la loi du 28 pluviôse An VIII donnant compétence au juge administratif pour procéder lui-même au partage définitif de la responsabilité entre l'administration maître de l'ouvrage et l'entrepreneur privé. Voir Y. BRARD, th. p. 400 et s.

²³⁸⁴ Y. BRARD, note au J.C.P. 1980, II, n°19319.

²³⁸⁵ Notamment par l'idée d'aggravation qu'une des causes du dommage a pu avoir sur l'étendue de celui-ci, ainsi pour la force majeure et les prédispositions de la victime, cf. supra p. 519.

Ainsi, le juge administratif est conduit à réaliser le partage tant au stade des causes d'exonération qu'à celui des actions en garantie²³⁸⁶. Ce qu'il importe de déterminer à présent dans le cadre d'une théorie générale recherchant les fonctions et les fondements de la responsabilité se concentre sur les questions corrélatives de savoir quelles sont les personnes qui vont devoir contribuer au solde de la dette de responsabilité (1), et en vertu de quels critères l'appréciation du partage peut être opérée (2).

1) *Le choix des personnes contribuant définitivement à la dette*

Au stade de la contribution à la dette, le masque des éventuelles fictions relatives à l'imputabilité de la responsabilité à l'égard de la victime peut tomber²³⁸⁷. Il importe alors que le partage opéré soit bien compris par les justiciables qui en font l'objet. Or, il n'y a guère de problème lorsqu'une seule cause du dommage est désignée par le droit pour guider l'imputation du fait dommageable. Ce choix peut être imposé par la loi²³⁸⁸, mais il résulte souvent de la jurisprudence²³⁸⁹. Par exemple, le seul responsable d'un dommage causé par le fonctionnement de l'ouvrage public concédé est le concessionnaire²³⁹⁰, comme l'est d'ailleurs tout délégataire de service public pour les dommages causés par ledit service confié à sa gestion par une collectivité publique²³⁹¹. Mais la tâche confiée au tiers qui en assumera seul la

²³⁸⁶ Nous ne distinguerons pas dans les paragraphes qui suivent les actions de nature subrogatoire et celles de nature récursoire, nous emploierons le terme récursoire pour désigner les deux types d'action. Sur l'action subrogatoire, cf. supra p. 254 et s.

²³⁸⁷ Phase dite de l'obligation à la dette.

²³⁸⁸ Voir les hypothèses de substitution de responsabilité, ainsi que la loi du 13 juil. 1983 portant statut général de la fonction publique qui dispose dans son article 11 : « lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui ». Les principes de ce texte inscrits en droit positif depuis le statut de 1946 constituent un principe général du droit applicable à tous les agents des services publics administratifs : C.E., Sect., 26 avr. 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, Rec. p. 243, concl. Chardeau ; S. 1963, p. 338.

²³⁸⁹ L'absence de choix du responsable poursuivi par la victime est sanctionnée sévèrement par la jurisprudence qui considère que les conclusions mal dirigées constituent un moyen d'ordre public, que le juge soulève d'office. Par ex. C.E., 29 avr. 1957, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 271. — C.E., Sect., 14 avr. 1961, *Dame Rastouil*, Rec. p. 233 ; A.J. 1961 p. 301, concl. Heumann. — C.A.A., Nancy, 31 déc. 1992, *M. Julien*, Rec. tables p. 1164.

²³⁹⁰ Jurisprudence ancienne et contante, voir par ex. C.E., 7 juin 1985, *Min. des Transports c/époux Dupré*, Rec. tables p. 770 ; D.A. 1985 n°394. — C.E., 22 juin 1987, *ville de Rennes c/ Cie rennaise de linoléum et du caoutchouc*, A.J.D.A. 1988, p. 65 note Moreau ; L.P.A. 26 juil. 1987, p. 16 note Moderne.

²³⁹¹ C.E., 7 mars 1934, *Cie Le Phénix*, Rec. p. 311. L'hypothèse vaut pour toute forme de gestion confiée à une personne autre que l'instigateur du service : Voir *a contrario* C.A.A., Nancy, 9 mars 1993, *Caron*, Rec. tables p. 1026.

responsabilité peut aussi être tout à fait ponctuelle, puisque la solution jurisprudentielle vaut pour l'organisation de fêtes locales à l'initiative de personnes privées²³⁹², tandis que la collectivité publique n'endosse de responsabilité que pour les fêtes qu'elle organise personnellement²³⁹³.

Dans les cas que nous évoquons, l'imputation de la dette est liée au pouvoir dont dispose le responsable. Ainsi, lorsque le délégataire de service public ou de fêtes publiques est « transparent » par rapport à la collectivité publique pour laquelle il agit, la responsabilité sera imputée entièrement à ladite collectivité²³⁹⁴, car c'est en fait cette dernière qui exerce son pouvoir d'agir à travers le tiers²³⁹⁵.

Le jeu normal de l'imputation de la responsabilité est parfois rendu délicat par la pluralité des personnes publiques intervenant dans le fait générateur du dommage dont chacune a pu contribuer à le causer. Dans le cas de pluralité de services publics impliqués dans la survenance d'un dommage, l'imputation de responsabilité correspond à la causalité de chacun dans la production du dommage en fonction du pouvoir qu'il exerce sur le cours des choses qui ont entraîné des effets préjudiciables. Néanmoins, il est possible qu'une seule des deux personnes publiques doive répondre du dommage si l'autre n'a fait que prêter son concours par la mise à disposition de moyens humains et matériels. Ainsi, dans le cas de dommages causés par le service de lutte contre l'incendie, la responsabilité pèse uniquement sur la commune sur le territoire de laquelle a lieu l'intervention en raison du pouvoir de police municipale institué à son profit pour mener cette lutte et prévenir ses conséquences²³⁹⁶, nonobstant l'utilisation de forces relevant d'autres personnes publiques²³⁹⁷. Bref, le fait du tiers n'exonère pas celui sur qui pèse la responsabilité du service. L'ensemble des solutions

²³⁹² Ex. C.E., 7 mai 1952, *Commune de Fontaine-Simon*, Rec. p. 231.

²³⁹³ C.E., 27 oct. 1922, *Hautefeuille*, R.D.P. 1922, p. 572, concl. Corneille. Ou en cas de carences de sa police à encadrer les fêtes locales d'initiative privée. Voir J. MOREAU, J.-Cl. Ad., *Détermination du patrimoine public responsable*, fasc. 836 n°19 à 21.

²³⁹⁴ T.C., 22 avr. 1985, *Laurent c/Comité des fêtes de St-Rémy-de-Provence*, Rec. p. 541; Gaz. Pal. 1985, 2 pan., p. 340 : fête locale organisée par le comité des fêtes, mais celui-ci est transparent car il n'a agi que pour le compte de la commune seule responsable.

²³⁹⁵ Le délégataire transparent est une sorte de mandataire qui n'a pas de pouvoir dans la réalisation du dommage parce qu'il n'a pas d'autre pouvoir que celui qui lui est confié et qu'il ne peut excéder par représentation.

²³⁹⁶ Voir J. MOREAU, J.-Cl. Ad., *Détermination du patrimoine public responsable*, fasc. 836 n°33 à 36.

²³⁹⁷ C.E., Sect., 5 mars 1943, *Chavat*, Rec. p. 62 ; S. 1943,3, p. 40 : pour des gendarmes fonctionnaires de l'Etat. – C.E., 21 fév. 1964, *Cie d'assurances "La Paternelle" et ville de Wattrelos*, Rec. p. 119, concl. Braibant; A.J.D.A. 1964, p. 578, note J. Moreau : sapeurs-pompiers provenant d'une autre commune. – C.E., 2 fév. 1977, *Commune de Longjumeau*, R.D.P. 1977, p. 1093 : mise hors de cause du centre départemental de secours.

jurisprudentielles s'articule autour de cette idée, tant dans le cas particulier de dédoublement fonctionnel²³⁹⁸, que dans celui de transfert de pouvoir de décision²³⁹⁹.

Pour l'usager victime, est responsable le service avec lequel il est le plus lié, dont il a l'usage et en qui il place sa confiance. Si le débiteur de la confiance de l'administré fait intervenir un tiers pour remplir la mission que les administrés attendent de lui, le fait de ce tiers ne l'exonère pas²⁴⁰⁰. Nous trouvons ici le même raisonnement que celui qui explique l'absence d'effet exonératoire du fait du tiers en matière contractuelle à la différence notable près que la responsabilité contractuelle du fait d'autrui n'exclut pas en principe l'action récursoire contre le tiers.

Parfois, le jeu normal de l'imputation de la responsabilité peut être modifié par l'existence de stipulations contractuelles particulières. D'ailleurs, si l'on va au bout de la logique contractualiste, on doit voir une clause particulière du contrat social dans la loi qui détermine *ab initio* la personne sur laquelle pèsera la dette, et de même pour la jurisprudence qui ne laisse à la victime aucun choix quant au débiteur dont elle doit rechercher la responsabilité²⁴⁰¹. Mais sans aller jusque là, on doit bien constater que les clauses expresses des contrats peuvent changer le cours normal de la contribution à la dette de réparation²⁴⁰². Ces clauses particulières des contrats ne sont pas opposables à la victime tiers²⁴⁰³, mais elles sont tout à fait valides entre les cocontractants²⁴⁰⁴.

²³⁹⁸ Cas d'une autorité agissant tantôt au nom d'une collectivité et tantôt d'une autre. Par exemple, le maire est à la fois exécutif communal et agent de l'Etat, engageant tour à tour la responsabilité de l'une ou de l'autre. Sur ces questions, voir J. MOREAU, op. cit. n°39 à 54. ; M. TADIN, *Imputabilité de la responsabilité aux personnes publiques*, Revue de recherche juridique 1996-3, PU d'Aix-Marseille.

²³⁹⁹ Il est alors fait usage du « critère décisionnel ». Voir J. MOREAU, op. cit. n°55 à 64.

²⁴⁰⁰ Cette situation où une seule personne est débitrice parce que seule compétente pour le service public mis en cause, doit être distinguée du cas où une seule et même activité de service public ressort de la compétence de plusieurs autorités. Dans ce cas, il est fréquent qu'un dommage puisse être imputé à l'une ou à l'autre des autorités compétentes selon la source exacte du dommage. Il se peut aussi que chaque autorité engage la responsabilité de sa collectivité à raison du concours de fautes distinctes. Ainsi dans le cas de concours entre les pouvoirs de polices ou de cumul entre une faute de service et un défaut d'entretien d'un ouvrage. Voir J. MOREAU, *Détermination du patrimoine public responsable*, J.-Cl. Ad., fasc. 836, n°75 à 92.

²⁴⁰¹ Cf. supra p. 487.

²⁴⁰² Cela est très fréquent d'après P. DELVOLVE, Répertoire Dalloz Responsabilité de la puissance publique, *Responsabilité contractuelle*, n°329 et s.

²⁴⁰³ C.E., Sect., 19 mai 1961, *Chambre de commerce de Nantes*, Rec. p. 351 : l'administré peut engager la responsabilité dite extra-contractuelle de la personne responsable selon les règles du droit commun. Voir aussi C.A.A., Paris, 11 juil. 1991, *Sté "Middle East Airlines" et Cie "Willis Faber et Dumas" c/Sté "S.A.M." et "Aéroport de Paris"*, Lexilaser N°89PA02500.

²⁴⁰⁴ Par ex. C.E., 25 juil. 1980, *Sté Solétanche*, Rec. p. 344.

Si le contrat prévoit simplement la solidarité entre les cocontractants vis-à-vis d'un autre contractant²⁴⁰⁵, ou d'un tiers²⁴⁰⁶, celui qui aura indemnisé la victime pourra se retourner contre ses cocontractants par un appel en garantie ou une action récursoire. La responsabilité de chacun sera alors engagée en fonction du rôle causal que son fait a eu dans la réalisation du dommage²⁴⁰⁷. Si le contrat prévoit carrément une clause de substitution de responsabilité au profit d'une de ses parties, celle qui en bénéficie ne pourra pas être condamnée envers la victime récursoire et jouira en quelque sorte d'une clause d'irresponsabilité²⁴⁰⁸. En revanche, elle pourra encore être mise à contribution par une action récursoire du « substitué »²⁴⁰⁹. Il reste à savoir en fonction de quel critère la répartition finale sera fixée par les tribunaux.

2) L'appréciation des parts respectives de contribution à la dette

La responsabilité ne prend tout son sens qu'avec la détermination de la part que chacun supporte finalement dans la charge indemnitaire lors de la phase dite de contribution à la dette. Mais, pour connaître la méthode juridictionnelle de partage, il faut intégrer dans la réflexion le partage qui a lieu dès le stade de l'exonération, lorsqu'une force majeure, un cas fortuit ou le fait de la victime vient alléger la charge du responsable. D'une part, on peut dire que la victime contribue à payer le prix de son impéritie²⁴¹⁰, et d'autre part, on peut affirmer que les causes étrangères aident à diminuer la contribution du responsable. Ces précisions ont leur importance, car s'il est vrai qu'entre les personnes juridiques on peut soutenir que le partage de la dette a lieu en fonction des fautes respectives, on est en revanche contraint de

²⁴⁰⁵ Cette solidarité peut être parfaite à condition que cela soit expressément stipulé, dans le cas contraire elle ne peut produire que les effets de la solidarité imparfaite constituée par l'obligation *in solidum*. Voir P. DELVOLVE, op. cit. n°334 à 338.

²⁴⁰⁶ Le cocontractant est obligé de prendre en charge la condamnation prononcée contre l'administration au profit d'un tiers. Voir D. CHABANOL, J.-Cl ad. Fasc. 854, *Responsabilité contractuelle et quasi-contractuelle*, n°79.

²⁴⁰⁷ P. DELVOLVE, op. cit. n°339.

²⁴⁰⁸ Contrairement aux clauses qui empêchent la victime d'obtenir une réparation, l'irresponsabilité conférée par la clause de substitution ne joue qu'entre les parties au contrat et ne prive pas la victime de son droit à réparation. C'est pourquoi ces clauses sont admises sans difficulté. En fait, elles ne font que reproduire les mécanismes que l'Etat pratique au profit de certains de ses agents. Cf. supra p. 487.

²⁴⁰⁹ Conformément aux règles concernant les limites des clauses d'irresponsabilité en droit administratif, l'action récursoire du substitué sera limitée au cas de faute lourde de celui-ci dans le cas où la clause a disposé une substitution définitive. Voir P. DELVOLVE, op. cit. n°340 à 345.

²⁴¹⁰ L'auteur qui en droit public a approfondi la question de la responsabilité de la victime privée conclut que « tout se passe comme si le défendeur se retournait contre la victime après l'avoir totalement dédommée, comme s'il exerçait contre elle un recours en garantie ». Y. BRARD, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. dactyl Caen 1975, p. 324.

modifier l'acception du terme « faute » ou d'y renoncer si l'on doit partager l'imputabilité des dommages avec la cause non humaine. Autrement dit, la question est de savoir si la détermination des parts est faite en considération de la causalité de chaque fait ou bien en fonction de la gravité des fautes commises.

Selon les auteurs rationalistes, le partage ne peut être que le fruit de la comparaison des fautes respectives parce que la divisibilité de la causalité n'existe pas²⁴¹¹. De la sorte, le principe même de l'action en garantie n'est tolérable que s'il est fondé sur un changement radical de logique. Celle-ci ne doit plus être inspirée par la fonction indemnificatrice mais par la fonction répressive des recours, et elle doit se doubler d'un appel à l'équité afin que le premier débiteur, condamné *in solidum* sur la foi de la théorie de la causalité intégrale, ayant payé la dette, ne soit pas seul à en supporter le poids, tandis que d'autres débiteurs solidaires en peuvent rester impunis²⁴¹². Mais, d'autres auteurs plus nuancés admettent que la causalité partielle existe puisque « si plusieurs causes sont intervenues, c'est, semble-t-il, qu'*a priori* aucune n'était suffisante et que chacune n'a été qu'une cause partielle du dommage »²⁴¹³.

Le problème se situe simplement dans le fait qu'il est impossible de connaître scientifiquement la part que chaque cause a pu avoir dans la production du dommage. En définitive, selon ces auteurs non seulement le chiffrage des parts est impossible, mais en outre si le dommage invoqué n'est pas divisible, alors chacune de ses causes partielles l'a effectivement causé tout entier. En effet, si l'on peut isoler une partie de dommage qui serait imputable en particulier à une cause, alors c'est que ce dommage constitue un dommage distinct. Il demeure que lorsque que le dommage est indivisible, « il est inconcevable que l'on ait causé une portion du dommage »²⁴¹⁴. Le fait de chacun, qui a pu n'être qu'une cause partielle du dommage, l'a nécessairement causé intégralement. Dès lors, « toute appréciation quantitative d'une causalité partielle ne peut être qu'arbitraire »²⁴¹⁵. A ce dernier terme nous préférons le terme « subjectif » pour affirmer que le juge administratif détenteur d'un « pouvoir normateur individuel » est bien entendu habilité à procéder au partage, bien que celui-ci ne repose pas sur une connaissance exacte de la causalité.

²⁴¹¹ Voir J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, L.G.D.J. 1979, n°177. L'auteur cite les auteurs anciens hostiles à toute idée d'action récursoire en vertu de la théorie de l'indivisibilité absolue du lien de causalité.

²⁴¹² Voir F. CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes de dommages sur le droit à réparation*, th. L.G.D.J. 1967, n°28. ; J. HUET, *L'obligation in solidum et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs*, R.D. imm., 1983, p. 11.

²⁴¹³ Y. BRARD, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. dactyl Caen 1975, p. 298. Voir aussi J. BORE, *Le recours entre coobligés in solidum*, J.C.P. 1967, n°2126.

²⁴¹⁴ Op. cit. p. 21.

Lorsqu'il a lieu par le biais d'une action récursoire, le partage semble bien fondé sur la faute de l'appelé en garantie. Rappelons que le Conseil d'Etat exclut en matière extra-contractuelle tout partage fondé sur la responsabilité sans faute de l'appelé en garantie²⁴¹⁶. Cette règle gouverne par exemple l'action récursoire de l'administration contre ses agents²⁴¹⁷. Mais, il nous semble souhaitable de discuter le critère même de définition de la faute telle que son appréciation pèse sur le partage. S'agit-il de retenir dans la faute sa gravité intrinsèque ou peut-on mesurer plus objectivement sa gravité en fonction d'un critère extrinsèque ? La distribution du partage reposera-t-elle sur une appréciation morale des fautes ?

La position que la doctrine privatiste et la Cour de cassation adoptent sur cette question renvoie au critère de la gravité intrinsèque des fautes respectives²⁴¹⁸. De même, un certain nombre d'arrêts de la Haute juridiction administrative font état de la gravité égale des fautes pour opérer un partage par moitié²⁴¹⁹, ou de la gravité plus importante de l'une des fautes pour déséquilibrer la contribution²⁴²⁰. Mais le plus souvent, le juge administratif ne limite pas sa justification du partage à la gravité des fautes²⁴²¹. C'est pourquoi une partie de la doctrine pense qu'en réalité la référence à la gravité des fautes passe par l'appréciation du rôle causal que chacune a eu dans la genèse du dommage²⁴²². Certains arrêts remarquables se réfèrent d'ailleurs à la seule intensité causale des faits respectifs pour opérer le partage²⁴²³. Cependant, force est de constater que l'ensemble de la jurisprudence administrative est difficile à interpréter. Est-ce la causalité qui fait la gravité de la faute ou la gravité de la faute qui guide la part de causalité que le juge lui attribue ?

Afin de répondre à cette interrogation, il faut rappeler la définition de la faute qui seule

²⁴¹⁵ Y. BRARD, *op. cit.* p. 299.

²⁴¹⁶ C.E., 26 mai 1967, *Electricité de France c/Ent Vastel*, R.D.P. 1967, p. 1052.

²⁴¹⁷ Cf. *supra* p. 164.

²⁴¹⁸ Voir R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J. 1957, n°433-474.

²⁴¹⁹ Par ex. C.E., 20 juil. 1943, *Cie d'assurances la Zurich*, Rec. p. 217 ; J.C.P. 1945,II,383 obs. P.S., note Donnedieu de Vabres. - C.E., 5 fév. 1969, *Crédit du Nord*, Rec. p. 73.

²⁴²⁰ Par ex. C.E., 26 mai 1948, *Cie d'assurances La Préservatrice*, D. 1949,J, p. 31. - C.E., 22 fév. 1964, *Gray*, C.J.E.G. 1964, p. 223.

²⁴²¹ En ce sens, R.E. CHARLIER, note au S.1945,3,21.

²⁴²² R.E. CHARLIER, *ibid.*; M.M. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Montchrestien ; J. BORE, *Le recours entre coobligés in solidum*, J.C.P. 1967 n°2126 ; F. MODERNE, C.J.E.G. 1968,1, p. 92 ; R. CHAPUS, *op. cit.* n°432-434 ; J. MOREAU, J.-Cl. Ad., fasc. 700, n°95 à 100 ; F.-P. BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé. Problèmes de causalité et d'imputabilité*, J.C.P. 1957,I,1351.

²⁴²³ C.E., 30 mai 1923, *Merlin*, Rec. p. 432. - C.E., 4 nov. 1929, *Breton*, Rec. p. 942 ; - C.E., 9 déc. 1935, *Latapie*, Rec. p. 1153 ; S. 1936,juris, p. 60. - C.E., 24 mai 1968, *Société Chimique et Routière de la Gironde*, Rec. p. 334 ; A.J.D.A. 1969,II, p. 120. - C.E., 13 juil. 1968, *Carpentier*, R.D.P. 1969, p. 546.

engendre la responsabilité. La responsabilité réparatrice se mesure à l'aune de la causalité et non de la culpabilité. Une petite faute peut engendrer un grand désastre comme une faute grave peut n'avoir aucun effet néfaste. Une faute qui ne produit pas de dommage n'est pas sanctionnable. Autrement dit, une faute n'est pas une faute par le seul fait qu'elle consiste en la violation d'une obligation, car l'obligation existe par le fait que l'on sait sa méconnaissance susceptible d'engendrer des dommages. Selon R.-E. CHARLIER, une faute n'est faute que par le potentiel de causalité adéquate qu'elle contient dans la mesure où cette faute rendait le dommage prévisible²⁴²⁴.

Ces positions sont vérifiées selon nous par la pratique jurisprudentielle de l'exonération par le fait de la victime et par le fait du tiers. En effet, dans les deux cas, jurisprudence et doctrine oscillent entre la croyance ou non que seule la faute exonère le responsable. En définitive, tout dépend du sens que l'on donne au mot faute. Selon nous, la faute est le fait de causer un dommage sans droit. En théorie, par conséquent, le partage est toujours possible par la seule référence à la causalité. C'est ce que le Conseil d'Etat a bien compris. C'est pourquoi il prend soin d'expliquer dans ses arrêts que c'est à raison de son pouvoir causal que la faute de la victime est reconnue. Ainsi, dans un cas où l'administration est exonérée des trois quarts de sa responsabilité par l'imprudence d'une automobiliste s'engageant au-delà d'un feu tricolore en panne, la Haute juridiction relève que la victime a commis une imprudence grave parce qu'elle pouvait voir les feux qui réglaient le passage de la voie latérale, qu'elle aurait pu donc éviter la collision si elle les avait regardés et avait remarqué les autres feux qui n'étaient pas en panne²⁴²⁵. Mais, cette seule référence ne suffit pas forcément toujours à remplir la fonction signalétique de la responsabilité distributive.

En pratique, plus la faute de la victime est intrinsèquement grave, moins sa part de responsabilité sera déterminée par son rôle causal. De fait, le juge marque parfois ainsi sa volonté de punir la victime indigne. Cela explique d'ailleurs la particulière sévérité des tribunaux administratifs sur ce point. Faut-il en conclure que la morale prend ici le pas sur la règle juridique ? Certainement pas, car si la responsabilité administrative possède une dimension sanctionnatrice indéniable, c'est par la rigueur de ses principes juridiques non abandonnés à l'arbitraire de la morale humaine. La responsabilité est une loi universelle, pas la morale. Si « l'indignité » de la victime ou du tiers joue un rôle dans le partage de la dette,

²⁴²⁴ Note précitée, p. 22.

²⁴²⁵ C.E., 4 janv. 1974, *Ville de Tarbes*, D. 1974, p. 221 ; R.D.P. 1974, p. 1849.

ce ne peut être que dans une proportion marginale du contentieux s'expliquant par la difficulté de démêler les circonstances causales d'une affaire. La gravité intrinsèque de la faute doit alors jouer un rôle accessoire dans les cas où le rôle de chaque cause est difficile à déterminer et dans ceux où l'application du seul critère de la causalité aboutirait à un résultat injuste et opposé à la fonction dissuasive de la responsabilité. Au stade de la contribution finale à la dette, puisqu'un dommage ne peut être indemnisé qu'une seule fois, il faut faire un choix quant à la personne qui mérite le plus d'être punie et montrée en exemple.

Pour le reste on peut donner une justification purement causale de certains cas que l'on a tendance à expliquer uniquement par la référence à la gravité intrinsèque de la faute de la victime retenue comme seule responsable. Par exemple, dans l'affaire de l'incendie de la discothèque « le Cinq-Sept »²⁴²⁶, même si la faute du maire dans le contrôle de police de l'établissement est lourde, c'est la faute des gérants de la société victime du sinistre qui est la cause déterminante du dommage, car si celle-ci n'avait pas existé, celle de l'administration n'aurait eu aucun effet causal²⁴²⁷. La faute de la victime pouvait à elle seule causer le dommage, mais la faute de l'administration n'aurait pu l'engendrer à elle seule. On le voit, le juge administratif sait aussi renoncer à la causalité partielle pour lui préférer la théorie de la causalité adéquate lorsque la personnalité de la victime implique une particulière sévérité tout en restant dans un système objectif basé sur la causalité²⁴²⁸.

²⁴²⁶ C.E., Sect., 7 mars 1980, Rec. p. 129, concl. Massot ; D. 1980, p. 320 note L. Richer ; J.C.P. 1981, II, 19622, obs. Y. Brard.

²⁴²⁷ En l'espèce, les gérants n'avaient pas accompli leurs obligations élémentaires en matière de respect des normes de sécurité et le maire de la commune avait commis une faute lourde en n'exerçant aucun contrôle sur l'établissement en cause. Cf. supra note 1944.

²⁴²⁸ Voir aussi C.E., Sect., 21 oct. 1966, *Sieur Benne*, A.J.D.A. 1967, p. 110. Et *a contrario* C.E., A., 27 déc. 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne*, Rec. p. 493 ; D. 1949, p. 408.

Conclusion du Titre 2

Le droit français de la responsabilité administrative se caractérise par une ouverture sur le principe même de la réparation. Tout type de préjudice est réparable et ceci apparaît cohérent dans un système où la responsabilité doit être la contrepartie des pouvoirs très exorbitants dont disposent une administration habituée à agir sous le bénéfice de la présomption de légalité. Tout est compensable, et c'est pour cela que l'administration française est autorisée à agir sans sursis à exécution, quitte à rétablir rétroactivement les situations juridiques ou à indemniser les victimes de l'action engagée.

Cependant, le libéralisme développé sur le plan de la possibilité d'obtenir le principe d'une condamnation de l'administration comme responsable a un prix. Il réside dans la grande rigueur des tribunaux quant au montant des indemnités et à la possibilité de faire peser une partie de la responsabilité sur la victime et sur certains tiers. Ces traits caractérisent tout à fait le droit français par rapport à d'autres systèmes permettant d'obtenir des condamnations beaucoup plus importantes mais avec beaucoup moins de chance de succès²⁴²⁹. Finalement on en revient à la formule du doyen Maurice HAURIUO : il faut que chacun en ait un peu. Dans notre société fondée sur un principe d'égalité consacré par le contrat social, cette conclusion apparaît pertinente.

Dans ces conditions, dès lors que le principe même de la responsabilité est admis, le droit administratif est conduit à multiplier les concepts restrictifs du montant global de la réparation accordée. Ainsi se comprend la notion de dommage anormal qui aura toujours un rôle à jouer²⁴³⁰, et de même la notion d'imputabilité que le juge utilise en référence aux différentes théories de la causalité en fonction des solutions qu'il souhaite rendre²⁴³¹. Certes, la doctrine déplore parfois l'empirisme du juge à qui une trop grande liberté serait laissée

²⁴²⁹ Différence constatée par G. VINEY dans son ouvrage, entre le système anglo-saxon et le système français.

²⁴³⁰ Tous les cas de responsabilité authentique peuvent s'expliquer par la causalité en logique juridique, mais le juge administratif préfère se référer à des détours conceptuels abstraits comme celui permis par la notion de dommage anormal. Cette référence faite de souplesse entretient le lien entre la condamnation ponctuelle et l'idée omniprésente des autonomistes pour lesquels le fondement de la responsabilité publique réside dans le principe original de l'égalité devant les charges publiques. Le juge administratif préfère alors créer de nouveaux cas de responsabilité sans faute plutôt que de motiver un nouveau cas de responsabilité par la seule référence à la causalité ou à la présomption de causalité comme le fait le juge judiciaire. Voir F.-P. BENOIT, J.C.P. 1956, I, 1328. Et pour une illustration concrète T.A., Bordeaux, 29 fév. 1956, *Meunier*, D. 1956, p. 462.

²⁴³¹ Par exemple dans la célèbre affaire *Quarrez* posant la question des préjudices réparables suite à la naissance non désirée d'un enfant handicapé, le Conseil d'Etat utilise la théorie de l'équivalence des conditions pour indemniser les parents, mais celle de la causalité adéquate pour refuser l'indemnisation à l'enfant lui-même. Voir C.E., Sect., 14 fév. 1997, D.A. 1997 n°4 p. 28 ; Gaz. Pal. 1997 ; R.F.D.A. 1997 p. 375 concl. Péresse ; R.D.P. 1997, p. 1139, note J. Waline.

quant au choix de la causalité permettant l'imputation des dommages²⁴³², mais dans son ensemble elle accepte cet aléa du pouvoir prétorien puisqu'il faut fatalement faire un choix entre les multiples causes d'un dommage²⁴³³, car au fond chacun sait que ce choix sert l'intérêt général.

²⁴³² Par ex. Y. PITTARD et J. ROSSINYOL à propos d'un arrêt *Graffmüller* de 1969. Voir *La responsabilité de l'Etat et des communes*, R.D.P. 1975, p. 695.

²⁴³³ Voir R. LATOURNERIE, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, R.D.P. 1945, p. 310 ; J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, 2^{ème} éd., coll. Que sais-je ? PUF 1995, p. 79.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité administrative nous semblent en étroite harmonie avec les fonctions que la théorie générale assigne à cette institution dans le cadre du contrat social.

En premier lieu, la condition d'illicéité du fait générateur de la responsabilité en droit administratif répond parfaitement à la recherche de légitimité de la puissance publique. Une administration légitime est une administration responsable pour faute. Nulle légitimité en effet ne saurait ressortir d'une responsabilité qui ne serait pas la sanction d'une promesse. La pure garantie n'est jamais perçue par ses bénéficiaires que comme une obole, insultante pour la dignité des victimes, celle-ci ne leur donne en outre aucun droit de demander à la puissance publique de changer ses orientations et ses choix, elle les incite seulement à réclamer d'avantage car la garantie n'a par essence aucune limite. A la puissance publique la pure garantie n'apporterait donc non seulement aucune légitimité démocratique, mais ne saurait en outre lui assurer de perdurer. Pour ces raisons, il nous a paru important de montrer que, même dans les hypothèses de responsabilité objective, la lésion d'un droit subjectif est une condition nécessaire de la responsabilité publique.

La conséquence de l'intérêt porté par notre théorie générale aux droits subjectifs a été de mettre encore mieux en valeur les normes comportementales pesant sur l'administration dans la mesure où celles-ci sont élaborées pour la protection des droits des administrés. Dès lors, la nécessité d'une violation du droit objectif par l'administration nous a permis de préciser quelles sont les fautes que l'on peut reprocher à une puissance publique origine de dommages. Ayant assis notre démonstration sur le constat que la responsabilité est toujours la conséquence de la violation du principe d'égalité devant les charges publiques, nous pouvons conclure que la condition du fait générateur de responsabilité répond à la fonction sanctionnatrice que nous avons déceler dans la théorie générale des fonctions juridiques.

En second lieu, au niveau du préjudice effectivement réparé par la puissance publique, nous avons montré que le principe de la responsabilité-assurance contre le risque social avait permis de nombreux progrès en réduisant le nombre des dommages non réparables au cours du siècle passé à ce qu'il est strictement possible de réparer au nom d'une véritable responsabilité sans compromettre l'équilibre de la répartition des servitudes sociales. Les dommages qui ne sont pas indemnisés ne peuvent être dans le contrat social que ceux qui sont

acceptés expressément par les citoyens ou implicitement par le fait même qu'ils ne sont pas anormaux dans une vie socialisée. La notion de dommage anormal et spécial est alors apparue comme le concept central de la responsabilité en droit administratif fondée entièrement sur l'égalité devant les charges publiques, à condition toutefois qu'il soit imputable à l'administration.

Sur ce dernier point, nous avons cru trouver une particulière confirmation du pouvoir prétorien du juge administratif qui privilégie largement la fonction indemnificatrice de la responsabilité au stade de la recherche d'un débiteur solvable pour les victimes, mais aussi la fonction sanctionnatrice au stade du partage de la dette de responsabilité, en utilisant selon le résultat souhaité, tantôt la théorie de la causalité partielle et par équivalence des conditions, tantôt celle de la causalité adéquate.

En définitive, l'étude des conditions de la responsabilité en droit administratif nous permet de conclure là encore à l'affirmation du caractère plutôt autonome de ce droit. En effet, la responsabilité publique issue du contrat social de solidarité ne signifie pas une socialisation sans conditions de tous les risques ; en cela la responsabilité-assurance du droit privé au sens de recherche d'un débiteur assuré, n'a pas la même signification que la responsabilité-assurance en droit public, étant donné que dans ce dernier cas l'assureur doit aussi être le responsable.

CONCLUSION GENERALE

En abordant notre étude, nous avons quelques certitudes. La plus importante était que la responsabilité pécuniaire de l'administration n'était en droit administratif qu'une adaptation des règles de la responsabilité civile du droit privé. Nous envisagions déjà avec une sorte de résignation le transfert au juge judiciaire de ce contentieux mal aimé des publicistes, des justiciables, des avocats et du législateur parfois. Conquis par quelques théories civilistes sur des questions pour lesquelles le droit administratif n'avait que de vagues principes ou des silences à proposer, nous avons pris le parti de reconstituer une théorie de la responsabilité administrative depuis sa racine qui serait la théorie générique de la responsabilité, celle qui pourrait expliquer d'autant mieux une responsabilité administrative peu autonome qu'elle procéderait d'une même source que la responsabilité civile privée. Nous avons donc travaillé sur l'histoire et le sens profond de la responsabilité, celle des personnes publiques en particulier évidemment.

Croyant avoir pris suffisamment de recul pour relativiser l'autonomie du droit administratif de la responsabilité au moment du constat que nous faisons que toute la responsabilité reposait finalement sur la solidarité et l'interdépendance sociale, nous avons réalisé que, justement, la responsabilité de la puissance publique avait des finalités politiques que ne peut pas avoir la responsabilité privée, et que celles-ci devraient marquer de leur empreinte les fonctions juridiques et les conditions de mise en œuvre de la responsabilité administrative. Finalement, nous sommes conduit à conclure presque à l'inverse de nos prévisions. D'une part, notre théorie générale de la responsabilité en droit administratif s'éloigne du droit privé, et d'autre part, elle s'éloigne paradoxalement aussi du droit public positif français tel qu'il est présenté traditionnellement et le prépare au modèle transnational de l'Etat de Droit.

I Une théorie générale conservant l'autonomie du droit administratif français

Inscrivant le droit administratif de la responsabilité dans le contrat social, nous sommes amené à conclure que la responsabilité de la puissance publique est toujours le

résultat de la violation d'une promesse, qu'il s'agisse d'une promesse précise de respect de la légalité et des droits subjectifs, ou qu'il s'agisse de la promesse de respecter en tout état de cause l'égalité devant les charges publiques. Dès lors, contrairement au droit civil qui connaît des cas de responsabilité « de plein droit », la responsabilité en droit administratif est toujours une responsabilité pour faute. Certes, cette faute est souvent présumée, et elle est de plus très objective, mais il s'agit bien d'une faute au sens où la responsabilité contractuelle l'entend.

Responsabilité-assurance elle-même, la responsabilité administrative ne subit pas les influences de l'assurance du droit privé qui tend à imputer des responsabilités sans causalité et tient compte de l'existence des règles du droit de l'assurance pour établir sa jurisprudence. La responsabilité de droit public n'est donc paradoxalement peut-être pas aussi objective que la responsabilité de droit privé.

La responsabilité publique sanctionnerait une faute. Elle doit alors mettre en œuvre l'injonction pour parvenir à la prévention. De ce point de vue, elle semblerait rejoindre le droit privé, mais en réalité c'est plutôt du droit pénal qu'elle se rapproche, droit dont on sait que c'est un droit fondamentalement public et non privé puisqu'il est mis en mouvement par la société pour sa conservation et sa légitimité, exactement comme il en est du droit administratif de la responsabilité. D'ailleurs, les similitudes entre justice pénale et justice administrative ne sont que trop rarement relevées par la doctrine²⁴³⁴, et il serait opportun de se les remémorer si l'on voulait éviter une pénalisation judiciaire du contentieux incapable de s'inscrire dans la théorie générale de la responsabilité de la puissance publique. Il est tout de même regrettable de constater le manque d'intérêt qui règne en France autour de la possibilité pour le juge répressif de statuer désormais sur la demande en réparation civile à l'encontre d'une personne publique poursuivie pénalement²⁴³⁵. Cette nouvelle dérogation législative au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire n'est pas évoquée dans les ouvrages universitaires relatifs à la responsabilité administrative. Pourtant, ce point mériterait une étude, puisque cette responsabilité pénale peut être non seulement du fait personnel mais aussi du fait d'autrui. Or, selon nous, cette conception va à l'encontre de la théorie générale du droit administratif dans laquelle la responsabilité de la puissance publique n'est jamais du fait d'autrui. En effet, il ressort de notre idée selon laquelle la responsabilité publique découle

²⁴³⁴ Voir cependant, Y. BRARD, à propos notamment des contraventions de grande voirie, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. dactyl. Caen 1975.

²⁴³⁵ Voir P. MARTIN, *Responsabilité pénale des personnes morales de droit public*, J.-Cl. Ad., fasc. 803, n°88 à 93.

de la violation du contrat que l'administration est toujours responsable pour son fait personnel, ceci nonobstant les démembrements multiples de la puissance publique.

Les deux caractéristiques que nous venons de rappeler suffisent à justifier un droit dérogatoire au droit qui s'applique entre les particuliers, même si son domaine d'application se restreint avec le nombre des services publics au fonctionnement et à l'organisation socialisés par la présence en leur sein de deniers, de biens, d'agents et de prérogatives publics, et ceci nonobstant le rapprochement entre les constructions juridiques des deux droits que nous avons encore favorisé par les analogies que nous avons relevées entre eux²⁴³⁶.

Nos conclusions se révélant favorables à l'autonomie du droit administratif devraient apporter quelques soutiens à la défense de la compétence administrative. Mais, nous n'avons à aucun moment lié la théorie générale du droit administratif de la responsabilité au statut particulier du juge administratif français, bien que nous l'ayons pris en compte comme source du droit. Nous affirmons d'ailleurs sur ce point que, sans le Conseil d'Etat, le droit dérogatoire plus favorable aux administrés que le droit civil n'aurait jamais vu le jour. Mais finalement, à présent que chacun a compris l'intérêt d'un droit administratif nécessairement autonome, il importe peu de savoir qui l'appliquera. Après tout, dans les pays sans dualisme juridictionnel, il a bien fallu à un moment donné instituer des magistrats et des règles spécialisés dans le contentieux administratif²⁴³⁷. Il faut en outre relativiser les difficultés soit disant uniques de la séparation des juridictions en France, car dès lors qu'est reconnue la nécessité d'un droit autonome appliqué par un magistrat spécialiste, les mêmes problèmes d'attribution de compétence se retrouvent au sein d'un seul ordre juridictionnel²⁴³⁸.

Dans ces conditions, on se prend à rêver qu'à défaut de constitutionnaliser le juge administratif de la responsabilité, le Conseil Constitutionnel consacre la valeur constitutionnelle des principes généraux de la responsabilité de la puissance publique²⁴³⁹. Surviendrait en ce cas une seconde jurisprudence *Blanco*, mais sans enjeu de compétence cette fois. Cependant, il ne sera pas nécessaire d'attendre une telle décision pour estimer que

²⁴³⁶ Sur le fait que les victimes de l'administration sont dans une situation plus ou moins subjective avec la puissance publique, contractuelle par conséquent, de sorte que l'on peut souhaiter des recherches sur l'utilisation du vocable civiliste des obligations de moyens et de résultat en droit administratif.

²⁴³⁷ Par exemple en Angleterre. Cf. J. BELL, *De la nécessité d'un droit administratif*, A.J.D.A. 1995, p. 99 ; Ph. MEILLIER, *La responsabilité extra-contractuelle de l'administration en France et en Angleterre*, th., Lille 1997, p. 24 et s.

²⁴³⁸ Ainsi dans les pays où le juge administratif statue sur la légalité des actes mais pas sur leurs conséquences dommageables, la saisine de deux juges rend inévitable une certaine lourdeur de la justice comme c'est le cas en Allemagne ou en Belgique.

la compétence du juge administratif de la responsabilité est désormais assurée en France par la légitime satisfaction qu'elle peut donner désormais²⁴⁴⁰. En effet, le droit administratif français de la responsabilité est sans doute le plus généreux au monde et son « recadrage » dans la théorie générale le prépare doucement à l'avènement d'un modèle transnational d'Etat de droit.

II Une théorie générale évoluant vers un modèle transnational d'Etat de droit

A défaut de rendre une image fidèle du droit positif français, notre théorie générale tend plusieurs passerelles entre les solutions françaises et un modèle type de droit de la responsabilité publique tel qu'il semble se dégager des droits de plusieurs nations étrangères proches de la France et du développement de la source européenne du droit de la responsabilité.

Le droit français apparaît comme un modèle du genre pour les victimes. Au niveau des possibilités d'imputation de la responsabilité à un patrimoine public, la France se distingue par son système direct de responsabilité pour faute de service²⁴⁴¹, faisant fi de savoir qui est l'auteur du fait dommageable, selon qu'il serait agent public titulaire ou non²⁴⁴², simple collaborateur, en fonction ou non. Il est d'ailleurs remarquable que la théorie de la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service soit une construction unique en Europe²⁴⁴³. En outre, le système français est parmi ceux qui ont le plus développé de régimes de responsabilité sans faute²⁴⁴⁴, de régimes de présomption de faute etc. Le seul domaine dans lequel le droit français semble moins généreux pourrait être le montant des indemnisations

²⁴³⁹ Comme y invite la Cour de cassation elle-même indirectement dans son arrêt *Pourcel* : Cass. 1ère civ., 10 juin 1986, *Consorts Pourcel*, R.F.D.A. 1987, p. 92 note J. Buisson.

²⁴⁴⁰ La raréfaction du basculement de compétence au profit du judiciaire provoquée par la théorie de la voie de fait nous paraît favorisée par le courant législatif entamé en 1995 et complété par loi du 30 juin 2000 relative au référé administratif.

²⁴⁴¹ Cependant, l'Italie, l'Espagne et le Portugal le pratiquent aussi.

²⁴⁴² De nombreux pays assurent une solution différemment protectrice des intérêts de la victime selon qu'elle a été lésée par un agent préposé ou un agent organe. L'Angleterre n'est, quant à elle, responsable que du fait de ses agents titulaires. Cf. F. FINES, *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté Economique Européenne. De la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Paris, Bibliothèque de droit international public, L.G.D.J. 1990.

²⁴⁴³ F. FINES, op. cit., p. 155.

²⁴⁴⁴ Certains pays comme la Grèce et l'Angleterre ne connaissent aucune responsabilité sans faute de la puissance publique. Cf. F. FINES, op. cit., p. 184.

accordées²⁴⁴⁵, surtout en cas de préjudice moral. Mais les développements les plus récents de la jurisprudence française nous permettent de relativiser ce point qui ne constitue pas d'ailleurs un défaut dans le cadre de la théorie générale que nous avons mise en lumière sur la base d'un principe d'égalité devant les charges publiques impliquant que « chacun en ait un peu ».

Malgré ses particularités, il nous a semblé déceler dans le système français tous les éléments de la compatibilité avec les droits étrangers et les exigences transnationales d'un Etat de droit modèle type vraisemblable d'un super-Etat européen de demain.

La théorie générale du droit français de la responsabilité est par exemple compatible avec le principe de confiance légitime promu en Allemagne, en Suisse et en Europe²⁴⁴⁶. La France ne devrait pas tarder à reconnaître la valeur constitutionnelle de ce principe sous une forme ou une autre, comme il en est déjà du principe de sécurité juridique. De même leur accessoire, le principe de proportionnalité, est bien connu du droit administratif français²⁴⁴⁷. Depuis de nombreuses années, les tribunaux français ont su intégrer la reconnaissance internationale de droits subjectifs de plus en plus effectifs, ainsi les théories des mesures d'ordre intérieur et des actes de gouvernement ne font plus guère obstacle au contentieux de la responsabilité de l'administration française. Cependant, le juge français n'a peut-être pas encore fait du contentieux de la responsabilité le pendant de celui de la légalité en raison de cette persistante conception d'un contentieux secondaire ne permettant pas de remettre en cause les choix de la puissance publique mais seulement d'en compenser les effets illicites. Contrairement aux exigences du droit européen conventionnel, la responsabilité n'est pas encore une véritable voie de droit permettant le rétablissement des droits subjectifs en France²⁴⁴⁸.

En réalité, c'est moins le droit positif français que la théorie générale de ce droit qui apparaît conforme au modèle de l'Etat de droit. Car les principes théoriques généraux dégagés

²⁴⁴⁵ Constat vérifié avec la comparaison du droit anglais ; avec le droit canadien et québécois aussi. Cf. C. MOFFET FRANCOUAL, *La responsabilité administrative extra-contractuelle ; étude comparative du droit français, canadien et québécois*, th. Paris 2, 1996.

²⁴⁴⁶ Si le principe de confiance légitime ne pose guère de difficultés en matière de théorie de la responsabilité habituée en France à la notion d'abus de droit, il n'en va pas de même en matière de contentieux de la légalité. On pourrait craindre que sa reconnaissance trop poussée remette en cause le principe d'égalité des administrés devant la loi. Par exemple, il pourrait autoriser le maintien de situations particulières illégales formées sous son empire. Cf. S. CALMES, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, th. dactyl., Paris 2000, p. 464 et s.

²⁴⁴⁷ Voir, G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, Mél. Waline, L.G.D.J. 1974, p. 297 ; M. FROMONT *Le principe de proportionnalité*, A.J.D.A. 1995, p.156 ; J. ZILLER, *Le principe de proportionnalité*, A.J.D.A. 1996, p.185.

²⁴⁴⁸ Cf. H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. Paris 1999, p. 425 et s.

en France principalement par la doctrine sont appliqués avec un certain décalage rigoriste et frileux dans les prétoires. Ainsi en est-il de la responsabilité du fait de la loi²⁴⁴⁹, rétive à la faute encore pour quelque temps et trop restrictive de façon générale. Certes, le droit positif français a encore quelques efforts à fournir pour satisfaire aux exigences européennes de l'Etat de droit. Le développement de la responsabilité du fait de la loi pourrait être l'occasion de consacrer la théorie de l'erreur²⁴⁵⁰. Cette théorie pratiquée par la CJCE permet de mettre en œuvre le concept d'illicéité, et serait pressentie pour condamner le législateur fautif sans utiliser le terme infamant²⁴⁵¹. Mais, peu importe le vocabulaire choisi, pourvu qu'il chasse l'expression « responsabilité sans faute » des tables du droit public et pourvu que la source de l'obligation de réparer soit située dans une illégalité reconnue, comme il semble en être dans la philosophie du droit européen²⁴⁵².

Finalement, c'est de ce modèle là que notre construction théorique se rapprocherait le plus. Elle pourrait être une sorte d'adaptation à la française de la théorie de la « relativité aquilienne » pratiquée dans tous les pays de l'Union européenne²⁴⁵³ selon laquelle la responsabilité découle de la lésion d'un véritable intérêt protégé par le droit. Or, de ce point de vue, le modèle européen de l'Etat de droit impliquant la reconnaissance directe de nombreux droits subjectifs aux citoyens modifie radicalement la vision des rapports entre la puissance publique et ses administrés parce qu'ils ne peuvent plus se présenter comme des concessions ou des auto-limitations²⁴⁵⁴. Dès lors, la construction progressive d'un super-Etat fédéral en Europe fait apparaître de façon visible la nature réelle de la société étatique, nécessairement contractuelle, nécessairement responsable.

²⁴⁴⁹ Voir P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, th. dactyl, Paris 1, 1998.

²⁴⁵⁰ Le Conseil d'Etat nous paraît avoir déjà consacré implicitement cette théorie dans un arrêt récent dans lequel il qualifie les mauvais choix d'intervention de sapeurs-pompiers « d'erreurs constitutives d'une faute ». Il existerait donc des erreurs non constitutives de faute *a contrario*. C.E., 29 déc. 1999, *Communauté urbaine de Lille*, R.F.D.A. 2000, p. 222.

²⁴⁵¹ Le droit communautaire n'emploie pas le terme faute, il lui préfère celui d'illégalité, composante de l'illicéité.

²⁴⁵² L'idée que la faute doit rester le pilier de toute responsabilité publique est consacrée par le droit européen. Le système de responsabilité impliqué par l'Europe des droits de l'homme repose sur la notion d'illicéité dans la mesure où en accordant de très nombreux droits, le respect forcé de ceux-ci finit par constituer un nouveau fondement de la responsabilité se substituant aux anciens imaginés à l'époque des droits impérialistes des Etats. Cf. H. MUSCAT, op. cit. p. 458 à 473. Et précisément dans le cadre de l'Union européenne, la CJCE affiche ses préférences pour un rejet des régimes de responsabilité sans faute du fait de la Communauté. Cf. F. FINES, op. cit., p. 389.

²⁴⁵³ A l'exception de la France et de la Belgique. Cf. F. FINES, op. cit. p. 190. Mais cette théorie semble obtenir le ralliement implicite du droit communautaire. Cf. F. FINES, ibid. p. 385.

²⁴⁵⁴ En ce sens : H. MUSCAT, op. cit. p. 473.

BIBLIOGRAPHIE

Ayant utilisé des documents de tout genre et se rapportant à des disciplines variées telles que le droit administratif, le droit civil, le droit constitutionnel, l'histoire du droit, la philosophie, nous aurions pu présenter une bibliographie thématique. Mais, la bibliographie se voulant un outil de recherche rapide de références, il nous a paru opportun de nous en remettre à une présentation didactique usuelle en quatre parties correspondant aux grandes catégories de publications : ouvrages I, thèses II, articles III, note et conclusions IV.

I OUVRAGES

A) Ouvrages généraux

- BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, Paris, 4^{ème} éd. L.G.D.J. 1943.
 CHAPUS René, *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd. Montchrestien, Paris 1999.
 CORNU Gérard, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF 2000.
 DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing 2^{ème} éd. 1927, 3^{ème} éd. 1930.
 EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, t.2., L.G.D.J. 1982-83.
 FAVOREU L. et PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 10^{ème} éd. Dalloz 2000.
 FORSTHOFF Ernst, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, Bruylant 1969.
 HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, 12^{ème} éd. par A. HAURIOU, Sirey 1933.
 ISAAC Guy, *Droit communautaire général*, 6^{ème} éd. Armand Colin, 1998.
 JELLINEK Georg, *Algemeine Staatslehre*, 3^{ème} éd. O. Häring, Berlin 1914.
 LACHAUME Jean-François, *Les grandes décisions de la jurisprudence, droit administratif*, P.U.F., 11^{ème} éd. 1997.
 LAFFERRIERE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1^{ère} éd. 1887-88, 2^{ème} en 2 vol. 1896.
 LAUBADERE André de, GAUDEMET Yves, VENEZIA J.-C., *Traité de droit administratif*, 15^{ème} éd. L.G.D.J. 1999.
 LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12^{ème} éd. Dalloz 1999.
 MAZEAUD Henri, Léon. et Jean et CHABAS François, *Leçons de droit civil, t. 2, obligations théorie générale*, 7^{ème} éd. Montchrestien 1985.
 MOREAU Jacques, *Droit administratif*, Paris, PUF, Coll. "Droit fondamental", 1990.

- MORAND-DEVILLER Jacqueline, *Cours de droit administratif*, 5^{ème} éd. Montchrestien 1997.
- ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, 2^{ème} éd. 1979.
- ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, Dalloz 10^{ème} éd. 1951.
- STARCK Boris, ROLAND H., BOYER L., *Droit civil, Obligations, Contrat*, 6^{ème} éd. Litec, 1998.
- TERRE François, LEQUETTE Yves, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10^{ème} éd. Dalloz, 1994.
- VEDEL Georges et DELVOLVE Pierre, *Droit administratif*, t.1, coll. Thémis, 12^{ème} éd. P.U.F., 1992.
- WALINE Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey 4^{ème} éd. 1946.
- WALINE Marcel, *Traité de droit administratif*, Sirey 9^{ème} éd. 1963.

B) Ouvrages spéciaux

- BARBEY Jean, *Etre roi: Le roi et son gouvernement en France de Clovis à Louis XVI*, Fayard 1992.
- BORGETTO Michel, *La devise "liberté, égalité, fraternité"*, Que sais-je? PUF 1997
- BOUCRAUT Louis-Marie, *La réparation des atteintes aux biens dans le contentieux des responsabilités civile et administrative*, Litec 1993.
- BOULET-SAUTEL M., CARDASCIA G. et alii, *La responsabilité à travers les âges*, Economica 1989.
- BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, coll. Léviathan, P.U.F. 1994.
- BERGSON Henri, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1ère édition 1932, collec. Quadrige, P.U.F. 1995.
- BOURGEOIS Léon, *Solidarité*, A. Colin, 7^{ème} éd. rev. et augm. Paris 1912 ; Presses universitaires du Septentrion 1998.
- BOURGEOIS Léon, *La politique de la prévoyance sociale*, Paris t.1., 1914 ; t.2., Paris 1919
- BURDEAU François, *Histoire du droit administratif*, collec. Thémis, PUF 1995.
- CADIET L. et LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité*, Dalloz 1999.
- CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, 7^{ème} éd., L.G.D.J. 1991.
- CENTRE D'ETUDE DE LA RESPONSABILITE, *Le sentiment de responsabilité*, publications de l'Université de Tours, 1984.
- DARCY Gilles, *La responsabilité de l'administration*, coll. connaissance du droit, Dalloz 1996.
- DOMENACH Jean-Marie, *La responsabilité. Essai sur la fondement du civisme*, coll. optiques philosophie, Hatier 1994.
- DUBOIS Jean-Pierre, *La responsabilité administrative*, coll. Repères, éd. La Découverte 1996.
- DUEZ Paul, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, 2ème édition 1938.
- DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, A. Colin, Paris 1913 ; réimpression éd. La Mémoire du Droit, Paris 1999.
- DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. Alcan Paris 1912 ; Réimpression de l'éd. de 1920, éd. La Mémoire du droit, Paris 1999.
- EWALD François, *L'Etat Providence*, Grasset 1986.
- FOUILLEE Alfred, *La science sociale contemporaine*, 1^{ère} éd. 1880, 4^{ème} éd. Hachette 1904.

- GROTIUS Hugo, *De jure Belli, ac pacis*, Paris 1625, Amsterdam : rééd. *Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle traduction par J. Barbeyrac, 2 vol. 1729, réimpression par les Publications du Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen.
- GUETTIER Christophe, *La responsabilité administrative*, coll. Systèmes, L.G.D.J. 1996.
- HOBBS Thomas, *Léviathan*, trad. Tricaut, Sirey 1971.
- JELLINEK Georges, *Gesetz und Verordnung*, éd. J.C.B. Mohr, 1887.
- JONAS Hans, *Le principe responsabilité*, 3ème éd., Cerf 1995.
- JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et leur relativité - théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz 2ème éd. 1939.
- JOURDAIN Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Connaissance du droit, Dalloz 1992.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, traduction C. EISENMANN, Dalloz 1962, réimpression Dalloz 1999.
- KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkana, Léviathan PUF, 1996.
- KOURILSKY Philippe et VINEY Geneviève, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, éd. O. Jacob, La Documentation Française 2000.
- MARCQ René, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Sirey, 1911.
- MARTY G., RAYNAUD P., *Droit civil, les obligations*, 2^{ème} éd. t.1, *Les sources*, Sirey 1988.
- MAIRET G., *Les six livres de la République et la fondation moderne de l'Etat profane, présentation d'un abrégé du texte de J. Bodin*, 1^{ère} édition en français moderne des six livres de la République, Librairie Générale Française, Livre de poche, 1993.
- MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, coll. Droit public, éd. Sirey 1995.
- MOREAU Jacques, *La responsabilité administrative*, 2^{ème} éd., coll. Que sais-je? PUF 1995.
- PAILLET Michel, *La responsabilité administrative*, Collec. Cours, Dalloz 1996.
- RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd. L.G.D.J. 1949.
- ROUGEVIN-BAVILLE Michel, *La responsabilité administrative*, Les fondamentaux, Hachette supérieur, Paris 1992.
- SALLET Frédérique, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, Travaux et Recherches Panthéon-Assas, L.G.D.J. 1994.
- SOLER-COUTEAUX Pierre, *Droit de l'urbanisme*, Cours 2^{ème} éd. Dalloz 1998.
- SPINOZA Baruch de, *Traité théologico-politique*, 1670.
- TUNC André, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Economica 1981.
- TUNC André, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Economica, 1989.
- VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 1998
- VANDERSANDEN Georges et DONY Marianne, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruylant, 1997, p. 183.

II THESES

- BAILBY Henri, *De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers*, th. Bordeaux, 1901.
- BECET Jean-Marie, *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers*, th. L.G.D.J. 1969.
- BENHAM Ramsès, *La responsabilité sans faute en droit privé et en droit public*, th. Paris, 1953.
- BERTHE Baba, *Les causes exonératoires dans le contentieux administratif de la responsabilité*, th. dactyl. Toulouse 1, 1998.
- BIGOT D'ENGENTE Adelbert, *De la responsabilité pécuniaire de l'Etat en matière d'actes de puissance publique*, th. Paris, Rousseau, 1907.
- BORGETTO Michel, *La notion de fraternité en droit public français*, th. L.G.D.J. 1993.
- BOUCRAULT Louis-Marie, *Les principes juridiques d'évaluation du préjudice économique réparable résultant d'atteintes aux biens dans le contentieux des responsabilités civile et administrative*, th. Aix-en-Provence 1992.
- BRARD Yves, *La responsabilité administrative des personnes privées*, th. dactyl Caen 1975
- BRECHON-MOULENES Christine, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, Paris, L.G.D.J. 1974.
- CADET Pierre-Ernest, *De la responsabilité de l'Etat du fait de ses agents et préposés*, th. Caen 1862
- CALMES Sylvia, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, th. dactyl., Paris 2000.
- CARVAL Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. L.G.D.J. 1995.
- CHABAS François, *L'influence de la pluralité des causes de dommages sur le droit à réparation*, L.G.D.J. 1967.
- CHAPELARD R., *Le préjudice indemnisable dans la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, th. dactyl Grenoble 1981.
- CHAPUS René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, th. Paris 1952, L.G.D.J. 1953, réédition 1957.
- COHEN Dany, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, th. Economica 1987.
- COLLIARD Claude-Albert, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, th. Paris, Dalloz, 1938.
- CORNU Gérard, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Paris, Matot-Braine 1951.
- DAVIGNON Jean-François, *La responsabilité objective de la puissance publique*, th. Lyon 1976, Grenoble SRT.
- BERRANGER Thibault de, *Constitutions nationales et construction communautaire*, L.G.D.J. 1995.
- DEGUERGUE Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J. 1994.
- DELVOLVE Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, L.G.D.J. 1969.
- DOUC-RASY, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, th. Paris L.G.D.J. 1963.

- DREYFUS Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan 1997.
- DU BOIS DE GAUDUSSON Jean, *L'usager du service public administratif*, th. Paris, L.G.D.J. 1974.
- DUPEYROUX Henri, *La faute personnelle et la faute du service public*, th. Paris 1922.
- EMERI Claude, *La responsabilité de l'administration à l'égard de ses collaborateurs*, L.G.D.J. 1966.
- FEUGEY Louis, *Le développement jurisprudentiel de la théorie du risque en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique (en dehors des travaux publics)*, Th., Lille 1927.
- FINES Francette, *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté Economique Européenne. De la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, Paris, Bibliothèque de droit international public, L.G.D.J. 1990.
- FROSSARD Joseph, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, L.G.D.J. 1965.
- GASTINES Louis de, *Les présomptions en droit administratif*, L.G.D.J. 1991.
- GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, L.G.D.J. 1972.
- GOMBEAUD M, *La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics de l'An VIII à 1920*, th. Rennes 1967.
- GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon 1912.
- GUYONOT Jean, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées*, th. Alger, 1959.
- HAGEGE Béatrice, *Les causes exonératoires de la responsabilité administratives*, th. dactyl. Paris 13, 1996.
- HELIN Jean-claude, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, th. Nantes, 1969.
- HENRIOT Guy-Claude, *Le dommage anormal, contribution à l'étude d'une responsabilité de structure*, th. Paris, 1958, éd. Cujas 1960.
- HOLLET Didier, *La responsabilité de l'administration du fait des personnes physiques placées sous sa surveillance*, Th. dactyl., Toulon 1996.
- HONNORAT J., *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, L.G.D.J. 1969.
- JOANNES Jean-Marc, *Le préjudice immatériel dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, th. dactyl., Paris II, 1998.
- KOECHLIN H.-François, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'An VIII à 1873*, th. Paris, L.G.D.J. 1957.
- LAMOUREUX Pierre, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile (en droit privé et en droit public)*, Paris, 1951.
- LAPOYADE-DESCHAMPS C., *La responsabilité de la victime*, th. Bordeaux 1977.
- LINDITCH Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, L.G.D.J. 1997.
- LLORENS-FRAYSSSE Françoise, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, L.G.D.J. 1985.
- LUCHET Just, *L'arrêt Blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, Les presses modernes, Paris, 1935.
- MAESTRE Jean-Claude, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, th. L.G.D.J. 1962.
- MASTEAU Jacques, *La responsabilité de l'Etat*, th. Sirey 1927.

- MEILLIER Philippe, *La responsabilité extra-contractuelle de l'administration en France et en Angleterre*, th. Lille 1997.
- MOREAU Jacques, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, th. Rennes 1956, L.G.D.J. 1957.
- MUSCAT Hélène, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, th. dactyl, Paris 1999.
- PAILLET Michel, *La faute de service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J. 1980.
- PICARD Etienne, *La notion de police administrative*, th. L.G.D.J. 1984, 2 tomes (Rouen).
- RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, L.G.D.J. 1980.
- RICHER Laurent, *La faute de service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Economica, 1978.
- ROGER Louis, *De la responsabilité civile de l'Etat*, th. Montpellier, Rousseau, 1900.
- ROUJOU DE BOUBEE E., *Essai sur la notion de réparation*, th., L.G.D.J. 1974.
- SANDEVOIR Pierre, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J. 1964.
- SCHNERB Jacques-Marc, *Une jurisprudence d'équité du Conseil d'Etat: le risque administratif*, Strasbourg, 1946.
- SCHAEGIS Chrystelle, *Progrès scientifique et responsabilité administrative*, th. Paris Nord 1995, éd. CNRS 1998.
- SFEZ Marcel, *La notion de chose dangereuse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, th. dactyl., Paris 1956.
- SOUSSE Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, L.G.D.J. 1994.
- STARCK Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Rodstein 1947.
- TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, th. Paris, Rousseau, 1901.
- TERNEYRE Philippe, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica 1989.
- THOUROUDE Jean-Jacques, *La faute qualifiée dans la jurisprudence administrative*, th. dactyl. Caen 1974.
- TIRARD Paul, *De la responsabilité de la puissance publique. Essai d'une théorie générale*, th. Paris, 1906.
- VINEY Geneviève, *Le déclin de la responsabilité civile individuelle*, L.G.D.J. 1965.

III ARTICLES

- ALBERTINI Pierre, *La responsabilité des élus locaux: nécessité et aberrations*, Pouvoirs, n°92, janv. 2000, p.103.
- ALBERTON Ghislaine, *Le régime de responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire: de la contradiction à la conciliation*, R.F.D.A. 1997, p. 1017.
- AMSELEK Paul, *La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative*, mélanges Eisenmann Cujas 1975, p. 233.
- ANDRANTSIMBAZOVINA Joël, *Le CE et le principe de précaution*, D.A. juin 1999, chron. p. 4.

- ANDRIANZIMBAZOVINA Joël, *Quel avenir pour la jurisprudence Couitéas?*, D.A. oct. 1998 p. 4.
- ARRIGHI DE CASANOVA E., *Les quasi-contrats du Plan*, Droit social juin 1965, n°6, p. 341.
- AUBY J.-M., *La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire (l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972)*, A.J.D.A. 1973, p. 4.
- AUBY Jean-Marie, *La responsabilité des services publics de lutte contre l'incendie*, D. 1957, chron. p. 17.
- AVRIL Pierre, *Pouvoir et responsabilité*, méf. Burdeau, Paris L.G.D.J. 1977, p.9.
- BACH Louis, *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, R.T.D.C. 1977, p.18.
- BAZEX Michel, *L'implosion du dualisme de juridiction*, Pouvoirs n°46, p.35.
- BAZILLE Camille, *De la responsabilité pécuniaire de l'Etat par le fait de ses agents*, R.G.A. 1880, p.22.
- BAZILLE Camille, *Du refus d'alignement et de l'action en dommages et intérêts pouvant en résulter*, R.G.A. 1883, p.385.
- BEAUD Olivier, *Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité*, R.D.P. 1997 p. 995.
- BEAUD Olivier, *La notion d'Etat*, A.P.D. 1991, p. 119.
- BECET Jean-Marie, *L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration*, Méf. Stassinopoulos 1976 p. 165.
- BELL John, *De la nécessité d'un droit administratif*, A.J.D.A. 1995, p.99.
- BENOIT Francis-Paul, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé. Problèmes de causalité et d'imputabilité*, J.C.P. 1957, I, 1351.
- BENOIT Francis-Paul, *Le cas fortuit dans la jurisprudence administrative*, J.C.P. 1956, I, 1328.
- BENOIT Francis-Paul, *Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*, J.C.P. 1954, I, 1178.
- BERETTA Matteo, *Le droit italien*, in *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire*, Bruylant, 1997, p. 289.
- BERLIA Georges, *Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français*, R.D.P. 1951, p. 685.
- BERLIA Georges, *La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement de ses services de police*, D. 1950, chron. p.5.
- BERNARD Michel, *Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort?*, A.J.D.A. 1995, p. 190.
- BERRAMDANE Abdelkhaleq, *L'obligation de prévention des catastrophes et risques naturels*, Colloque Université du Maine janvier 1997.
- BERTHELEMY H., *Les poursuites contre les fonctionnaires pour actes accomplis à l'occasion de leurs fonctions*, R.G.A. 1898, p. 5.
- BERTONI Pascale, *L'évolution du droit de la responsabilité: limitation ou préservation de la souveraineté*, L.P.A., 24 déc. 1993, n°154, p. 11.
- BERTRAND Christine, *La responsabilité des Etats membres en cas de non transposition des directives communautaires*, R.D.P. 1994, p. 1507.
- BLAEVOET Ch., *Normalité, sécurité et garde* D. 1955, chron. p. 37.
- BLAEVOET Charles, *De l'inadaptation des théories de la faute et du risque comme fondements de la responsabilité des collectivités en droit public et privé*, J.C.P. 1958, I, 1406.
- BLAEVOET Charles, *La place du normal et de l'anormal dans le droit*, Gaz. Pal. mars 1966, p. 65.

- BOCKEL Alain, *Sur le rôle de la distinction du tiers et de l'usager dans le droit de la responsabilité publique*, A.J.D.A. 1968, p.437.
- BONNARD Roger, *La conception juridique de l'Etat*, R.D.P. 1922, p.1.
- BONNARD Roger, *Les droits publics subjectifs des administrés*, R.D.P. 1932, p. 695.
- BORE Jacques, *Le recours entre coobligés in solidum*, J.C.P. 1967 n°2126.
- BORE Louis, *L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative*, R.F.D.A. 1996 p. 544.
- BORGETTO Michel, *Egalité, solidarité... équité?*, CURAP, PUF, p. 239.
- BOULET-SAUTEL Marguerithe, *Une responsabilité de l'Etat sous l'Ancien Régime?*, *Dossiers parisiens*, in *La responsabilité à travers les âges*, Economica 1989.
- BOULOUIS Jean, *Le sort des noyaux durs de la souveraineté nationale*, *Revue Administration* 1990, n° 149, p. 21.
- BOULOUIS Jean, *Supprimer le droit administratif?*, *Pouvoirs* n°46, p.5.
- BOUYSSOU Fernand, *Les garanties supralégislatives du droit de propriété*, D. 1984, chron. p. 231.
- BOYER Georges, *La notion d'équité dans la jurisprudence des parlements*, *Mél, G, Boyer* 1962, p. 210.
- BRAIBANT Guy, *Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration*, études en l'honneur de Léo Hamon, Economica 1982, p.99.
- BRAIBANT Guy, *Le principe de proportionnalité*, *mél. Waline, L.G.D.J.* 1974, p. 297.
- BRAIBANT Guy, *Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit*, *mél. Chapus, Montchrestien* 1992, p. 91.
- BREEN Emmanuel, *La responsabilité pénale des agents publics: l'exemple de l'affaire du sang contaminé*, A.J.D.A. 1995, p.781.
- BRIBOSIA Emmanuelle, *Le droit espagnol*, in *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire* Bruylant, 1997, p. 183.
- BRODERICK J.A., *La notion d'"institution" de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français*, A.P.D. 1968 n°12, p. 143.
- CAILLOSSE Jacques, *Droit public-droit privé: sens et portée d'un partage académique*, A.J.D.A. 1996 p. 955.
- CALVET Hugues, *Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire*, A.J.D.A. 1996, numéro spécial p.92.
- CAMBY Jean-Pierre, *Une loi promulguée, frappée d'inconstitutionnalité?* R.D.P. 1999, p. 653.
- CAMMILLERI A., *Le pouvoir d'injonction du juge administratif: Une révolution avortée?* J.C.P. 1997,I,3992.
- CARBONNIER Jean, *L'Etat dans une vision civiliste*, *Droits* 1992, p.33.
- CASTAGNE André, *Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'Administration en cas de cumul des responsabilités*, R.D.P. 1958, p.676.
- CHABAS François, *Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal*, D.1970, chr. p.113.
- CHAPUS René, *L'acte de gouvernement, monstre ou victime?*, D. 1958, chr. p. 5.
- BOURGOIS Jean-Pierre, *Un double centenaire, La responsabilité du fait des choses, réflexion autour d'un centenaire*, Economica 1997, p. 9.
- CHAPUS René, *Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics*, *mél. Waline, L.G.D.J.* 1974, p. 307.
- CHARLIER R.-E., *Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative*, J.C.P. 1947,I,650.
- CHEVALLIER Jacques, *La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative*, J.C.P. 1970,I,2323.

- CHEVALLIER Jacques, *Le droit administratif, droit de privilège?*, Pouvoirs n°46, p.57.
- CINTURA Paul, *Le jeu des clauses d'irresponsabilité envers l'occupant du domaine public*, A.J.D.A. 1972, p.392.
- COMBACAU Jean, *L'illicite et le fautif*, Droits 1987, p.3.
- COUDEVYLLE André, *Le "pretium affectionis": un piège pour le juge administratif*, D. 1979, Chron. p. 173.
- COUZINET Jean-François, *Cas de force majeure et cas fortuit*, R.D.P. 1993, p.1385.
- COUZINET Jean-François, *La notion de faute lourde administrative*, R.D.P. 1977, p. 283.
- CREMIEUX M., *Réflexions sur la peine privée moderne*, Etudes Kayser 1979, t.1, p. 261.
- DARCY Gilles, *La responsabilité des établissements publics hospitaliers*, L.P.A. 22 sept. 1999, p. 37.
- DE BAECQUE F., *Règles de la jurisprudence administrative relatives à la réparation du préjudice en cas de mise en œuvre de la responsabilité*, R.D.P. 1944, p. 197.
- DE BECHILLON Denys, *Le Conseil d'Etat, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme*, R.F.D.A. 1999, p. 841.
- DE CORAIL Jean-Louis, *Réflexions sur la conception juridique de la faute du service public. De l'utilité du recours aux notions d'obligation et d'activité administrative*, mélanges Hadjidas, Le Pirée Université 1989.
- DE FONTENAY Elisabeth, *Quelque chose comme du donné...*, Ed. Autrement, Série Morales n°14, 1997 p. 11.
- DE LAJARTRE Arnaud, *La responsabilité hospitalière relative aux "premières" médicales*, A.J.D.A. 1997 p. 562.
- DEBARD Thierry, *L'égalité des citoyens devant les charges publiques: fondement incertain de la responsabilité administrative*, D. 1987, chron. p. 157.
- DEBBASCH Charles, *Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun?*, mélanges Chapus, Montchrestien 1992, p. 127.
- DEBOUY Christian, *La responsabilité de l'administration française du fait de la contamination par le virus du sida*, J.C.P. 1993 n°3646.
- DEBOUY Christian, *Le droit français de la responsabilité administrative : métamorphose ou permanence?*, C.J.E.G. 1997, p. 327.
- DEGUERGUE Maryse, *La responsabilité des hôpitaux publics*, Responsabilité civile et assurances, Hors-série juil/août 1999, p. 20.
- DEGUERGUE Maryse, *Le contentieux de la responsabilité: politique jurisprudentielle et jurisprudence politique*, A.J.D.A. 1995, p. 211.
- DELBEZ Louis, *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, R.D.P. 1932, p.441.
- DELVOLVE Pierre, *La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif*, mélanges Marty, Université des sciences sociales 1978, p.407.
- DEROZIER Géraldine, *Le juge administratif et la force majeure: vers la disparition de l'imprévisibilité?* L.P.A. juillet 1996, p. 15.
- DETTON Henri, *L'évaluation des indemnités*, E.D.C.E. 1953, p.52.
- DI MALTA Pierre, *Les renseignements administratifs*, D. 1964, chron. p.225.
- DION-LOYE Sophie, *Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité*, L.P.A. 1992, n°91.
- DUBOUIS Louis, *Droit administratif et droit communautaire*, A.J.D.A. 1995 n° spécial p. 66.
- DUBOUIS Louis, *La "guerre de la fraise" : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire*, R.F.D.A. 1998, p. 120.
- DUBOUIS Louis, *La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté*, R.F.D.A. 1996, p. 583.

- DUEZ Paul, *La loi du 3 mai 1921 et la théorie générale de la responsabilité*, R.D.P. 1922, p. 190.
- DUFAU Jean, *"L'amendement Tour Eiffel" et le régime des servitudes administratives*, J.C.P. 1986, n°3237.
- DUFOUR Alfred, *Droit naturel / Droit positif*, A.P.D. 1991, p. 59.
- DUGUIT Léon, *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, R.D.P. 1907, p. 411.
- DUGUIT Léon, *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, mélanges Hauriou, Sirey, 1929, p. 253.
- DUGUIT Léon, *La question de la coexistence de la responsabilité de L'Etat et de la responsabilité personnelle des fonctionnaires*, R.D.P. 1923, p. 23.
- DUGUIT Léon, *La responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi*, R.D.P. 1910, p.637.
- EISENMANN Charles, *Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, J.C.P. 1949,I, 741 et 751.
- ELLUL Jacques, *Remarques sur les origines de l'Etat*, Droits 1992, p.11.
- ENGEL Laurence, *Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine*, Esprit juin 1993.
- ESMEIN Paul, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, D. 1964, chr. p. 33.
- EWALD François, *La faute civile, droit et philosophie*, Droits, n°5, 1987, p. 45.
- EWALD François, *L'expérience de la responsabilité*, 8ème forum Le Monde Le Mans, *De quoi sommes-nous responsables?*, Editions Le Monde 1997, p. 11.
- FARDELLA Franco, *Le dogme de la souveraineté de l'Etat. Un bilan*, A.P.D. 1997,n°41 Le privé et le public, p.115.
- FATOME Etienne, *Audaces et prudences en matière de responsabilité de la puissance publique*, A.J.D.A. 1999, p. 94.
- FAVOREU Louis, *Le Conseil d'Etat défenseur de l'exécutif*, mélanges Boulouis, Dalloz 1991, p.237.
- FAVRET Jean-Marie, *L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté*, R.D.P. 1999, p. 1741.
- FIALAIRE Jacques, *Le contentieux de la responsabilité dans le domaine de l'enseignement*, J.C.P. 2000, I,204 p. 239.
- FIEVET Gilles, *Collectivités territoriales et socialisation des dommages immatériels purs*, A.J.D.A. 1992, p.321.
- FINES Francette, *Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité*, R.T.D.E. 1997, p. 69.
- FLAUSS Jean-François, *Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires*, L.P.A. 23 juin 1997, p. 7.
- FLINIAUX André, *Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative*, R.D.P. 1921, p. 333.
- FLOUR Yvonne, *Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance?*, Droits 1987, p.29.
- FOMBEUR Pascal, *Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute*, A.J.D.A. 1999, p. 100.
- FOURNEL Sylvie, *Le particularisme de la "faute médicale de nature à..." engager la responsabilité de l'administration*, Gaz., Pal. 8 mars 1998, p. 18.
- FOURNIER Sophie, *La "faute personnelle" du préposé*, L.P.A. 1997, n° 88, p.15.
- FRANC-VALLUET F.-P., *De la règle "L'Etat est son propre assureur"*, R.G.A.T. 1978, p. 596.
- FROMONT Michel, *La justice administrative en Europe. Convergences*, mélanges Chapus, Montchrestien 1992, p. 197.
- FROMONT Michel, *Le principe de proportionnalité*, A.J.D.A. 1995, p.156.

- FROMONT Michel, *Le principe de sécurité juridique*, A.J.D.A. 1996, p.178.
- GAIA Patrick, *Normes constitutionnelles et normes internationales*, R.F.D.A. 1996, p. 885.
- GARNOT, *Du caractère du droit à l'indemnité en matière de dommages suite de travaux publics*, R.G.A. 1883, p.170.
- GASTINES Louis de, *La responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, R.D.P. 1992, p.135.
- GAUDEMET Paul-Marie, *Réflexions sur le principe d'égalité devant les charges publiques*, mélanges Stassinopoulos, 1974, p. 22.
- GAUDEMET Pierre-Marie, *L'évolution de la responsabilité civile des agents publics*, Etudes de droit allemand, mélanges Oflag, 1943, p. 197.
- GAZZANIGA Jean-Louis, *Notes sur l'histoire de la faute*, Droits 1987, p.17.
- GEST Guy, *Violation d'un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique*, R.D.P. 1981, p.1645.
- GHESTIN Jacques, *De la responsabilité du fait des produits défectueux*, J.C.P. 1998,I,148 p. 1201.
- GILLI Jean-Paul, *La responsabilité d'équité de la puissance publique*, D. 1971, chron. p. 26
- GOHIN Olivier, *La responsabilité de l'Etat en tant que législateur*, R.I.D.C. 2-1998, p. 595.
- GOY Raymond, *L'abus du droit en droit administratif français*, R.D.P. 1962, p.5.
- GREISCH Jean, *L'amour du monde et le principe responsabilité*, Ed. Autrement, Série Morales n°14, 1997 p. 72.
- GUENAIRE Michel, *Le régime juridique de la responsabilité administrative du fait des actes de violence*, A.J.D.A. 1987, p. 227.
- GUETTIER Christophe, *Un principe général de responsabilité du fait des choses est-il réellement nécessaire? Point de vue de publiciste*, in *La responsabilité du fait des choses, Réflexions autour d'un centenaire*, Economica 1997, p. 121.
- GUETTIER Christophe, *Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque*, Rev. gén. Droit des assurances, 1997, p. 121.
- GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, *La faute personnelle du fonctionnaire, extinction d'une centenaire?*, Droits, n°5, 1987, p. 97.
- HARDY Jacques, *Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif français*, R.D.P. 1990, p. 453.
- HAURIOU Maurice, *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, R.T.D.C. 1923, p. 331.
- HAURIOU Maurice, *Les actions en indemnité contre l'Etat pour les préjudices causés dans l'administration publique*, R.D.P. 1896, VI, p. 51.
- HECQUARD-THERON Maryvonne, *De la mesure d'ordre intérieur*, A.J.D.A. 1981, p. 235.
- HEERS Mireille, *La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime?*, R.F.D.A. 1995, p. 963.
- HENRIOT Jacques, *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsable*, A.P.D. 1977, p. 59.
- HERMANN Jeannine, *Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration*, D. 1998, p. 195.
- HERMITTE Marie-Angèle, *Le droit dans le drame de la transfusion sanguine*, Ed. Autrement, Série Morales n°14, 1997 p. 72.
- HERMON Carole, *Entre victime, responsable et fautif, l'exigence d'une nouvelle équation*, R.A. 1996, n° 293, p. 496.
- HEURTE André, *La prescription en droit administratif*, A.J.D.A. 1957,I,5.
- ISAAC Guy, *Après l'arrêt "Letisserand": Dix années de réparation de la douleur morale par le conseil d'état*, mélanges Couzinet, Université des sciences sociales Toulouse 1974, p. 387.
- JACQUE Jean-Paul, *Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France*, Mélanges Stassinopoulos, 1974 p. 229.

- JEZE Gaston, *Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public*, R.D.P. 1905, p.764.
- JOLIET René, *La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques*, R.F.D.A. 1994 p. 647.
- KAHN Jean, *L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois*, E.D.C.E. 1962, p. 63.
- KARADGE-ISKROW N., *Notes sur la responsabilité de la puissance publique en droit interne*, A.P.D. 1936, p.196.
- KORNPROBST Bruno, *L'erreur manifeste*, D. 1965, chron. p. 22.
- KRIEGEL Blandine, *Le principe de légitimité*, Mél. Terré, 1999, p. 47.
- LABRUSSE-RIOU Catherine, *Entre mal commis et mal subi : les oscillations du droit*, Ed. Autrement, Série Morales n°14, 1997 p. 94.
- LAMARQUE J. et MODERNE F., *L'affaire de Malpasset devant la justice administrative*, A.J.D.A. 1972, chron. p. 316 et s.
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, D. 1994, chron. p. 81.
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels*, D. 1992, chron. p. 165.
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *L'éthique de la responsabilité*, R.T.D.C. 1999, p. 1.
- LASCOUMES Pierre, *La précaution, un nouveau standard de jugement*, Revue Esprit, oct. 1997, p. 129.
- LATOURNERIE Marie-Aimée, *Responsabilité publique et Constitution*, mél. Chapus, Montchrestien 1992, p. 353.
- LATOURNERIE René, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, R.D.P. 1945, p. 5;133;292.
- LAUBADERE André de, *Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français*, E.D.C.E. 1959, p. 29.
- LAUBADERE André de, *Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration*, études off à A. Mestre, Sirey 1956 p. 383.
- LAVIALLE Christian, *De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat en France sous l'Ancien Régime*, Droits 1992, p.19.
- LAVIALLE Christian, *La responsabilité légale des communes pour les accidents subis par les élus locaux*, L.P.A. 20 juil. 1983.
- LAVIALLE Christian, *Le dommage causé au participant à l'opération de travail public*, A.J.D.A. 1975, p.540.
- LE TOURNEAU Ph., *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile ou de la relativité de son déclin*, R.T.D.C. 1988, p. 505.
- LE TOURNEAU Philippe, *Des mérites et vertues de la responsabilité civile*, Gaz. Pal. 18 mai 1985, p. 283.
- LE TOURNEAU Philippe, *La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité*, D. 1994, p. 298.
- LEPOINTE Gabriel, *L'évolution de la responsabilité administrative dans la France du XIXème siècle*, Revue historique de droit français et étranger, 1959, n°2, p. 214.
- LEVASSEUR Alain, *Les transactions: l'exemple de l'Assistance publique Hôpitaux de Paris*, A.J.D.A. 1997 p.54.
- LIET-VEAUX Georges, *L'indemnisation des sujétions d'urbanisme prélude à une réforme législative*, R.A. 1984, p. 461 L.160-5.
- LLORENS-FRAYSSE Françoise, *Le poids de la faute dans la responsabilité administrative*, Droits n°5 1987, p. 69.
- LOCHAK Danièle, *Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?*, Pouvoirs n°46, p. 43.

- LOCHAK Danièle, *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation*, in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., PUF 1993, p. 275.
- LOMBARD Martine, *La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972*, R.D.P. 1975, p. 585.
- LONG Marceau, *La responsabilité de l'administration pour les fautes personnelles commises par ses agents à l'occasion du service*, E.D.C.E. 1953, p.80.
- LUCE E.-P., *Les dommages de travaux publics provenant d'odeurs ou de bruits désagréables*, D. 1964, chron. p. 65.
- LUCE E.P., *Nouvelles réflexions sur la réparation de la douleur morale par le juge administratif*, J.C.P. 1962, n° 1685.
- LYON-CAEN Arnaud, *Sur la transaction en droit administratif*, A.J.D.A. 1997 p.48.
- MADIOT Yves, *La subrogation en droit administratif*, A.J.D.A. 1971, p. 325.
- MAESTRE Jean-Claude, *La responsabilité civile des agents publics à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée?*, méf. Waline, L.G.D.J. 1974, p.575.
- MAESTRE Jean-Claude, *Nécessaire mais juste responsabilité civile des agents publics*, Revue Juridique et Politique de l'Indépendance et de la Coopération, 1973, p. 1093.
- MARIANI-BEGNINI Isabelle, *L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité*, R.D.P. 1997, p. 841.
- MARKUS Jean-Paul, *La continuité de l'Etat en droit public interne*, R.D.P. 1999, p. 1067.
- MARKUS Jean-Paul, *Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat*, A.J.D.A. 1999, p. 99.
- MARTIN Gilles, *Précaution et évolution du droit*, D. 1995, chron. p. 299.
- MARTIN Gilles, *Principe de précaution et responsabilités*, Recherches et travaux du RED&S n°5, L.G.D.J. 1998, p. 415.
- MARTY Gabriel, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, R.T.D.C. 1939, p. 685.
- MATHIEU Bertrand, *Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier*, L.P.A. 7 mars 1997, p. 5.
- MATHIEU Bertrand, *La sécurité juridique: un produit d'importation dorénavant « made in France » (à propos des décisions 99-421 et 99-422 DC du Conseil constitutionnel*, D. 2000, n°4, Point de vue, p. VII.
- MAZEAUD Henri, *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; obligations déterminées et obligations*, R.T.D.C. 1936, p. 1.
- MAZERES Jean-Arnaud, *La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué*, méf. Mourgeon, Bruylant 1998, p. 239 à 293.
- MESCHERIAKOFF Alain-Serge, *Ordre intérieur administratif et contrat*, R.F.D.A. 1997, p.1129.
- MESTRE Jean-Louis, *Des précédents de la jurisprudence "Giry". Les juridictions judiciaires et le contentieux des collectivités locales au XIXème siècle*, R.D.P. 1980, p.5.
- MICHOUD Léon, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, R.D.P. 1895, t. IV, p.1.
- MICHOUD Léon, *De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents*, R.D.P. 1897, p.41.
- MIGNON Maxime, *La socialisation du risque*, D. 1947, chron. p. 10.
- MIGNON Maxime, *La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageables de l'action administrative*, D. 1950, chron. p. 13.
- MODERNE Franck, *La distinction du tiers et de l'usager dans le contentieux des dommages de travaux publics*, C.J.E.G. 1964, chron. p. 677 et s.

- MODERNE Franck, *La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière*, R.D.S.S., 1975, p. 213.
- MODERNE Franck, *La responsabilité généralisée de l'Etat à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires*, D. 1975, chron., p. 161.
- MODERNE Franck, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, R.F.D.A. 1999, p. 722.
- MODERNE Franck, *Note sur le devenir de la notion de « troubles dans les conditions d'existence » dans le contentieux administratif de la responsabilité*, A.J. 1976, p. 240.
- MODERNE Franck, *Recherches sur l'obligation in solidum dans la jurisprudence administrative*, E.D.C.E. 1973, p. 15.
- MONTADOR Jean, *Une source importante de responsabilité administrative: le suicide du malade à l'hôpital public*, A.J.D.A. 1972, p. 195.
- MORAND Charles-Albert, *La sanction*, A.P.D. 1990, p. 293.
- MORAND-DEVILLER Jacqueline, *Les dommages de travaux publics survenus sur les voies publiques terrestres*, L.P.A. 28 janv. 1987 p. 7.
- MORANGE Georges, *La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative*, D. 1953, chr.p.9.
- MORANGE Georges, *La spécialité du préjudice indemnisable en droit administratif*, D. 1953, chron., p. 165.
- MORANGE Georges, *Le préjudice moral devant les tribunaux administratifs*, D. 1948, chron. p. 105.
- MORANGE Georges, *L'irresponsabilité de l'Etat législateur (évolution et avenir)*, D. 1962, chron., p. 163 .
- MOREAU Jacques, *La cause de la demande en justice dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle*, méf. Stassinopoulos, 1974, p. 77.
- MOREAU Jacques, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat*, A.J.D.A. 1965, p. 3.
- MOREAU Jacques, *La responsabilité des magistrats et de l'Etat du fait de la justice. L'apport du droit administratif*, Justices n°5 jan/mars 1997, p. 39.
- MOREAU Jacques, *La responsabilité pénale des établissements publics de santé et le Nouveau Code pénal*, A.J.D.A. 1995, p. 621.
- MOREAU Jacques, *La responsabilité pénale des personnes morales de droit public en droit français*, L.P.A. 11 déc. 1996, n°149.
- MOREAU Jacques, *L'évolution des sources du droit de la responsabilité administrative*, Méf. Terré, Dalloz 1999, p. 719.
- MOREAU Jacques, *L'indemnisation et l'évaluation par le juge administratif des dommages causés aux immeubles et aux meubles et des dommages immatériels consécutifs dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle*, méf. Chapus, Montchrestien 1992, p. 443.
- MOREAU Jacques, *L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de la puissance publique*, méf. Boulouis, Dalloz 1991, p. 409.
- MOREAU Jacques, *Responsabilité administrative et sécurité publique. Droit positif et perspectives d'évolution*, A.J.D.A. 1999, p. 96.
- MOURGEON Jacques, *Remarques sur les fondements de la responsabilité de la puissance publique en droit administratif français*, Annales de l'Université de Sciences sociales, 1971, p. 17.
- MOUSTAKAS Mélétiós, *L'activité matérielle bénévole de l'administration et sa portée véritable en droit administratif français*, R.D.P. 1996, p. 1439.

- PACTEAU Bernard, *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction?*, R.A. n° spécial 1999, p. 51.
- PAILLET Michel, *Vers un renouveau des sources de la responsabilité administrative en droit français*, mélanges Auby, Dalloz 1992, p. 259.
- PAYRE Jean-Paul, *Faute et fait de la victime dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle*, A.J.D.A. 1980, p.398.
- PENAUD Béatrice, *L'indemnisation des victimes d'infraction. Pour une réforme des critères*, D.A. août/sept 1999, p. 7.
- PETIT Serge, *La responsabilité pénale des agents publics et des élus*, Gaz. Pal. Nov. 1999, p. 3.
- PHILIPP Dominique, *De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques*, R.D.P. 1999, p. 593.
- PICARD Etienne, *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?*, A.J.D.A. 1998, p. 651.
- PITTARD Yves et ROSSINYOL J., *La responsabilité de l'Etat et des communes*, R.D.P. 1975, p.637.
- PLANCQUEEL André, *Obligations de moyens, obligations de résultat*, R.T.D.C. 1972, p. 334.
- PLANTEY Alain, *La responsabilité administrative du fait de la force publique*, E.D.C.E. 1973, p. 71.
- POIROT-MAZERES Isabelle, *La notion de préjudice en droit administratif français*, R.D.P. 1997, p. 519.
- POLITIS N., *Le problème de la limitation de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, R.C., 1925, VI, p.110 et s.
- POLLMANN Christopher, *L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat en matière de responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, R.D.P. 1996 p. 1653.
- PONTIER Jean-Marie, *L'imprévisibilité*, R.D.P. 1986, p. 5.
- PUECH Marc, *Scolies sur la faute pénale*, Droits 1987, p.77.
- PUISOYE Jacques, *Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité de la puissance publique*, A.J.D.A. 1964, p. 140.
- PUISSOCHET Jean-Pierre, *Vous avez dit confiance légitime?*, Mélanges Braibant, Dalloz 1996, p. 581.
- QUENILLET Martine, *L'indemnisation du préjudice corporel: un droit à la dérive*, J.C.P. 1994, n°3770.
- REDOR Marie-Noëlle, *L'Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle*, Droits 1992, p.91.
- RENOUX Thierry, *L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme. Un nouveau cas de garantie sociale*, R.F.D.A. 1987, p. 909.
- RICHER Laurent, *Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif*, A.J.D.A. 1997 p.3.
- RICHER Laurent, *Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (aperçu de droit administratif judiciaire)*, C.J.E.G. 1990 p. 367.
- RIGAUDIERE Albert, *L'invention de la souveraineté*, Pouvoirs, n°67, 1993, p. 5.
- RIPERT Georges, *Le prix de la douleur*, D. 1948, chron. p.1.
- RIVERO Jean, *Consensus et légitimité*, Pouvoirs n°5 1978 p.57.
- ROBLOT René, *De la faute lourde en droit privé français*, R.T.D.C. 1943, p. 1.
- ROCHE Jean, *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence*, A.J.D.A. 1962, I, p. 532.
- ROMI Raphaël, *Sur les tendances modernes en matière de réparation*, L.P.A. 1997, n°91 p. 12.

- ROQUES Françoise, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, A.J.D.A. 1991 p. 75.
- ROUYERE Aude, *L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'Etat*, R.F.D.A. 2000, p. 266.
- SAINT-JOUR Yves, *Existe-t-il un contrat de travail de droit public?*, Droit Social 1980, p. 187.
- SAVATIER René, *Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile*, mélanges Laborde-Lacoste, Bordeaux, Bière, 1963, p. 321.
- SAVATIER René, *Responsabilité de l'Etat dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus imparables*, mélanges Waline, L.G.D.J. 1974, t.2, p.751.
- SAVATIER René, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, D.1970, chr. p.123.
- SAVAUD Eric, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, R.T.D.C. 1999, p. 1.
- SCHNECKENBURGER M., *La responsabilité de l'Etat en matière de déminage*, Gaz. Pal. 8 juil. 1969, p. 12.
- SCHOCKWEILER Fernand, WIWENES, GODART, *Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne*, R.T.D.E. 1990, p. 27.
- SCHWARTZ Rémy, *La responsabilité hospitalière et le juge administratif: une remarquable évolution*, Gaz. Pal. 1991, p. 526.
- SEGUR Philippe, *Le cas fortuit en droit administratif*, A.J.D.A. 1994, p.171.
- SEGUR Philippe, *Qu'est-ce que la responsabilité politique?*, R.D.P. 1999, p. 1599.
- SFEZ Lucien, *Duguit et la théorie de l'Etat (Représentation et communication)*, A.P.D. 1976, Genèse et déclin de l'Etat, p. 1.
- SIMON Denys et BARAV Ami, *De la responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire*, Revue du Marché Commun, 1987, p. 165.
- SIMON Denys, *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique; glissements progressifs ou révolution tranquille*, A.J.D.A. 1993, p.235.
- SIMON Denys, *La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire*, A.J.D.A. 1996, p. 489.
- SMITS Catherine et VALLER, *Le droit anglais, in La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruylant, 1997, p. 95.
- SOULIER Gérard, *Réflexions sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique*, R.D.P. 1969, p. 1039.
- SOUSSE Marcel, *La responsabilité administrative entre régulation et réglementation*, Recherches et travaux du RED&S n°5, L.G.D.J. 1998, p. 359.
- SOUSSE Marcel, *La responsabilité des concepteurs en droit administratif*, A.J.D.A. 1996, p.348.
- SOUTEYRAND Eric, *La responsabilité de l'administration*, A.J.D.A. 1999, p. 92.
- SPITZ Jean-Fabien, *Le contrat social*, Droits 1990, p.25.
- STARCK Boris, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, R.T.D.C. 1958, p. 475.
- STARCK Boris, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile*, J.C.P. 1970 n°2339.
- SUDRE Frédéric, *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, D. 1988, chron. p. 71.
- TAUGOURDEAU J.-P., *Le caractère certain et direct du préjudice en matière de extra-contractuelle de la puissance publique*, A.J.D.A. 1974, p. 508.
- TEBOUL Gérard, *Droit administratif et droit international*, R.D.P. 1998, p. 977.

- TEBOUL Gérard, *Le juge administratif et le droit international*, A.J.D.A. 1995, p.43.
- TEISSIER Georges, Article Responsabilité au Répertoire Béquet de Droit Administratif, 1906, tome 23.
- TERNEYRE Philippe, *La responsabilité de l'administration économique du fait de son activité normative*, Cahiers de droit de l'entreprise, supplément n°3, J.C.P. 1990-3, p. 28.
- TERRE François, *Droit*, A.P.D. 1991, p. 43.
- TESTU François-Xavier, *La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?*, D. 1998, p.345.
- THERON Jean-Pierre, *Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé*, J.C.P. 1976, I, 2802.
- THIBIERGE Catherine, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité*, R.T.D.C. 1999, p. 561.
- THIRIEZ Frédéric, *L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif*, A.J.D.A. 1999, p. 105.
- TIFINE Pierre, *La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux dans la structure de la responsabilité du fait des ouvrages publics*, R.D.P. 1996, p. 1405.
- TROTABAS Louis, *La responsabilité de l'Etat en droit interne*, R.D.P. 1932, p.679.
- TROTTIER Thierry, *La responsabilité de la puissance publique en matière fiscale*, Droit fiscal, 1994, n°27 et 28. p. 1088.
- TRUCHET Didier, *A propos de l'évolution du droit administratif: loi d'extension et loi de divergence*, mélanges Chapus, Montchrestien 1992, p. 633.
- TRUYOL Serra Antonio, *La souveraineté*, A..P.D. 1990, p. 313
- TUNC André, *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux*, mélanges Ancel, Pédone 1975.
- VEDEL Georges, *Doctrines et jurisprudences constitutionnelles*, R.D.P. 1989 p.11.
- VEDEL Georges, *Le droit de la responsabilité administrative peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?*, E.D.C.E. n°31, p. 31 à 47.
- VEDEL Georges, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, J.C.P. 1950, n°851.
- VIALLE Pierre, *Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative*, R.D.P. 1974, p. 1243.
- VILLEY Michel, *Esquisse historique sur le mot responsable*, A.P.D. 1977, p. 45.
- VINCENT François, *Droit public et assurance*, R.G.A.T. 1991, p. 241.
- VINEY Geneviève, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, A.P.D. 1977, t. 22, p. 5.
- VINEY Geneviève, *La responsabilité*, A.P.D. 1990, p.275.
- VIRET Jean, *La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit pénal contemporain*, A.J.D.A. 1995, p. 763.
- VOISSET Michèle, *La reconnaissance en France d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics*, R.F.D.A. 1999, p. 743.
- WALINE Jean, *L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, E.D.C.E. n°46 1995 p. 459.
- WALINE Marcel, *De la situation juridique de l'usager d'un service public*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1933, p. 236.
- WALINE Marcel, *De l'irresponsabilité des fonctionnaires et des moyens d'y remédier*, R.D.P.1948, p.5.
- WEBER Yves, *Illicéité et responsabilité administrative en France*, Journées de la société de législation comparée, Paris 1984, p. 27.
- WEIL Prosper, *A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou: les surprises de la jurisprudence Giry*, mélanges Eisenmann, Cujas 1975, p. 379.

- WIEDERKEHR Georges, *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la Justice*, Justices n°5 jan/mars 1997, p. 13.
- WILMS Günter, *Le droit allemand*, in *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruylant, 1997, p. 65.
- WOEHLING Jean-Marie, *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir?*, mélanges Braibant, Dalloz 1996, p.777.
- WUNENBURGER Jean-Jacques, *Le procès de la responsabilité et les métamorphoses de la culpabilité*, Droits 1987, p.87.
- ZAKI Magdi Sami, *Définir l'équité*, A.P.D. 1991, p. 87.
- ZILLER Jacques, *Le principe de proportionnalité*, A.J.D.A. 1996, p.185.

IV Notes et conclusions de jurisprudence

A) Notes et chroniques

- AUBY J.-M., *La juridiction administrative et le contentieux de la responsabilité en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique*, R.D.P. 1977, p. 1049, C.E. 13/10/1976 Boucher.
- BERNARD F. et LASCOMBE M., J.C.P. 1995 n° 22426, sous C.E. 17/02/1995 Marie et Hardouin.
- BON pierre, *La responsabilité des personnes dont on a la garde: sur un rapprochement des jurisprudences administrative et judiciaire*, R.F.D.A. 1991 p. 991. A propos de C.E., Sect., 19 oct. 1990, Ingreneau.
- BON Pierre, *La responsabilité de l'Etat envers les auxiliaires de justice*, R.F.D.A. 1997, p. 1301, à propos de Cass. 1ère civ, 30 janv. 1996 Morand.
- BONNARD Roger, S. 1930, III, 17, C.E. 22/11/1929 Cie des mines de Siguri.
- BORE Jacques, *Les arrêts de la Chambre mixte du 20 décembre 1968 en matière de transport bénévole*, J.C.P. 1969, I,2221.
- BRARD Yves, *La réparation du préjudice causé à un dirigeant de sociétés par les procédures fiscales conduites envers ces sociétés*, sous C.E., 16 juin 1999, Tripot, R.F.D.A. 2000, p. 359.
- CHABAS François, *L'obligation médicale d'information en danger*, J.C.P. 2000,I,212 p. 459., A propos de C.E. 5 janv. 2000, Telle.
- CHEVALLIER Roger-Michel, *Le droit de la communauté européenne et les juridictions françaises*, R.D.P. 1962, p.646, sous C.E., 22/12/1961 S.N.C.F.
- GUINAIRE Michel, *La faute lourde réductrice de l'irresponsabilité légale et conventionnelle de l'Administration*, R.F.D.A. 1987, p. 919 : à propos de C.E., 21/11/86 Soc. Top service c/Min. PTT.
- HAURIOU Maurice, *La situation juridique des fonctionnaires est-elle réglementaire ou contractuelle ?*, S.1907,3,49, C.E., 15 fév. 1907, Lacourte.
- HAURIOU Maurice, S.1904,3,121, sous C.E. 29/05/1903,Le Berre.
- JEZE G., *De la responsabilité des patrimoines administratifs*, R.D.P. 1910, p.72, C.E. 05/02/1909 Lefébure.

JEZE G, *Responsabilité de l'administration en raison de la tutelle administrative et du contrôle administratif*, R.D.P. 1946, p.490. A propos de C.E. 29/03/1946 Caisse départementale d'assurance.

JEZE G, R.D.P. 1919, p.239, sous C.E. 28/03/1919 Regnault Desrozières.

JEZE G, *La guerre et les concessionnaires de service public*, R.D.P. 1916, p.388, sous C.E. 30/03/1916 Cie du gaz de Bordeaux.

MODERNE Franck, *Illégalité et responsabilité pour faute de service*, Revue administrative 1974, p. 29. A propos de C.E., Sect, 26 jan. 1973, Ville de Paris c/Driancourt et C.E., 12 déc. 1973, Min. de l'Intérieur c/Moizard

PLOUVIN Joël-Yves, *Du possible déclin de la notion de mesure d'ordre intérieur?*, R.A. 1979, p. 49. A propos de C.E. Sect., 9 juin 1978, Spire.

RICHER Laurent, A.J.D.A. 1991, p. 54, sous C.E., Sect., 27/07/1990 Bourgeois.

RUZIE D., J.C.P. 1969 n° 15832, sous C.E. 10/01.1969 Grafmüller.

B) Conclusions

ANDRIEUX, sur C.E., 11/05/28, Delle Rucheton, DP 1929,3, p. 6.

ABRAHAM, sur C.E., Sect., 03/07/98, Bitouzet, R.F.D.A. 1998, p. 1243.

BARBET, sur C.E. 24/06/49, Lecomte et Daramy, S.1949,3, p. 61.

BERNARD, sur C.E., 16/03/62, Sieur Toubhans et autres, Rec., p. 183.

BERNARD, sur C.E., 30/03/66, Cie générale de l'énergie radioélectrique, R.D.P. 1966, p. 774.

BERTRAND, sur C.E., Sect., 24/06/66, Lemaire, A.J.D.A. 1966, p.637.

BLUM, sur C.E., 26/07/1918, Lemonnier, Rec. p. 771; S. 1918/19,3,41; R.D.P. 1919, p. 41.

BRAIBANT, sur C.E., 19/06/59, Moritz, S. 1960, p. 59.

BRAIBANT, sur C.E., 17/10/62, Sieur Berrato, Rec. p. 543; C.J.E.G. 1963,J., p. 43.

CHAHID-NOURAI, sur C.E., Sect., 27/07/90, Bourgeois, R.F.D.A. 1990, p. 899.

COMBARNOUS, sur C.E., Sect., 11/05/62, Ministres des Travaux publics c/consorts Duboul de Malafosse, A.J.D.A. 1962, p. 588.

CORNEILLE, sur C.E., 28/03/1919, Regnault-Desrozières, R.D.P. 1919, p.341.

CORNEILLE, sur C.E., 23/06/1916, Thévenet, R.D.P. 1916 p. 378.

CORNEILLE, sur C.E., 22/12/1922, Lassus, R.D.P. 1923, p. 427.

DAEL, sur C.E., A., 09/04/93, Bianchi, R.F.D.A. 1993 p.573.

DAEL, sur C.E., A., 26/05/95, Jouan, Pavan, N'Guyen, R.F.D.A. 1995, p. 748.

DAVID, sur T.C., 08/02/1873, Blanco, S. 1874,III,20.

DAVID, sur T.C., 30/07/1873, Pelletier, Rec. p. 118.

DELVOLVE, sur C.E., 11/05/51, Baud, S. 1952,3, p. 13.

DENOIX DE SAINT-MARC, sur C.E., 23/03/84, Sté Alivar, Gaz. Pal. 30 mai 1984, p. 17.

DETTON, sur C.E., 03/04/36, Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers, S. 1936,3, p. 108.

DETTON, sur C.E., 06/10/44, Sté Streichenberger, R.D.P. 1946, p. 333.

DONDOUX, sur C.E., Sect., 03/03/78, Dame Müesser, J.C.P. 1978, II,18986.

DUTEILLET de LAMOTHE, sur C.E., 03/01/58, Levrat, S. 1958,I, p. 113.

GALABERT, sur C.E., 01/04/77, Deleersnyder, A.J.D.A. 1977, p. 506.

GALMOT, sur C.E., Sect., 14/10/66, Marais, D.1966, p. 636.

GAZIER, sur C.E., A., 18/11/49, Delle Mimeur, Defaux, Besthelsemer, J.C.P. 1950,II,5286.

GAZIER, sur C.E., 27/07/51, Dame Aubergé et Dumont, D, 1952, p. 108.

GAZIER, sur C.E., Sect., 11/01/57, A.J.D.A. 1957,II,p.74.

GENEVOIS, sur C.E., 09/06/78, Spire, R.A. 1978, p. 631.

GENTOT, sur C.E., A., 07/05/71, Sastre, Rec. p. 334.

- GUILLAUME, sur C.E., 20/10/72, Ville de Paris c/Marabout, A.J.D.A. 1972, p. 625.
- HEUMANN, sur C.E., 14/04/61, Société Sud-Aviation, R.D.P. 1958, p.655.
- KAHN, sur C.E., 22/03/57, Jeannier, D. 1957, p.749.
- KAHN, sur C.E., 23/12/70, E.D.F. c/Farsat, A.J.D.A. 1971, p. 96.
- JOSSE, sur C.E., 03/04/36, Sudre, D.P. 1936,3,57.
- JOUVIN, sur C.E., 07/03/58, Dejous, R.D.P. 1958, p.1087.
- LAFERRIERE, sur T.C., 05/05/1877, Laumonier-Carriol, Rec. p. 437; D. 1878,3, p.13.
- LATOURNERIE, sur C.E., 25/01/1929, Sté du gaz de Beauvais, S. 1929, 3, p.81; D. 1929, 3, p. 35; R.D.P. 1929, p. 312.
- LAURENT, sur C.E., 01/10/54, Costier, Dr. Soc. 1955, p. 81.
- LE CHATELIER, sur C.E., Sect., 05/06/92, Dame Cala, R.F.D.A. 1993, p.67.
- LEFAS, sur C.E., 29/03/46, Caisse d'ass. soc. De Meurthe et Moselle, R.D.P. 1946, p. 492,772.
- LEGAL, sur C.E., A., 10/04/92, Dame V., A.J.D.A. 1992, p.355.
- LEGAL, sur C.E., A., 09/04/93, M.G., M.D., M.B., R.F.D.A. 1993, p.583.
- LEMOINE, sur Cass. 2ème Civ., 23/11/56, Trésor Public c/ Giry, D. 1957, p. 34.
- LETOURNEUR, sur T.C, 26/05/54, Moritz, S. 1954,3, p. 85.
- LEVAVASSEUR de PRECOURT, sur C.E., 28/06/1889, Cie des chemins de fer du Nord, R.G.A. 1889, n°36 p 59.
- LUCE, sur T.A., Bordeaux, 15/02/61, Meunier, A.J.D.A. 1961, p.361.
- MASSOT, sur C.E., 07/03/80, SARL Cinq-Sept, Rec. p. 129.
- MORISOT, sur C.E., 25/09/70, Commune de Batz-sur-Mer, D. 1971, p. 55.
- ODENT, sur C.E., 21/11/47, Sté Boulenger, S. 1948,3, p. 21.
- ORDONNEAU, sur C.E., 29/06/62, Société Manufacture des machines du Haut Rhin, Rec. p. 432.
- POMMIER, sur T.A. Strasbourg, 08/12/94, Entreprise Freymuth c/ Ministre de l'Environnement, A.J.D.A. 1995, p.555.
- RIVET, sur C.E., 30/11/1923, Couitéas, S. 1923,3, p. 57; D. 1923,3, p. 59.
- RIVET, sur C.E., 13/03/1925, Clef, R.D.P. 1925, p. 274.
- ROUGEVIN-BAVILLE, sur C.E., Sect., 19/03/71, Sieur Mergui, Rec. p. 235.
- ROUGEVIN-BAVILLE, sur C.E., Sect., 02/06/72, Société des bateaux de la Côte d'Emeraude, D. 1974 p. 260.
- ROUGEVIN-BAVILLE, sur C.E., A., 20/03/74, Navarra, Rec. p. 200.
- ROMIEU, sur C.E., 21/06/1895, Cames, D. 1896,III,65.
- ROMIEU, sur C.E., 10/02/1905, Tomaso Grecco, Rec. p. 139; D.1906,3, p. 81.
- ROUJOU, sur C.E., 14/01/38, Sté des produits laitiers La Fleurette, D.P. 1938,3, p. 41.
- STIRN, sur C.E., 17/01/86, Ville de Paris c/ Duvinage, R.F.D.A. 1986, p. 824.
- TRICOT, sur C.E., 05/07/57, Département de la Sarthe, A.J.D.A. 1957,II, p. 320.
- TEISSIER, sur C.E., 29/05/1903, Le Berre, D. 1904,3, p. 89
- TEISSIER, sur C.E., 11/12/1903, Villenave, D. 1905,3, p. 29.
- THERY, sur C.E., A., 09/01/76, Dame Berkowitz, Rec. p. 21..

INDEX ALPHABETHIQUE

A

- Abus de droit, 122, 125, 137, 386, 395 à 402, 555.
 Acceptation des risques, 294, 333, 524, 528 à 533.
 Acte de gouvernement, 36 à 46, 57, 272, 555.
 Appréciation de la faute, 168, 343 à 354, 475, 520.
 Assureur, 81, 130-131, 169, 209, 226, 229, 236, 239, 253-254, 265, 267, 408, 412-413, 441 à 443, 449, 534, 550.
 Attroupement, 5, 50, 128-129, 229, 515.

B

- Bonne foi, 103-104, 133, 329, 337, 339, 400, 448.

C

- Carence de l'administration, 17, 45, 122, 157, 163, 173, 215, 217, 363, 376, 379, 382, 540.
 Cas fortuit, 43-44, 56, 500, 502 à 505, 507, 511 à 513, 542.
 Choses dangereuses, 61, 210, 212, 290, 294, 388, 393, 496, 504.
 Circonstances exceptionnelles, 45, 348 à 350, 370, 372, 375, 479.
 Collaborateurs du service public, 69, 101, 108, 111 à 115, 128, 136, 213, 230, 288 à 295, 407, 412, 489, 554.
 Commettants, 14, 16, 154, 169, 326, 484, 487, 490, 496-497, 522.
 Confiance légitime, 122 à 125, 221, 247, 286, 302, 397-398, 400, 498, 555.
 Contamination, 4, 5, 189, 253, 260, 278, 347, 429, 446, 511, 514, 516.
 Contrat d'assurance, 239, 265, 386, 412.
 Cumul
 - de fautes, 164, 437, 491, 532.
 - de responsabilités, 160, 293, 491, 495, 515.

D

Défaut d'entretien normal de l'ouvrage public, 140, 199, 271, 331, 382, 388 à 390, 458, 494, 512.

Dompage anormal, 141, 147, 157, 222, 244, 270, 320, 331, 393 à 399, 408, 452-453, 457, 460, 469-471, 479, 547, 550.

Dommmages de travaux publics, 48, 104, 116, 143, 157, 223, 235, 286-290, 290, 303, 336, 368, 388, -389, 393, 410, 412, 436, 452, 460, 480, 494, 506, 508, 512, 519, 529, 532.

Douleur morale, 198, 246, 261-262.

Droit allemand, 88, 117, 123-124, 208, 220, 299, 398, 400, 555.

Droit anglais, 11-12, 243, 265, 555.

Droit communautaire, 11-12, 32, 40, 117, 123, 206, 208, 217, 279-280, 308, 319, 392, 397-398, 469, 472, 556.

Droit subjectif, 3, 17, 94, 192, 220, 222, 272 à 276, 279 à 281, 284, 286, 293, 296 à 313, 321, 340, 373, 375-376, 381, 403, 462, 516, 549, 552, 555-556.

Droits de l'homme, 2, 6, 41, 67, 88, 127, 217, 253, 279,-280, 290, 299, 308, 310, 312, 359, 391, 420-421, 556.

E

Egalité

- devant la loi, 142, 144, 145, 147, 167, 555.

- devant les charges publiques, 12, 16, 40, 42, 122, 127-128, 134-135, 139, 142 à 147, 206-207, 211, 215, 220, 222, 233, 239, 244, 271, 277, 279, 287, 290, 320, 385, à 387, 392, 394, 399, 414, 417, 420, 452 à 461, 464, 470-471, 473, 476, 495, 509, 530, 532, 547, 549-550, 552, 555.

Equité, 5, 103, 114, 118, 120, 132 à 137, 140 à 147, 200, 241, 243, 250, 281, 290, 330, 385, 399, 413, 424, 443, 475, 496, 504, 531, 543.

Enrichissement sans cause, 114-115, 137 à 140, 143.

Erreur, Voir théorie de l'erreur

Exonération de responsabilité, 129, 164, 168-169, 190-191, 225, 229, 235, 282, 295, 331, 333, 349, 384, 388-389, 392-393, 445-446, 484, 492, 499 à 542, 545.

F

Fait d'autrui, 210, 233, 237-238, 339, 484 à 498, 535, 541, 552.

Fait des choses, 102, 226, 242, 319, 392 à 394, 483, 504-505.

Fraternité, 125-126, 134.

Faute

- de la victime, 225, 229, 445-446, 450, 503, 506, 509, 518-519, 522-523, 527-528, 545-546.

- du service, 116, 140, 164, 189, 231, 238, 242, 254, 331, 334-335, 339 à 341, 367, 437, 456, 458, 490, 501, 514.

- personnelle, 7, 141, 159 à 172, 210, 254, 336 à 339, 437, 484, 488, 490 à 498, 515, 532, 538-539, 554.

- lourde, 19-20, 37, 61-62, 82, 128, 159, 169, 171, 200 à 202, 217, 230, 271, 285, 289, 300, 331, 347-348, 350 à 352, 355 à 375, 377 à 384, 413, 422 à 424, 486, 542, 546.

Fonction préventive, 98, 180, 185, 195, 204, 209-210, 223, 243, 246, 264, 270, 399, 526, 530.

Fonction sanctionnatrice, 150, 151, 158, 163, 167, 195, 204, 209, 231, 238-239, 252 à 254, 267, 324, 343, 376, 491, 510, 517, 523, 525, 530, 538, 549-550, 552.

Force majeure, 44, 229, 331, 333, 492, 500 à 511, 514, 519-520, 533, 542.

G

Garantie (régime de garantie), 5 à 7, 51, 129-130, 202, 225 à 239, 251 à 253, 265, 296, 339, 384-385, 457, 481, 510, 515, 549.

Guerre, 38, 42 à 49, 56-57, 62, 75, 120, 126, 128 à 130, 149, 193, 213, 255, 278, 362, 389, 472, 485.

H

Hôpital, 110, 130, 189, 233, 296, 331-332, 347, 350 à 353, 360, 365, 373, 383, 427-428, 490-491.

I

Illicéité, 155, 215, 222, 271 à 275, 293, 308, 323, 337, 385-386, 400, 402-403, 446, 453, 549, 556.

Imputabilité, 40, 128, 131, 141, 164, 180, 207, 434 à 436, 480 à 482, 497, 499-500, 502, 510, 514, 516, 526, 532, 535, 539 à 541, 547, 548, 554.

Incendie, 20, 78, 123, 201, 212-213, 347-348, 364, 378, 449, 540, 546.

Injonction, 181 à 185, 248, 264, 552.

Intention de nuire, 336, 338, 400.

J

Justice (service public de la justice), 10, 13, 112, 128, 167, 171, 286, 340, 358.

L

Lacunes du droit, 12, 281.

Liberté individuelle, 10, 90, 455.

Lois (fait des lois), 40, 136, 138, 144, 207-208, 218, 292, 397, 462, 466-467, 469-470, 556.

M

Maire, 163, 165 à 169, 188, 198, 219-220, 347, 352-353, 418, 449, 478, 546.

Mauvaise foi, 88, 158, 336-337.

Mesure d'ordre intérieur, 272, 310 à 313, 327, 473, 555.

Moyens dont dispose le service, 350, 374, 424.

N

Nemo auditur, 445, 448, 525-526, 528.

O

Obligation d'information, 245, 301, 332, 428.

Obligation in solidum, 509, 533 à 538, 542 à 544.

Obligation de moyens, 205-206, 301, 341, 374 à 384, 553.

Obligation de résultat, 202, 206, 230, 341, 374 à 384, 424, 513-514, 553.

Obligation de sécurité, 92, 115, 119 à 121, 497.

Organicisme, 154-155, 238.

P

Participants au travail public, 69, 101, 291-292.

Personnes morales, 1 à 3, 67-68, 88, 98, 152 à 156, 175-176, 194, 238, 335, 339, 342, 440.

Perte de chance, 242 à 245, 306, 333, 427, 431-432, 512.

Police, 12, 37-38, 45, 50, 61, 71, 78, 92-93, 119, 122, 188, 195, 201-202, 213, 219, 227, 260, 264-265, 291, 330-331, 351-352, 356, 362, 365-366, 368, 379 à 381, 384, 391, 394, 449, 488, 497, 506, 530, 540-541, 546.

Postes et télécommunications, 415, 418, 422.

Préjudice

- moral, 192, 194, 197, 244-245, 258 à 262, 304, 308, 311, 413, 415, 426 à 430, 441-442, 555.

- spécial, 244, 454, 459, 463, 471, 476.

Présomption

- de causalité, 510 à 515, 227, 332, 547.

- de faute, 140-141, 191, 201, 232-233, 321, 382-383, 390, 402-403, 455, 491-492, 510, 513-514, 522, 554.

- de responsabilité, 287.

Prévisibilité, 293, 327, 330 à 333, 348, 354, 397, 414, 507.

Principe de précaution, 121, 181, 186 à 190, 331.

Promesse, 5, 14, 70, 94, 99, 116-117, 137, 178, 216, 224, 226, 267, 324, 338, 342, 394, 396, 549, 552.

Proportionnalité, 123, 178, 400, 420, 555.

R

Régime législatif, 5, 50, 53, 57, 76, 115, 224 à 233, 239, 243, 252, 255, 260, 276, 278, 296, 318, 455, 503, 506, 514, 526.

Réparation en nature, 47, 191 à 193, 246 à 251, 263, 307, 411, 432.

Responsabilité contractuelle, 21, 91, 102, 107, 121, 124, 145, 169, 178, 184, 205 à 207, 248, 251, 288, 293, 308, 316 à 321, 337, 376-377, 382, 410, 423, 434, 482-483, 494, 508, 519, 530- à 532, 541-542, 552.

Responsabilité-prix, 143, 210 à 217, 223 à 239, 416.

Risque-créé, 69, 226, 496.

Risque social, 5, 30, 80 à 84, 90, 128-129, 138, 265, 390, 549.

S

Sécurité juridique, 121-122, 124, 181, 184, 286, 299-300, 335, 359, 391, 398, 555.

Servitude d'urbanisme, 416, 418 à 424, 460.

Situation de la victime, 276, 286 à 296, 392, 426, 527.

Solidarité, 5-6, 83, 86, 98, 118-119, 125 à 131, 134, 145, 147, 225-226, 231, 239, 250, 274, 277-278, 457, 495, 533, 536, 542, 550-551.

Souveraineté, 20, 31 à 46, 49 à 52, 63, 69 à 76, 92, 97-98, 125, 147, 297, 300, 356, 359, 468.

Subrogation, 229, 253 à 257, 413, 449, 539, 543.

Substitution de responsabilité, 330, 539, 542.

T

Théorie de l'erreur, 367 à 369, 375, 424, 556.

Traité international ou convention, 40-41, 73, 90, 207, 234, 463, 466, 468.

Troubles dans les conditions d'existence, 198-199, 259-260, 427-428, 430, 438, 446.

U

Urgence, 113, 185, 226, 249, 346-347, 353, 364-365, 372-373, 378.

V

Véhicule, 141, 160, 165, 167, 170, 226, 240, 319, 329, 506, 508, 514, 534.

Voie de fait, 22, 55, 91, 136, 240, 554.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE	
LES FONCTIONS DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF	25
TITRE I	
LES FONCTIONS POLITIQUES DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF	
CHAPITRE 1	
LA FONCTION DE LEGITIMATION DE L'ACTIVITE PUBLIQUE	31
Section 1	
La négation originare de sa responsabilité par la puissance publique	31
§1 Le dogme de la souveraineté	32
A) L'irresponsabilité à raison de la personne du souverain	33
1) L'argument archaïque de la divinisation du souverain.	33
2) L'argument de la supériorité temporelle du souverain	34
B) L'irresponsabilité à raison des actes du souverain	36
1) La distinction des actes de gestion et des actes d'autorité.	37
2) La distinction des actes de l'administration et des actes de gouvernement.	39
§2 La récurrence des secours, confirmation ou atténuation des doctrines de souveraineté ?	46
A) La notion de secours comme corollaire des doctrines de souveraineté	46
1) Les conséquences dommageables des guerres	47
2) Les dépossessions de terrains privés	48
B) La réelle valeur des secours comme atténuation du dogme de la souveraineté	49
1) L'existence de la responsabilité administrative à l'époque impérialiste	49
2) Les raisons pragmatiques de la référence au secours non obligatoire	51
Section 2	
L'acceptation de sa responsabilité par la puissance publique	52
§1 L'adhésion progressive de la puissance publique à l'idée de sa responsabilité	52

A) L'adhésion sous l'influence des régimes législatifs de responsabilité publique	53
1) La règle de l'Etat débiteur consacrant la nécessaire apparition des textes	53
2) Des textes précurseurs d'une reconnaissance de responsabilité.	56
B) L'adhésion sous l'influence de la jurisprudence et de la doctrine	59
1) Les percées jurisprudentielles	59
2) Les constructions doctrinales	63
§2 L'inopposabilité de la souveraineté comme frein à la responsabilité	69
A) L'inexistence de la souveraineté de l'Etat	70
1) L'Etat serviteur de la Nation	70
2) Le peuple seul souverain	72
B) L'existence d'un principe au-dessus du droit positif expliquant la société et la responsabilité	75
1) Un principe de conservation	75
2) Un principe d'évolution	78
CHAPITRE 2	
LA FONCTION D'ASSURANCE SOUSCRITE CONTRE LE RISQUE SOCIAL	81
Section 1	
Le contrat social source de la responsabilité administrative	83
§1 L'existence du contrat social d'assurance contre le risque	84
A) Une assurance contre le risque social de l'état naturel	84
1) La préexistence de la société humaine	85
2) La formalisation de la société étatique	87
B) Les traductions immédiates des fonctions naturelles du contrat social quant aux droits des victimes et de l'Etat	89
1) Les traductions pour les victimes de dommages du principe fonctionnel d'assurance contre le risque social	90
2) Les traductions du principe fonctionnel d'assurance pour la puissance publique responsable	92
§2 Conséquences du principe assurantiel contractuel sur les situations des victimes	94
A) Du consentement des administrés-citoyens	95
B) De la situation des victimes de l'administration par rapport au service public	98
1) Les usagers	99
2) Les agents	107
3) Les tiers	116

Section 2

Les obligations résultant du contrat social en matière de responsabilité	117
§1 Les obligations positives du contrat social en matière de responsabilité	118
A) Une obligation de sécurité pesant sur la puissance publique	119
1) La responsabilité garantie de la sécurité des personnes et des biens.	119
2) La responsabilité garantie de la sécurité juridique	121
B) Une obligation de solidarité pesant sur les individus	125
1) L'existence de l'obligation de solidarité	126
2) Le principe de solidarité comme fondement indirect de l'indemnisation	127
3) Le principe de solidarité comme fondement direct de l'indemnisation	129
§ 2 Les principes interprétatifs du contrat social assurant le respect des obligations	132
A) L'équité	132
1) La place de l'équité parmi les fondements de la responsabilité administrative	132
2) Les applications de l'équité dans la responsabilité administrative	136
B) L'égalité	142
1) L'égalité devant les charges publiques, fondement de la responsabilité publique	142
2) L'égalité en droit, fondement commun des responsabilités publique et privée	144

TITRE 2**LES FONCTIONS JURIDIQUES DE LA RESPONSABILITE EN DROIT****ADMINISTRATIF** 149

CHAPITRE 1

LA FONCTION SANCTIONNATRICE-PREVENTIVE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF 151

Section 1

L'existence d'une responsabilité-sanction en droit administratif	152
§1 Le problème de la personnalité morale écran	153
A) De la sanction des personnes morales	153
1) Réalité ou fiction des personnes morales ?	154
2) De la réceptivité des personnes morales publiques à la sanction	156
B) De la sanction des individus auteurs des dommages	158

1) L'irresponsabilité de fait des fonctionnaires	159
2) L'aléatoire responsabilité-sanction des agents au stade récursoire	163
3) Des réformes tendant à assurer la discipline effective des comportements des agents	167
§2 Justifications de la responsabilité-sanction en droit administratif	172
A) Une fonction justifiée au regard des inconvénients d'autres formes de responsabilité	173
B) Une fonction logique dans le droit de la responsabilité civile administrative	176
Section 2	
L'efficacité préventive de la responsabilité-sanction en droit administratif	180
§1 La fonction de neutralisation des faits dommageables	180
A) Les mesures tendant à supprimer la cause du dommage	181
1) Un pouvoir d'injonction en devenir en droit administratif	181
2) Les réelles potentialités préventives du principe de précaution	186
B) Les mesures tendant à effacer les conséquences des faits dommageables	191
1) La reconstitution de carrière du fonctionnaire	192
2) L'effacement du préjudice par le rétablissement de l'honneur de la victime	193
§2 La fonction de dissuasion des faits dommageables	195
A) La fonction de dissuasion dans la responsabilité pour faute	196
1) La condamnation pécuniaire à la mesure de la faute	196
2) La faute en raison de ses conséquences	200
B) La fonction de dissuasion dans la responsabilité sans faute du responsable	202
1) Le sentiment de responsabilité dépassant le domaine de la faute reconnue judiciairement	203
2) Le dépassement de la faute subjective par le droit contractuel	205
CHAPITRE 2	
LA FONCTION INDEMNISATRICE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF	209
Section 1	
La prépondérance de la responsabilité-assurance en droit administratif	210
§1 Réfutation de la théorie de la responsabilité-prix en droit administratif	211
A) Hypothèses supposées de responsabilité-prix	212
1) La responsabilité découlant des activités matérielles tenues pour régulières	212
2) La responsabilité découlant des mesures administratives régulières	215

B) La prétendue valeur de la responsabilité-prix	219
1) La responsabilité-prix « expropriation »	220
2) La responsabilité-prix-sanction	222
§2 L'étendue variable de la responsabilité-assurance	224
A) Hypothèses de responsabilité-assurance pure garantie	225
1) Les régimes législatifs de responsabilité-assurance pure garantie	226
2) Les régimes jurisprudentiels de responsabilité-assurance pure garantie	230
B) Hypothèses de responsabilité-assurance dilutive de responsabilité	231
1) Les régimes législatifs de responsabilité-assurance dilutive de responsabilité	232
2) Les régimes jurisprudentiels de responsabilité-assurance dilutive de responsabilité	234
Section 2	
L'efficacité de la fonction indemnitrice de la responsabilité en droit administratif	240
§1 Le caractère satisfaisant de la réparation	241
A) Le principe de la réparation intégrale	241
1) Un principe naturel	241
2) Un principe d'application délicate	243
B) Les modalités satisfaisantes de la réparation	246
1) Le principe de la réparation en nature	246
2) Les commodités de la réparation en argent	249
§2 Les avantages de la progression des systèmes d'indemnisation	251
A) Le principe de l'intervention des tiers payeurs en droit administratif	252
1) L'intervention indemnitrice du débiteur primaire	252
2) La préservation de la fonction sanctionnatrice par l'action subrogatoire des tiers payeurs	254
B) Les éclaircissements induits sur la typologie des dommages	256
1) La nécessaire adoption d'une typologie nuancée	257
2) Le problème de la réparation du préjudice moral en droit administratif	259

DEUXIEME PARTIE :

LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ADMINISTRATIF	269
TITRE 1	
LA NECESSAIRE VIOLATION DU DROIT DU CONTRAT SOCIAL	271
CHAPITRE 1	
LA NECESSAIRE LESION DU DROIT SUBJECTIF	274
Section 1	
La détermination des droits subjectifs	275
§ 1 Le pluralisme des sources du droit subjectif	276
A) Le consentement du peuple à travers la loi	277
1) Les lois comme expression de la volonté propre du peuple	277
2) Les lois réceptionnant les accords internationaux	279
B) Le consentement du peuple à travers la jurisprudence	280
1) Le pouvoir normatif des juges	281
2) La jurisprudence expression de la volonté populaire en matière de responsabilité	283
§ 2 L'influence de la situation de la victime dans la détermination de son droit subjectif à réparation	286
A) L'explication traditionnelle par l'équilibre entre charges et avantages	287
B) L'explication par le lien subjectif avec la puissance publique	292
Section 2	
L'intérêt d'une référence aux droits subjectifs	297
§ 1 Le droit subjectif lésé comme condition de la responsabilité	298
A) L'administration gérante des droits subjectifs	298
B) La lésion du droit subjectif comme condition nécessaire de la responsabilité	302
§ 2 Conséquences sur les règles relatives à l'action en responsabilité	309
A) Les perspectives d'élargissement de la recevabilité des actions en responsabilité	309
1) Le déclin des actes insusceptibles de recours par le concept de droit subjectif lésé	309
2) Le rapprochement de l'excès de pouvoir et du contentieux contractuel	313

B) L'inadaptation de la distinction entre responsabilité contractuelle et extra-contractuelle	316
1) Le débat conceptuel initié par les privatistes	316
2) L'autonomie du problème en droit administratif	319
CHAPITRE 2	
LA NECESSAIRE VIOLATION DE LA NORME OBJECTIVE	323
Section 1	
La violation réprochée de la norme	324
§1 L'obligation de garantir le bon fonctionnement des services publics	325
A) Les critères d'identification de la « norme d'administrativité »	326
1) La référence aux circulaires	327
2) La référence aux buts du service public	329
3) La référence à la prévisibilité des dommages	330
B) La qualification culpabilisante de la violation de la norme par la faute de service	334
1) Le caractère anonyme de la faute	334
2) Le caractère objectif de la faute	335
3) Le caractère relatif de la faute	342
§ 2 L'obligation atténuée par les circonstances	342
A) L'appréciation circonstanciée de la faute de service	343
1) L'énoncé de la méthode d'appréciation de la faute en droit administratif	344
2) La prise en compte des circonstances dans la jurisprudence	346
B) La faillite des anciennes justifications de la faute qualifiée au profit du seul critère de la difficulté particulière	355
1) Le caractère régalién de l'activité	356
2) L'importance sociale du service	362
3) Le caractère bénévole de l'activité	363
§3 La distinction de l'erreur non fautive et de la faute en fonction de l'intensité de l'obligation	366
A) Le remplacement de la gradation de la faute par la théorie de l'erreur	367
1) La théorie de l'erreur contenue dans la théorie de la gradation de la faute de service	367
2) La tolérance d'une marge de dysfonctionnement par la théorie de l'erreur appréciée en référence à la normalité	369

B) L'intérêt d'une référence à la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat	376
1) Intérêt de la référence à la distinction pour préserver la fonction signalétique de la faute	377
2) Une distinction à améliorer en droit administratif	382
Section 2	
La violation tolérée de la norme objective	385
§ 1 La responsabilité pour risque	386
A) Le risque masque de la faute	387
B) Le risque masque de l'inégalité devant les charges publiques	392
§ 2 L'usage abusif d'un droit	395
A) Les applications de la notion d'abus de droit en droit administratif	395
B) Le caractère illicite et fautif de l'abus de droit	398

TITRE 2

LE PREJUDICE REPARABLE LIMITE PAR LES CONTRAINTES DU CONTRAT

SOCIAL 405

CHAPITRE 1

LES LIMITES IMPOSEES PAR LES SERVITUDES SOCIALES 407

Section 1

Le caractère effectivement réparable du préjudice 408

§1 Les limitations au caractère effectivement réparable du préjudice imposées par les textes 409

A) Les règles textuelles générales limitatives de réparabilité 410

1) Les prescriptions des créances de responsabilité 410

2) Les forfaits et plafonnements d'indemnisation 412

B) Les règles textuelles particulières de limitation de réparabilité 415

1) Les servitudes administratives légales 415

2) Les défaillances des services postaux et téléphoniques 422

§2 Les limitations générales à la réparabilité effective des préjudices maîtrisées par le juge 425

A) Le caractère certain et effectif du préjudice 425

1) Le caractère certain du préjudice 425

2) Le caractère effectif du préjudice 431

B) Le caractère direct et personnel du préjudice	434
1) Justification de l'autonomie de cette exigence cumulative par rapport au problème général de l'imputabilité	435
2) Le caractère direct du préjudice	436
3) Le caractère personnel du préjudice	440
C) L'absence d'autonomie de la question de l'intérêt légitime de la victime par rapport aux autres conditions de réparabilité du dommage	444
Section 2	
Essai de synthèse sur le seuil du dommage réparable autour de la théorie du préjudice anormal	452
§1 La condition de spécialité, élément du dommage anormal du côté de sa source	453
A) La généralisation de la condition de spécialité du dommage dans la responsabilité administrative	453
1) La condition de spécialité dans la « responsabilité objective » de l'administration	454
2) La condition de spécialité intrinsèque à la responsabilité pour faute	456
B) L'appréciation de la condition de spécialité	459
1) Les servitudes publiques toujours insuffisamment spéciales et anormales	459
2) Le seuil empirique de la spécialité du préjudice anormal	461
§2 La condition de gravité et le dommage anormal	470
A) La place de la condition de gravité dans la responsabilité administrative	471
1) La condition de gravité, élément de la spécialité	471
2) La condition de gravité, élément de l'anormalité	473
B) L'appréciation de la gravité du préjudice	475
1) La gravité du préjudice déterminée in concreto par les circonstances de l'espèce	475
2) La gravité du préjudice déterminée in abstracto par sa nature	479
CHAPITRE 2	
L'IMPUTABILITE LIMITEE PAR LA NOTION MEME DE RESPONSABILITE	481
Section 1	
L'utilisation de la causalité à des fins indemnitrices	483
§1 La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif	484
A) La responsabilité en droit administratif, une responsabilité engagée par le fait d'autrui	485

1) Une responsabilité du fait d'autrui volontairement transférée sur la puissance publique	485
2) Une conception rendue fragile par l'extension de la responsabilité du fait des tiers	488
B) La responsabilité en droit administratif, une responsabilité pour faute personnelle de l'administration	493
1) La responsabilité sans faute de service, responsabilité directe de la puissance publique	493
2) La faute personnelle de la puissance publique, cause incontestable du dommage réparé par le droit administratif	495
§2 L'impact limité des causes exonératoires de responsabilité en droit administratif	499
A) Les effets limités des causes exonératoires de responsabilité en droit administratif	500
1) La consécration de la causalité partielle	500
2) Le déclin des causes exonératoires de responsabilité en droit administratif	503
B) Les présomptions de causalité rendant l'exonération plus difficile	510
1) Les présomptions de causalité impliquées par le mécanisme de la présomption de faute	510
2) Les présomptions de causalité accordées dans le cadre des régimes de responsabilité sans faute du service	514
Section 2	
L'utilisation de la causalité à des fins distributives	516
§1 La responsabilité de la victime	517
A) La sévère appréciation du juge administratif	518
1) Fréquence et intensité de l'exonération par le fait de la victime	518
2) L'appréciation in abstracto du fait de la victime	520
B) Les fondements de la responsabilité de la victime	524
1) L'acte illicite de la victime	524
2) L'acceptation des risques par la victime	528
§2 La contribution des tiers à la dette	531
A) Le rejet de principe un peu hâtif de la condamnation solidaire des coresponsables	533
1) Les justifications du rejet	533
2) Pour une réforme des solutions jurisprudentielles	535

B) Le partage de la dette entre les acteurs de la responsabilité	538
1) Le choix des personnes contribuant définitivement à la dette	539
2) L'appréciation des parts respectives de contribution à la dette	542
CONCLUSION GENERALE	551
BIBLIOGRAPHIE	557
INDEX ALPHABETIQUE	577

La générosité du système français de responsabilité publique s'est réalisée au détriment d'une certaine logique théorique d'ensemble. Pourtant, au regard de l'historique d'un droit français devenu exemplaire pour les victimes malgré l'archaïque argument de la souveraineté, au regard aussi de la sociologie jusnaturaliste, il paraît possible de conserver à l'ensemble sa cohérence. L'avènement du principe général de responsabilité de l'administration a été en France le fruit d'une volonté positive de la part des juges et de l'administration elle-même, sous la pression directe du peuple et de l'impérieuse nécessité de maintenir et développer les services publics.

L'idée finale du concept de responsabilité publique et la justification d'un droit spécial pour l'engager se résumant donc ainsi : la puissance publique est responsable pour non-respect des promesses faites dans le contrat social imposant la contrepartie de l'indemnisation à l'accroissement des risques liés au développement de la vie collective et des interventions publiques. Ainsi apparaissent les fonctions politiques de la responsabilité de l'administration : légitimer l'action de l'Etat-providence et gérer une vaste assurance contre le risque social.

Ce qui fonde la responsabilité est la nécessité de la sécurité et de la solidarité, mise en œuvre par le droit à l'égalité et à l'équité tel que stipulé dans le contrat social. Dès lors, les fonctions juridiques de cette responsabilité doivent être la responsabilité-sanction et la responsabilité-assurance. Les conditions de la responsabilité seraient alors toujours la réalisation d'un fait personnel fautif de la puissance publique, et les limites de celle-ci seraient la nécessaire lésion des droits subjectifs déterminée en référence aux servitudes préjudiciables qu'il n'est pas anormal de subir en société.

The generosity of the French system of public responsibility has taken place to the detriment of some overall theoretical logic.

However, considering the historical development of French law which has become a model in terms of protecting victims—despite the archaic argument of sovereignty; considering also natural law from a social point of view, it seems possible to keep the consistency of the whole system.

The coming into place of the general principle of responsibility of public administration has been, in France, the result of a will from judges and the administration itself, under direct pressure from the people and the vital need to maintain and develop public services.

Thus, the ultimate idea behind the concept of public responsibility as well as the justification for a special law to determine where public administration may be held liable lies as follows: public power is responsible for not keeping the promises made in the social contract imposing compensation for the increasing hazards inherent to the development of life in society and to public interventions. So, the responsibility of public administration entails political functions. Namely, to legitimate the action of the welfare state and to largely insure citizens against social hazards. This responsibility is based upon the need for security and for the solidarity implemented by the right to equality and fairness as stated in the social contract.

Consequently, the legal functions of this responsibility have to be the punitive responsibility and the insuring responsibility. The terms and conditions of such responsibility would still be the commitment of a wrong by public power, and its limits would be the necessary infringement of rights determined with reference to the prejudicial constraints that one may undergo when living in society.

