



2023-2024 / 20^e édition

Droit administratif

Serge Velley



Vuibert

DROIT ADMINISTRATIF

VUIBERT DROIT

Collection dirigée par Frédéric Debove

Directeur de l'Institut de droit et d'économie de l'université Panthéon-Assas
Ancien membre du Conseil national des universités

DROIT ADMINISTRATIF

20^e édition

Serge Velley

Maître de conférences
à l'université Paris Nanterre

Vuibert

Composition de couverture : Nathalie Dudek
Composition intérieure : Le Vent se lève...

ISBN 978-2-311-41161-4

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Le photocopillage, c'est l'usage abusif et collectif de la photocopie sans autorisation des auteurs et des éditeurs. Largement répandu dans les établissements d'enseignement, le photocopillage menace l'avenir du livre, car il met en danger son équilibre économique. Il prive les auteurs d'une juste rémunération. En dehors de l'usage privé du copiste, toute reproduction totale ou partielle de cet ouvrage est interdite.

Des photocopies payantes peuvent être réalisées avec l'accord de l'éditeur.

S'adresser au Centre français d'exploitation du droit de copie :

20, rue des Grands-Augustins, F-75006 Paris. Tél. : 01 44 07 47 70

© Magnard-Vuibert – août 2023 – 5, allée de la 2^e DB, 75015 Paris
Site internet : www.vuibert.fr

Sommaire

L'INTÉGRALITÉ DU COURS

Introduction.....	9
-------------------	---

TITRE 1 ORGANISATION

Chapitre 1. Séparation des autorités administratives et judiciaires	15
Chapitre 2. Séparation de la justice administrative et de l'administration active.....	29
Chapitre 3. Décentralisation	63

TITRE 2 MISSIONS

Chapitre 1. Les fins	93
Chapitre 2. Les moyens.....	155

TITRE 3 OBLIGATIONS

Chapitre 1. Légalité	193
Chapitre 2. Responsabilité.....	249
Conclusion générale	303
Éléments de bibliographie	305

QUESTIONNAIRE À CHOIX MULTIPLE

CONSEILS MÉTHODOLOGIQUES ET SUJETS CORRIGÉS

Conseils méthodologiques.....	329
Sujets corrigés	341
Index.....	349
Liste des principaux sigles utilisés.....	353
Table des matières	355



L'intégralité du cours

Introduction

(1) L'État de droit

« Vous devez donc savoir, expose Machiavel, qu'il y a deux manières de combattre : l'une par les lois, l'autre par la force. La première est le propre de l'homme, la seconde des bêtes. Mais comme souvent, la première ne suffit pas, il faut recourir à la seconde : de ce fait, il est nécessaire à un prince de bien savoir user de la bête et de l'homme. »¹.

Il y a malheureusement des pays où les gouvernants semblent ne savoir « user » que de la bête. Le pouvoir y est comme un félin qui s'acharne sur sa proie, et les règles qui s'appliquent – car tout État, même le plus tyrannique, ne peut se passer du procédé juridique, de la règle de droit² – y sont iniques. Les gouvernés peuvent être emprisonnés sans raison, et tués en toute impunité³. Il est des pays, en revanche, où l'État doit respecter un droit présentant certaines qualités : démocratiquement élaboré et protecteur de certaines libertés considérées comme fondamentales. Ces États sont ceux que l'on nomme communément des **États de droit**.

En France, l'État de droit s'exprime par le **principe de constitutionnalité** qui, depuis la création du Conseil constitutionnel, subordonne effectivement le législateur à la Constitution, et par le **principe de légalité**, plus ancien, qui soumet l'administration à la « loi » *largo sensu*.

(2) État de droit et droit administratif

Dans les pays anglo-saxons, l'État ne rencontra guère de rivaux et le principe de légalité put s'exprimer par la soumission de l'administration au droit commun, applicable aux particuliers. Le contentieux né de l'action administrative fut en conséquence renvoyé devant le juge judiciaire, ou devant des juges spécialisés, mais intégrés dans l'ordre judiciaire.

1. *Le Prince*, chap. 18. Paris, PUF, 2000, coll. « Fondements de la politique », pp. 149-150.

2. « L'État, affirme le grand juriste allemand G. Jellinek, ne se trouve pas tellement au-dessus du droit qu'il puisse s'affranchir du droit lui-même » (*L'État moderne et son droit*, Paris, trad. fr., 1913, t. 2, p. 130). En ce sens, tout État est un État de droit, dès lors qu'il ne peut agir qu'en utilisant la technique juridique. Ce n'est pas là toutefois l'acception commune de l'expression, ni celle que nous retiendrons.

3. « Il n'y a point de plus cruelle tyrannie, relevait déjà Montesquieu, que celle que l'on exerce à l'ombre des lois et avec les couleurs de la justice » (*Considérations sur la grandeur des Romains et de leur décadence*, 1734, chap. 14, rééd. Garnier-Flammarion, Paris, 1968, p. 111).

En France, l'État ne triompha que lentement de ses ennemis. Il dut pour cela être placé fort au-dessus des particuliers, et la Révolution de 1789 imposa un principe de légalité qui sanctionnait un compromis déjà mis en œuvre sous l'Ancien Régime. La puissance publique n'acceptait de se soumettre qu'à un **droit spécial, inégalitaire** – le droit administratif – lui conférant des prérogatives justifiées par sa **mission d'intérêt général**. Un droit spécifique, donc, mais non point exorbitant ou dérogatoire, dès lors que ces deux notions ne peuvent se concevoir qu'en rapport avec un droit – le droit civil – perçu comme le seul « véritable » droit.

Un droit de privilèges, donc, appliqué – autre privilège – par un juge administratif indépendant de l'ordre judiciaire, et mieux à même de concilier les intérêts privés et l'intérêt général du fait de sa proximité avec l'administration. Le droit administratif est au demeurant traditionnellement qualifié de « **prétorien** », en raison du rôle longtemps déterminant joué par le Conseil d'État dans sa construction et sa diffusion. Une participation largement relayée par la **doctrine** publiciste, entendue comme l'ensemble des professionnels du droit qui, par leurs écrits (ouvrages, articles, notes ou commentaires), s'efforcent de structurer, de théoriser et d'expliquer la matière.

Les progrès de l'État de droit et l'influence des juges européens – Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne – ont cependant conduit à l'apparition d'un nouvel équilibre, plus favorable aux administrés. En témoignent, par exemple, la consécration récente d'un nouveau principe général du droit relatif à la **sécurité juridique**, ou la possibilité pour le juge administratif de moduler les effets d'une annulation contentieuse ; la création de **référés administratifs**, ou la réduction substantielle des hypothèses où la responsabilité de l'administration ne peut être engagée que sur le terrain de la faute lourde.

L'existence d'un droit et d'un juge administratif n'est donc plus perçue comme un frein à l'établissement de l'État de droit : c'est désormais le modèle majoritaire dans l'Union européenne, adopté dans la mesure où il semble contribuer à une meilleure protection des libertés.

(3) **Droit administratif et droit de l'administration**

Le droit administratif français fut élaboré au XIX^e siècle dans le cadre d'un État peu interventionniste, classiquement qualifié d'**État-gendarme**. C'est alors le droit spécial et autonome qui régit l'**ensemble** des activités administratives et des relations que l'administration et les administrés sont susceptibles d'entretenir.

Après la Première Guerre mondiale, l'association de l'économie de marché et de l'interventionnisme de la puissance publique dans la version française de l'**État-providence**, induit cependant un **phénomène de privatisation** appelé à bouleverser la structure et les méthodes de l'administration. Privatisation du mode de gestion du service public (SP) avec l'apparition, en 1921, de services publics industriels et commerciaux (SPIC) soumis, sauf exception, au droit

privé ; privatisation du gestionnaire avec la généralisation, en 1938, de la faculté accordée à une personne privée de gérer un service public et de prendre, dans certaines circonstances, des décisions administratives unilatérales, ou de se voir conférer des prérogatives de puissance publique.

Ce phénomène de privatisation remet en cause le **critère organique**, selon lequel serait administrative toute décision unilatérale prise ou tout contrat passé par une autorité administrative¹, et médiatise ainsi le lien existant entre le droit administratif et l'activité administrative. Les services publics privatisés sont en effet soumis, sauf exception, au droit privé et au juge judiciaire ; c'est là leur principale raison d'être. Dès lors, **le droit administratif ne se confond plus avec le droit d'une administration largement réglée par le droit privé** ; il n'est plus le droit de l'ensemble des activités administratives, mais seulement de celles qui demeurent soustraites à l'application du droit privé.

Le droit administratif peut donc être défini comme **le droit spécial qui s'applique à la partie des activités administratives que l'État ne peut ou ne veut pas soumettre au droit privé**.

(4) **Droit administratif et droit de la concurrence**

La crise de l'État-providence, la mondialisation du système capitaliste et la construction européenne ont provoqué, à partir des années 1980, une nouvelle transformation du système administratif français, marquée par le désengagement (apparent ? provisoire ?) de l'État, et par l'intégration d'un droit de la concurrence, magnifié par l'Union européenne, dans la légalité administrative².

Évolution ou révolution ? Pour certains, le résultat ne semblait guère faire de doute : la disparition du monopole accordé aux grands SPIC (La Poste, France Télécom, EDF) et la privatisation de leur statut annonçaient la fin du droit administratif, banalisé et normalisé par l'irruption brutale du droit de la concurrence dans les méthodes de gestion de l'administration. Pour d'autres, en revanche, cette confrontation ne constituerait qu'une étape dans la longue histoire d'un droit caractérisé par ses remarquables facultés d'adaptation. Ainsi, plus qu'à un effacement, c'est à une symbiose que l'on assisterait, avec l'apparition d'un droit public de la concurrence conciliant, selon des techniques propres au juge administratif, le principe de concurrence avec divers impératifs d'intérêt général relatifs à la protection des consommateurs, du domaine public ou à certaines considérations d'ordre social.

Un droit administratif, certes en pleine évolution, qui n'en continue pas moins de régler l'organisation (titre 1), les missions (titre 2) et les obligations (titre 3) de l'administration française.

1. Une autorité administrative ne prend pas nécessairement des actes administratifs et, inversement, tout acte administratif ne sera pas nécessairement pris par une autorité administrative. Cf. *infra* §§ 47 et s., 162, 184 et 187-188 sur les limites du critère organique.

2. CE ass. 3 novembre 1997, soc. Million et Marais, RFDA 1997.1228, concl. J.-H. Stahl ; CE 26 mars 1999, soc. EDA, AJDA 1999.427, concl. J.-H. Stahl et note M. Bazex.

Titre 1

Organisation

(5) L'administration

En latin, *administrare* signifie « servir ». L'administration apparaît donc comme l'ensemble des services qui servent le Prince, puis le pouvoir exécutif après la consécration du principe de séparation des pouvoirs par la Révolution. Ainsi, selon l'article 20 de la Constitution du 4 octobre 1958 (art. 20C), « le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation » et il « dispose » pour ce faire « de l'administration et de la force armée ». Le verbe utilisé est extrêmement fort : il exprime l'entière subordination de l'administration civile et militaire au gouvernement.

Le terme « administration » n'est cependant pas univoque. Il peut désigner le service, l'organe qui administre : c'est l'**approche organique** du phénomène administratif, l'Administration avec un grand A, c'est-à-dire l'ensemble des personnes morales de droit public et de droit privé qui administrent. Une personne morale, selon le dictionnaire Le Robert, est un « groupement ou établissement titulaire d'un patrimoine collectif et d'une certaine capacité juridique, mais n'ayant pas d'existence corporelle », à la différence des personnes physiques que sont les individus. Il existe des personnes morales de droit public (État, régions, départements, communes, établissements publics) et des personnes morales de droit privé (sociétés, associations). À la suite du phénomène de privatisation évoqué dans l'introduction (§ 3), l'administration associe désormais ces deux catégories de personnes morales dans la gestion des services publics.

Mais l'administration, ce peut être aussi l'action d'administrer. C'est là l'**approche fonctionnelle**, qui s'intéresse à l'activité de l'administration et non plus à ceux qui l'exercent. Certaines missions – justice, police, défense, instruction, protection sociale – peuvent être caractérisées par une finalité particulière : la **satisfaction de l'intérêt général**. Elles seront alors considérées comme administratives, ladite satisfaction pouvant au demeurant être confiée à des personnes morales de droit public ou de droit privé.

(6) Ses principes

Trois grands principes structurent l'administration française :

1. Le premier, solennellement consacré au début de la Révolution, s'impose sans retard ni faiblesse et conduit à l'apparition de la notion moderne d'administration. C'est le **principe de séparation des autorités administratives et judiciaires** ;

2. Le deuxième, initié sous le Consulat et le premier Empire, ne produira que lentement ses effets, avec le développement longtemps hésitant d'une justice administrative. C'est le **principe de séparation de la justice administrative et de l'administration active** ;

3. Le troisième, fort récent puisque consacré par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, amende l'effort de centralisation pluriséculaire de la monarchie d'Ancien Régime, réaménagé et renforcé par la Révolution et le Consulat. C'est le **principe décentralisateur**.

Chapitre 1

Séparation des autorités administratives et judiciaires

Après l'étude du principe (I), nous aborderons les critères qui en règlent les modalités d'application (II), les exceptions (III) et, enfin, la sanction (IV).

I. Principe

I.1. L'administration judiciaire de l'Ancien Régime

(7) Confusion des pouvoirs et « administration »

L'Ancien Régime fut, jusqu'à sa disparition en 1789, un système de confusion des pouvoirs, et ce à quelque niveau que l'on se place. Le roi y exerçait des prérogatives qui furent ensuite séparées et distribuées entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Grand justicier du royaume, il faisait la loi et décidait de la paix ou de la guerre, fixait le montant des impositions et maintenait l'ordre. Ses agents – officiers de justice, de finances et intendants – exerçaient en conséquence des compétences qui seraient aujourd'hui réparties entre l'administration et la justice.

Ainsi, les multiples juridictions créées au fil des siècles, jugeaient et édictaient des règlements¹ dont elles contrôlaient l'application et réprimaient les violations. Aux côtés de ces officiers de justice ou de finances auxquels la vénalité des charges conférait une indépendance préoccupante pour l'autorité royale, le xvii^e siècle vit apparaître des intendants « de justice, police et finances », nommés et librement révoqués par le roi, qui exerçaient, comme l'indique leur titre, des fonctions qui seraient distribuées de nos jours entre l'administration, le juge administratif et le juge judiciaire. Toutefois, ils jugeaient et administraient selon des méthodes nouvelles, plus « bureaucratiques », c'est-à-dire débarrassées de tout ou partie des « formes judiciaires » qui réglaient l'activité des officiers de justice ou de finances.

Dès lors, si le mot « administration » est utilisé à cette époque, l'administration au sens moderne du terme n'existe pas. Reposant sur la confusion des pouvoirs, la monarchie absolue ne connut qu'une **administration judiciaire** mêlant fonctions administratives et judiciaires.

1. Les fameux « arrêts de règlement » prohibés par la Révolution.

I.2. Une conception nouvelle de l'administration

(8) Une administration moderne, séparée du judiciaire

L'administration moderne est une création de la Révolution, et, plus précisément, de la loi des 16 et 24 août 1790, qui pose le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. « Les fonctions judiciaires, dispose-t-elle dans l'article 13 de son titre 2, sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs. »

Les révolutionnaires devaient en effet compter avec l'opposition déclarée des cours de justice de la monarchie, accoutumées pour certaines à se présenter depuis la deuxième moitié du XVIII^e siècle comme les représentants de la nation. Une prétention et une concurrence inacceptables pour l'Assemblée constituante. L'une de ses premières mesures fut donc de décréter, le 3 novembre 1789, la « mise en vacance » des cours de justice, puis d'installer un système judiciaire radicalement nouveau, séparé de l'exécutif et soumis à une loi devenue « l'expression de la volonté générale »¹. En 1790 encore, Thouret, rapporteur du comité de constitution sur le projet d'organisation du pouvoir judiciaire, ne se faisait pas faute de rappeler à ses collègues la puissance acquise par le juge sous l'Ancien Régime : « émule de la puissance législative, il révisait, modifiait ou rejetait les lois. Rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations, en arrêtait le mouvement, et en inquiétait les agents » (rapport du 24 mars 1790).

I.3. Une conception française de la séparation des pouvoirs ?

(9) Administration, justice et justice administrative

Cette méfiance, qui s'accordait à l'idée ancienne d'une puissance publique garante de l'intérêt public et bénéficiant comme telle de certains privilèges, devait conduire à une interprétation particulièrement stricte du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, tôt conçu comme **interdisant au juge civil de régler les litiges intéressant l'administration**. Le contentieux de l'administration sera donc renvoyé en premier lieu devant l'administration – c'est la solution, guère satisfaisante, de l'**administrateur-juge** – puis devant un ordre de juridictions distinct et séparé de l'ordre judiciaire (§§ 24 et s).

Cette interprétation restrictive de la compétence judiciaire sera ensuite présentée comme l'expression d'une prétendue « conception française de la séparation des pouvoirs ». Cette notion, dépourvue de toute réalité historique², autorisera le tribunal des conflits à renvoyer devant le juge administratif le

1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, article 6.

2. Cf. sur cette question M. Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980 (2^e éd.).

contentieux de la puissance publique résultant d'une faute de service¹, avant d'être consacrée un siècle plus tard comme l'assise constitutionnelle de la compétence conférée au juge administratif.

Dans sa décision en date du 23 janvier 1987, le Conseil constitutionnel, s'il admet que les dispositions révolutionnaires posant le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires « n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle », estime en effet que « la conception française de la séparation des pouvoirs » n'en a pas moins donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR)², réservant au juge administratif « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »³.

II. Modalités d'application

L'application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires suppose l'existence d'un ou de plusieurs critères de répartition des compétences entre le juge judiciaire et l'administration, concernant le traitement du contentieux administratif. En un peu plus de deux siècles, cette frontière a connu nombre de modifications, au gré des interventions du législateur et du juge.

II.1. Le critère perdu du service public

(10) L'arrêt Blanco (TC 8 février 1873)

Pour nous en tenir au droit administratif classique développé sous la Troisième République, un célèbre arrêt du **tribunal des conflits du 8 février 1873, sieur Blanco**, imposera le **service public** comme le critère unique de l'application du droit administratif et de la compétence du juge administratif. C'est cependant dans les conclusions du commissaire du gouvernement David, bien plus que dans la décision elle-même, que se trouve formulée l'idée selon laquelle les juges judiciaires seraient « radicalement incompétents pour connaître de toutes les demandes formées contre l'administration à raison des services publics ». Dès lors, « toutes les réclamations formées contre l'État à raison des services publics » entraient « dans le domaine naturel de la compétence administrative ».

L'arrêt Blanco fut présenté par la doctrine comme établissant une identité presque parfaite entre **activité de service public**, **gestion par une personne publique**, **application du droit administratif** et **compétence du juge administratif** pour régler les litiges issus de l'activité de ces services. Ce

1. TC 30 juillet 1873, Pelletier, concl. David, R. 1^{er} suppl. 117. Cf. *infra* § 268.

2. Principes dotés d'une valeur constitutionnelle depuis la célèbre décision du Conseil constitutionnel 71-44 DC du 16 juillet 1971, liberté d'association, R. 29.

3. Décision 86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, R. 8.

triptyque devait faire de la notion de service public la « pierre angulaire » du droit administratif¹.

(11) La « crise » du service public

Il est souvent fait allusion à la crise du service public. L'expression appelle deux commentaires, relatifs à l'idée même de crise et à son objet. Peut-on en effet parler de « crise » pour désigner un phénomène qui perdure depuis plus d'un siècle et qui remet en cause une solution – celle de l'arrêt Blanco – mise en œuvre pendant moins de cinquante ans (1873-1921)? C'est, nous semble-t-il, bien plus d'une évolution que d'une crise dont il est question. De surcroît, cette « crise » du service public comme critère unique d'application du droit administratif et de compétence du juge administratif résulte directement de la multiplication des SP, suscitée par la mise en place de l'État-providence, et de la privatisation d'une bonne partie de l'action de la puissance publique que celle-ci induit (§§ 117 et s).

Dès 1912, le Conseil d'État avait admis l'existence d'une gestion privée du service public, en ouvrant à l'administration la faculté de conclure des contrats de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire². Une première brèche, suivie moins de dix ans plus tard par la remise en cause radicale du triptyque établi par l'arrêt Blanco entre activité de service public – gestion par une personne publique – application du droit administratif et compétence du juge administratif.

La fracture se fera en deux temps, avec :

- l'apparition, en 1921, de **services publics industriels et commerciaux (SPIC)** gérés, sauf exception, comme des entreprises privées et soumis en conséquence au droit privé et au juge judiciaire (**privatisation du mode de gestion**)³ ;
- la consécration, en 1938, de la possibilité donnée à des personnes privées de gérer des services publics (**privatisation du gestionnaire**)⁴.

À la suite de cette privatisation rendue possible du mode de gestion (SPIC) et/ou du gestionnaire du service public, celui-ci ne peut plus prétendre servir de critère unique de compétence du juge administratif. Il existe désormais des SP (SPIC ou SP gérés par des personnes privées) soumis, sauf exception, au droit privé et au juge judiciaire. Un critère qui ne peut non plus être trouvé dans la nature du service public : les services publics administratifs (SPA) peuvent prendre, sous certaines conditions, des actes de droit privé, et les SPIC sont quant à eux susceptibles d'édicter des décisions administratives (§§ 137 et s).

1. G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, 1914 (2^e éd.), p. X.

2. CE 31 juillet 1912, soc. Des granits porphyroïdes des Vosges, R. 909, concl. Blum.

3. TC 22 janvier 1921, soc. Commerciale de l'Ouest africain, dite aussi « bac d'Eloka », R. 91 ; D. 1321.3.1, concl. Matter (§§ 132 et s).

4. CE 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », R. 417 ; RDP 1938.830, concl. Latournerie (§§ 126 et s).

II.2. Le critère dépassé de la puissance publique

(12) **CC 23 janvier 1987 (Conseil de la concurrence)**

Cette décision du Conseil constitutionnel consacre l'existence d'une compétence constitutionnellement reconnue au juge administratif, limitée à « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République, ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». Le critère retenu fait place à deux éléments, relatifs à l'**auteur de l'acte** (autorités relevant du pouvoir exécutif) et au **contenu de l'acte** (utilisation de prérogatives de puissance publique).

Le Conseil constitutionnel semble réactiver de la sorte l'**ancien critère de la puissance publique** qui avait précédé, au XIX^e siècle, celui du service public. Force est cependant de constater que cette solution n'est susceptible de s'appliquer qu'au « noyau dur » du contentieux administratif. Celui-ci intègre en effet le contentieux de certains actes édictés par des personnes privées, ou de décisions qui ne sont pas nécessairement prises « dans l'exercice des prérogatives de puissance publique ».

II.3. Des critères modulables

(13) **L'auteur, l'objet de l'acte et les moyens employés**

Le phénomène de privatisation du système administratif français a rendu la jurisprudence si complexe, qu'il est aujourd'hui impossible de dégager un critère de compétence unique du juge administratif. Celui-ci se fonde désormais sur trois éléments, relatifs à l'**auteur** de l'acte ou du comportement (personne morale de droit public ou de droit privé), à son **objet** (mission de SP) et aux **moyens employés** (utilisation de prérogatives de puissance publique) – modulables, qui plus est, en fonction de la nature du service public (SPA ou SPIC) et du procédé utilisé (contrat ou décision unilatérale).

C'est ainsi par exemple qu'un contrat sera administratif s'il est conclu par une personne publique (1^{er} élét.) et s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun (3^e élét.), ou s'il fait participer le cocontractant de l'administration à l'exécution du SP (2^e élét.) (§§ 184 et s). Une décision de portée générale prise par une personne privée gérant un SPA, sera administrative si elle porte sur l'organisation ou le fonctionnement du service et comporte l'emploi de prérogatives de puissance publique (2^e et 3^e élét.). Une mesure semblable, édictée par un SPIC, présentera en revanche un caractère administratif, dès lors que sera en cause l'organisation ou le fonctionnement du SP (2^e élét.) (§§ 139 et s).

III. Exceptions

Comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 évoquée ci-dessus (§ 12), les critères de compétence du juge administratif

peuvent faire l'objet de dérogations prises dans l'intérêt d'une « bonne administration de la Justice »¹ et s'appliquent « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire »². Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires doit en effet être concilié avec certains éléments auxquels l'État de droit accorde une importance particulière : indépendance du juge judiciaire et protection de certains droits.

Certaines de ces exceptions ont été prévues par la loi ; d'autres ont été dégagées par la jurisprudence.

III.1. Exceptions liées à l'indépendance du juge judiciaire

(14) Compétence du juge judiciaire pour connaître du contentieux des actes relatifs au fonctionnement du SP de la justice et des hypothèses où la responsabilité sans faute de ce SP est engagée

Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires implique certes l'indépendance réciproque de l'administration et du juge judiciaire, mais la justice se présente aussi comme un SP, relevant comme tel de la compétence du juge administratif. Le compromis se fera autour de la distinction, opérée par le tribunal des conflits, entre mesures d'organisation ou de fonctionnement du SP de la justice³ :

- le contentieux de toutes les mesures d'organisation relève de la compétence du juge administratif : création ou suppression de tribunaux, mesures relatives au recrutement, au statut, et à la carrière des magistrats de l'ordre judiciaire⁴ et, plus généralement, tout litige portant sur la « légalité d'un acte à portée générale et impersonnelle [...] relatif à l'organisation du service public de la justice »⁵ ;

- le contentieux portant sur le fonctionnement de ce SP, sur l'exercice même de la fonction juridictionnelle, relève en revanche de la

1. Ainsi, par ex., des régimes de substitution de responsabilité instaurés par les lois du 5 avril 1937 (dommages causés ou subis par les élèves de l'enseignement public), du 31 décembre 1957 (dommages causés par un véhicule) et du 18 janvier 1979 (dommages causés par les magistrats de l'ordre judiciaire dans l'exercice de leurs fonctions). (§§ 278 et 279. Sur cette question, cf. C. Froger, *Les interventions législatives après la décision Conseil de la concurrence*, AJDA 2017.112.

2. G. Eveillard, *Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire*, AJDA 2017.101.

3. TC 27 novembre 1952, préfet de la Guyane, R. 642.

4. La carrière des magistrats de l'ordre judiciaire est gérée par le Conseil supérieur de la magistrature. Depuis les révisions constitutionnelles du 27 juillet 1993 et du 23 juillet 2008, la formation compétente pour les magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation ; la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet, par le procureur général près la même Cour (art. 65C révisé).

5. TC 8 fév. 2021, Garde des sceaux, min. de la Justice /c synd. des avocats de France, AJDA 2021. 725 et s.

compétence du juge judiciaire : décisions de justice, mais aussi toute mesure relative à la saisine d'une juridiction, à l'instruction d'une affaire ou à l'exécution d'un jugement.

Cette distinction est cependant loin d'être évidente¹, et la tâche se trouve encore compliquée par l'application de la **théorie des actes détachables**. Certains actes sont en effet considérés par le juge administratif comme pouvant être « détachés » du fonctionnement du SP de la justice : le contentieux des interventions de la force publique pour faire exécuter un jugement relève ainsi de la compétence des juridictions administratives.

En revanche, le juge judiciaire est désormais compétent pour connaître de toutes les actions en responsabilité fondées sur la **responsabilité sans faute** du SP de la Justice².

(15) **Compétence du juge judiciaire en matière d'interprétation ou d'appréciation de la légalité d'une décision administrative**

Le juge judiciaire peut, à l'occasion d'un procès, être amené à interpréter ou à apprécier la légalité d'une décision administrative. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires se heurte ici à un autre principe, touchant à la **plénitude de juridiction du juge judiciaire**. Le compromis opéré conduit ici à distinguer entre les juridictions civiles répressives et non répressives :

- en vertu de l'article L. 111-5 du Code pénal, le **juge judiciaire répressif (le juge pénal)** dispose de la plénitude de compétence pour **interpréter et apprécier la légalité de toutes les décisions administratives** (réglementaires ou individuelles) dont dépend l'issue du procès ;

- jusqu'en 2011, selon une jurisprudence Septfonds remontant à 1923, la **compétence du juge judiciaire non répressif (le juge civil)** se limitait à l'interprétation des décisions administratives à caractère réglementaire. Sauf voie de fait (§ 37), l'**appréciation de la légalité** des actes administratifs lui demeurait interdite et devait faire l'objet d'une **question préjudicielle** portée devant le juge administratif³. Fondée sur une distinction peu opératoire⁴, cette jurisprudence traditionnelle a été sérieusement amendée par le tribunal des conflits. Après avoir étendu la compétence du juge administratif à toutes les décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publiques, et non plus aux seuls règlements, le TC formule en effet **deux dérogations** à la mise en œuvre des questions préjudicielles, justifiées par les principes de bonne

1. Ainsi, des mesures d'application des peines : décisions administratives, dès lors qu'elles n'affectent ni la nature, ni les effets de la peine – juridictionnelles, dans le cas contraire (TC 22 février 1960, Dame Fargeaud d'Épied, R. 855). En cas de litige, la décision de placer un condamné sous surveillance électronique relèvera du juge judiciaire ; les mesures pratiques de mise en œuvre, du juge administratif ! (CE 26 oct. 2011, M.A., AJDA 2012.434, note C. Éveillard.)

2. TC 8 fév. 2021, préc.

3. TC 16 juin 1923, Septfonds, R. 498 ; D. 1924.3.41, concl. Matter. Cf. aussi § 19.

4. S. Théron, *Les questions d'appréciation de la régularité d'un acte et d'interprétation devant le juge*, AJDA 2013.2037.

administration de la justice et du délai raisonnable de jugement. La première permet aux juridictions judiciaires de se fonder sur une « jurisprudence établie » du juge administratif, pour régler sans plus attendre un litige mettant en cause la légalité d'une décision administrative. Conséquence de l'effectivité du droit communautaire, la seconde autorise le juge judiciaire à saisir directement la CJUE à titre préjudiciel, en cas de difficulté d'interprétation d'un acte communautaire, ou à vider le litige en appliquant la disposition du droit européen ignorée ou violée par la décision administrative¹.

III.2. Exceptions liées à la protection particulière accordée à certains droits

Ces exceptions furent longtemps justifiées par les imperfections de la justice administrative. Certaines furent prévues par la loi ; d'autres, par la jurisprudence. Les progrès accomplis et le souci d'une bonne administration de la justice ont cependant conduit à une remise en cause des théories jurisprudentielles de la voie de fait et de l'emprise.

(16) Exceptions prévues par la loi

Le législateur a longtemps disposé d'une liberté complète pour rectifier la frontière séparant les compétences administratives et judiciaires. Cette faculté est désormais encadrée par les principes dégagés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 (§ 12). Nous aborderons ici trois chefs de compétence, conférés par la loi au juge judiciaire en raison de l'importance particulière accordée aux droits mis en cause.

1) **Le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle.** L'article 66C fait de l'autorité judiciaire « la gardienne de la liberté individuelle », et l'article 136 du Code de procédure pénale consacre sa compétence exclusive « dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle ». En dépit de leur formulation très générale, ces dispositions sont interprétées par le Conseil constitutionnel comme se limitant aux **seules privations de la liberté individuelle**, à l'exclusion des « simples » restrictions². La compétence du juge pénal porte donc essentiellement sur les **arrestations** et les **détentions arbitraires**, ainsi que sur les **atteintes à l'inviolabilité du domicile**³. Le juge civil n'intervient quant à lui, que pour réparer le ou les préjudices causés ; il ne peut, sauf voie de fait, apprécier la légalité des mesures contestées⁴.

1. TC 17 oct. 2011, **SCEA du Chéneau**. Cette jurisprudence sera appliquée aux questions préjudicielles susceptibles d'être posées par le juge administratif au juge judiciaire par CE 23 mars 2012 **Fédération Sud Santé Sociaux**, R. 102 avec concl. ; AJDA 2012.1583 note E. Marc.

2. CC 99-411 DC du 16 juin 1999 ; AJDA 1999.694, note J.-E. Schoettl.

3. Le contentieux relatif à la liberté d'aller et venir (et not. des arrêtés de reconduite à la frontière) se trouve ainsi exclu de la compétence judiciaire en vertu de cette interprétation restrictive du CC (déc. 89-261 DC du 28 juill. 1989, R. 81).

4. TC 12 mai 1997, **Préfet de police de Paris**, R. 528 ; RFDA 1997.514, concl. Arrighi de Casanova.

2) Le juge judiciaire, gardien de l'état et de la capacité des personnes : mariage, filiation¹, divorce, décès. Sa compétence s'étend aux questions relatives à la **nationalité** (validité des certificats de nationalité et refus de les délivrer)² et à la **qualité d'électeur** (contentieux relatif à l'inscription ou au refus d'inscription sur les listes électorales).

3) Le juge judiciaire, gardien « naturel » du droit de propriété. Il faut toutefois qu'il y ait **dépossession**, et non une « simple » atteinte à ce droit. La loi lui confère de la sorte compétence pour connaître des contentieux de l'**expropriation pour cause d'utilité publique** et, sauf exception, des **réquisitions**³. Depuis 1989, cette compétence se fonde sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁴.

(17) Une conception restrictive de la voie de fait

La voie de fait était traditionnellement définie comme une atteinte d'une exceptionnelle gravité, portée par l'administration à l'exercice d'une liberté fondamentale ou du droit de propriété. L'atteinte était telle et l'illégalité si grave, que l'acte ou le comportement administratif⁵ apparaissait « manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir conféré à l'administration »⁶. Celle-ci perdait alors son privilège de juridiction : le juge administratif pouvait seulement constater la voie de fait – le juge judiciaire étant compétent pour apprécier la voie de fait, pour la réparer et la faire cesser en adressant éventuellement des injonctions à l'administration. Seule l'existence de circonstances exceptionnelles permettait de déclasser la voie de fait en une « simple » illégalité, relevant comme telle de la juridiction administrative⁷.

Si les conséquences contentieuses de la théorie de la voie de fait demeurent intactes, son champ d'application a connu en 2013 une restriction considérable, due essentiellement au succès du **référé-liberté**.

Cette procédure autorise en effet le juge administratif à ordonner, en cas d'urgence et dans les 48 heures, « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle (l'administration) aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale » (§ 56). La référence faite à « l'exercice de ses pouvoirs » aurait dû préserver l'autonomie de

1. CE 11 mars 2010. M. Papy Matutu Niombo (AJDA 2010.524) : le juge administratif ne peut ordonner l'exécution de tests ADN pour établir une filiation.

2. En revanche, le contentieux relatif à l'acquisition de la nationalité française relève du juge administratif.

3. Loi du 8 mars 1810 concernant l'expropriation ; loi du 3 juillet 1877 relative aux réquisitions militaires...

4. CC 89-256 DC du 25 juillet 1989, R. 53.

5. La voie de fait peut en effet venir qualifier la décision administrative elle-même (saisie de documents au domicile d'un officier, interception de correspondance) et/ou son exécution forcée illégale (défaut d'ordre de réquisition).

6. CE Ass 18 nov. 1949, Carlier, R. 490 ; RDP 1950, 172, concl. Gazier.

7. TC 27 mars 1952, Dame de la Murette, R. 626.

la voie de fait, mais le TC, guidé par un souci d'efficacité et de bonne administration de la justice, a préféré redéfinir celle-ci comme une mesure « portant atteinte à la **liberté individuelle** ou aboutissant à l'**extinction du droit de propriété** », et « manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative »¹. Ce n'est donc plus toute liberté fondamentale qui se trouve désormais protégée par la voie de fait, mais la seule liberté individuelle – maintien exigé par l'article 66C, qui fait de l'autorité judiciaire la « gardienne » de cette liberté. Ce n'est plus l'atteinte exceptionnellement grave portée au droit de propriété que sanctionne cette théorie, mais uniquement son extinction, ce, conformément à la jurisprudence du CC².

Encore faut-il préciser que le juge administratif peut désormais faire cesser la voie de fait dans le cadre d'un référé-liberté, solution certes peu orthodoxe, mais justifiée ici aussi par l'urgence et l'efficacité³.

(18) **Une théorie résiduelle : l'emprise**

Autre théorie jurisprudentielle, l'emprise était classiquement définie comme la dépossession d'une propriété immobilière ou d'un droit réel immobilier⁴ par l'administration ou un entrepreneur de travaux publics.

Son champ d'application était donc tout à la fois plus large et plus restreint que celui de la voie de fait. Plus large, dès lors que le degré d'illégalité exigé était moins élevé : une dépossession, certes, mais susceptible de se rattacher à un pouvoir conféré à l'administration. Plus restreint, dans la mesure où l'emprise ne portait que sur la propriété immobilière ou un droit réel immobilier.

Ses effets étaient aussi plus limités. L'emprise pouvait en effet être régulière (réquisition, expropriation) ; son contentieux ressortait alors, sauf exception⁵, de la compétence des juridictions administratives⁶. Enfin, même dans l'hypothèse d'une emprise irrégulière, le juge judiciaire n'était compétent que pour réparer le préjudice : l'appréciation du caractère régulier ou irrégulier de l'emprise relevait du seul juge administratif⁷.

Instituée pour renvoyer devant le juge judiciaire des dépossessions qui ne pouvaient être qualifiées d'expropriations au sens de la loi du 8 mars 1810, la théorie de l'emprise obligeait le requérant à se pourvoir successivement devant le juge administratif, pour en faire apprécier le caractère irrégulier, puis devant le juge judiciaire, pour obtenir réparation du préjudice subi.

1. TC 17 juin 2013, M. Bergoend c/ ERDF Annecy-Léman, AJDA 2013. 1568 ; Cass. Civ. 11 mars 2015, AJDA 2015, 1301-1302 ; TC 4 juillet 2022, AJDA 2023. 248, note F. Daumarie.

2. Cf. not. CC 85-198DC du 13 déc. 1985.

3. CE 23 janv. 2013, Cne de Chirongi, AJDA 2013. 788 ; RFDA 2013. 299, note P. Delvolvé.

4. Par ex., dépossession d'une concession funéraire.

5. Loi du 10 mars 1810, renvoyant le contentieux des expropriations pour cause d'utilité publique devant le juge judiciaire.

6. CE 15 fév. 1961, Werquin, R. 118 ; RDP 1961.321, concl. Braibant.

7. TC 17 mars 1949, soc. Rivoli-Sébastopol, R. 594 ; D. 1949. 209, concl. Delvolvé.

Sa quasi-disparition, inéluctable dès lors que le droit de propriété devenait une liberté fondamentale protégée par le **référé-liberté**, a été prononcée par une décision du TC en date du 9 décembre 2013, *époux Panizzon*¹, qui attribue désormais pleine compétence au juge administratif pour connaître des actions en réparation dirigées contre les décisions administratives qui porteraient atteinte au droit de propriété, *sans pour autant conduire à son extinction*. Dans cette dernière hypothèse, et en l'absence de voie de fait, il sera fait application d'une théorie très résiduelle de l'emprise irrégulière².

IV. Sanction

Le respect du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires s'exprime par la technique des questions préjudicielles. Il a aussi conduit à l'apparition d'une juridiction spécialisée dans la résolution des problèmes de compétence – conflits ou « difficultés sérieuses » –, susceptibles de s'élever entre les deux ordres de juridictions.

IV.1. Les questions préjudicielles

(19) **Que reste-t-il de la jurisprudence Septfonds ?**

La résolution d'un litige peut parfois dépendre d'une question relevant de la compétence de l'autre ordre de juridiction. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le juge administratif doit trancher une affaire dont la solution soulève une question relative à la capacité ou à la nationalité d'une personne, ou au contraire, lorsque l'issue d'un procès porté devant le juge civil suppose d'apprécier la légalité d'une décision administrative (§ 15). Le juge saisi doit alors **surseoir à statuer**, dans l'attente de la réponse apportée par l'autre ordre de juridiction à ce que l'on nomme une **question préjudicielle**.

Cette règle, traduction du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, connaît des aménagements importants :

- depuis une décision du tribunal des conflits *Avranches et Desmarests*³, consacrée par l'article **L 111-5 du code pénal**, le juge civil répressif (le juge pénal) dispose de la plénitude de compétence pour interpréter et/ou apprécier la légalité d'une décision administrative dont dépend l'issue du procès porté devant lui ;
- la compétence du juge civil non répressif, jusque-là fortement restreinte par la jurisprudence *Septfonds* de 1923, s'est vue considérablement renforcée

1. AJDA 2014. 216.

2. CAA Marseille, 5 juin 2014, *M. Del Negro*, AJDA 2014.1835, concl. C. Charmot [débroussaillage opéré par la commune le long d'une route, conduisant à la destruction d'arbres sur une propriété privée]. Si la remise en état du bien est possible, il n'y a pas de dépossession définitive et, donc, pas d'emprise irrégulière (Cass. civ. 3^e, 18 janvier 2018, ADJA 2018.136) ; CAA Marseille, 16 janv. 2015, AJDA 2015.839 [dépossession « définitive et irréversible » d'une concession funéraire, dont le contentieux relève du juge judiciaire].

3. TC 5 juillet 1951, préc. § 15.

par une décision de 2011, l'autorisant à se prononcer lorsque la solution à apporter au problème de légalité ou d'interprétation de l'acte administratif apparaît clairement, « au vu notamment d'une jurisprudence établie » du juge administratif, ou lorsqu'est en cause l'application d'une disposition du droit communautaire¹.

IV.2. Les conflits

(20) Le Tribunal des conflits

Les modalités d'application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires peuvent donner lieu à de multiples difficultés, voire violer le droit à un recours effectif. Dans un premier temps, le Conseil d'État sera chargé de résoudre ces difficultés sous l'autorité du chef de l'État. Apparu en l'an VIII (1799), ce système, extrêmement critiquable en raison de la confusion des genres instituée pour le plus grand avantage de l'exécutif – à la fois juge et partie – sera abandonné une première fois par la constitution du 4 novembre 1848, rétabli en 1852, après le coup d'État de Louis Napoléon Bonaparte et définitivement abandonné en 1872.

S'inspirant du précédent de 1848, la **loi du 24 mai 1872** crée un Tribunal des conflits, en charge du respect du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Le TC ne juge donc pas les affaires qui lui sont déférées ; il se contente de désigner l'ordre de juridictions compétent².

Composé de quatre conseillers d'État et de quatre conseillers à la Cour de cassation, il fut longtemps présidé par le ministre de la Justice, qui disposait d'une voix prépondérante en cas de partage des suffrages – ultime protection de l'administration face aux éventuels empiètements du juge judiciaire³ ! Cette organisation est cependant apparue incompatible avec les règles d'indépendance et d'impartialité aujourd'hui consacrées. Depuis la **loi du 16 février 2015**, le TC est présidé alternativement et au terme d'un mandat de 3 ans, par un membre du

1. TC 17 oct. 2011, SCEA du Chéneau, préc. (§ 15).

2. Sur toutes ces questions, cf le dossier spécial de l'AJDA 2022 (n° 18) consacré à la loi du 24 mai 1872. **De manière très exceptionnelle, le Tribunal des conflits peut être conduit à trancher une question de fond.** La loi du 20 avril 1932 l'autorise à juger les affaires qui, portant sur le même objet (1^{re} cond.), ont donné lieu à deux jugements contradictoires sur le fond (et non sur une question de compétence) des juridictions administratives et judiciaires (2^e cond.), conduisant à un déni de justice (3^e cond.). (Cf par ex. TC 2 nov. 2020, AJDA 2020.2120.) Le TC doit alors être saisi dans les deux mois qui suivent la date à laquelle le dernier jugement rendu est devenu définitif et le ministère d'un avocat aux conseils est obligatoire. La loi du 16 fév. 2015 confie désormais au TC l'indemnisation des procédures menées devant les deux ordres de juridiction, et dont la longueur excessive contrevient au principe d'un délai raisonnable de jugement. La réclamation doit être portée devant le ministre de la Justice, dont le silence gardé pendant plus de 2 mois vaut décision de rejet. Le requérant dispose d'un délai de 2 mois pour saisir le TC [D. 27 fév. 2015].

3. Prérogative utilisée 11 fois en 140 ans – notamment pour donner une solution au problème de compétence soulevé par l'affaire Blanco (§ 253).

CE, puis de la Cour de cassation. En cas de partage des voix, et après une deuxième délibération infructueuse, le conflit sera tranché par une formation élargie à 12 membres (6 membres du CE, 6 membres de la Cour cass.)¹.

L'activité du TC est relativement faible : une cinquantaine d'affaires dans l'année, dont plus de la moitié porte sur la prévention de conflits négatifs. Les difficultés les plus fréquemment rencontrées ont trait à la distinction entre police administrative et police judiciaire, ou à l'application de la loi du 31 décembre 1957 relative aux dommages causés par un véhicule². Il se prononce en séance publique, après avoir entendu les avocats des parties (avocats aux conseils dont le ministère est obligatoire) et le rapporteur public (maître des requêtes au Conseil d'État ou avocat général à la Cour de cassation).

Il peut être saisi selon les **deux procédures** étudiées ci-après.

(21) Les conflits positifs

Cette procédure permet à l'administration de s'opposer aux atteintes portées par le juge judiciaire à la compétence des juridictions administratives – ou à la prérogative gouvernementale, dès lors qu'est examiné un acte de gouvernement (§ 48). L'intérêt en cause est apparu suffisamment important pour exclure le justiciable d'une procédure très rapide et très centralisée. En effet, seul le **préfet** peut agir. Tant que le juge judiciaire concerné n'a pas rendu de jugement définitif, il peut lui adresser un **déclinatoire de compétence** et il dispose, dans l'hypothèse d'une réponse négative, de quinze jours pour « **élever le conflit** » devant le Tribunal des conflits, qui devra trancher dans les **trois mois**.

Toutefois, le conflit ne peut être élevé devant la Cour de cassation et les tribunaux répressifs, ou en cas d'atteinte portée par l'administration à la liberté individuelle³.

Remarquons-le, le conflit positif ne joue qu'au profit de l'administration et de son juge : il n'existe pas de procédure permettant de protéger le juge judiciaire des éventuelles atteintes à sa compétence infligées par une juridiction administrative. Cette procédure comptait pour le tiers des saisines entre 1991 et 2000 ; pour moins de 18 % après 2007, et pour 10 % entre 2012 et 2014⁴.

(22) Les conflits négatifs

Cette procédure a pour objet, non de défendre le juge administratif ou le gouvernement contre les empiétements du juge judiciaire, mais de donner un juge aux justiciables. Pour qu'il y ait conflit négatif, il faut que deux jugements d'incompétence émanant d'un juge judiciaire et d'un juge administratif soient

1. Loi du 16 février 2015 et décret du 27 février 2015. L'article 10 de la loi autorise le président du TC, assisté du membre le plus ancien de l'autre ordre de juridiction, à statuer par voie d'ordonnance sur les questions dont la solution « s'impose avec évidence ».

2. §§ 146, 147 et 279.

3. L'article 136 du Code de procédure pénale fait du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle (§ 16).

4. Cf dossier spécial AJDA 2022 préc,

rendus dans un même litige¹, et que l'un de ces deux jugements soit erroné. Il n'y a pas, en effet, de conflit négatif, si l'acte attaqué est un acte de gouvernement ou si le juge compétent est le Conseil constitutionnel.

La procédure est engagée par les requérants (ministre ou administré), et, longtemps, aucun délai ne fut fixé – omission révélatrice du moindre intérêt suscité par une procédure qui ne vient pas sanctionner l'atteinte portée aux pouvoirs de l'administration. L'article 36 du décret du 27 février 2015 impose désormais un **délai de 3 mois** au TC pour trancher les conflits négatifs. Ce dernier rejette le recours si les conditions précitées ne sont pas réunies ; dans le cas contraire, il annule le jugement pris en méconnaissance du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Donnant lieu à des instances très longues, les conflits négatifs ont presque disparu aujourd'hui. Un **décret du 25 juillet 1960** s'est en effet efforcé d'en prévenir la survenance, en instituant une **procédure de renvoi obligatoire**. Celle-ci impose à toute juridiction inférieure, saisie d'un litige sur lequel l'autre ordre de juridiction se serait déclaré incompétent par un jugement devenu définitif, de saisir le Tribunal des conflits lorsqu'elle s'estime incompétente pour connaître de l'affaire. Une obligation étendue au Conseil d'État et à la Cour de cassation par le décret du 27 février 2015 (art. 32). Le Tribunal des conflits pourra alors estimer le renvoi **irrecevable**, si celui-ci ne satisfait pas aux conditions posées par le décret de 1960 ; **mal fondé**, si la première juridiction saisie s'est déclarée incompétente à bon droit – la procédure reprend alors devant le juge qui a provoqué le renvoi ; ou **fondé**, ce qui se traduit par l'annulation du jugement par lequel le premier juge saisi s'était déclaré incompétent.

IV.3. Les difficultés sérieuses

(23) Une procédure de renvoi facultatif

Dans sa volonté de prévenir les conflits, le décret du 25 juillet 1960 instaurait une **procédure de renvoi facultatif**, qui autorisait les seules juridictions suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation) à renvoyer devant le tribunal des conflits – **et alors même qu'aucun conflit ne s'était encore produit** – toute question survenue à l'occasion d'un litige porté devant elles et susceptible de soulever « une difficulté sérieuse (et) mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires ». Le décret du 27 fév. 2015 étend cette possibilité de saisine du TC à toutes les juridictions du fond (art. 35). Cette mission recouvre aujourd'hui l'essentiel de son activité².

1. Ce qui suppose une triple identité : des parties, de la cause et du fondement juridiques.

2. Cf dossier spécial AJDA 2022, préc.

Chapitre 2

Séparation de la justice administrative et de l'administration active

L'exposé du principe (I) sera suivi de l'étude des différentes juridictions administratives (II), des recours ouverts aux administrés (III) et des décisions émanant de la justice administrative (IV).

I. Le principe

Contrairement au principe de séparation des autorités judiciaires et administratives, le principe de séparation de l'administration dite « active » et de la juridiction administrative n'a pas été formellement consacré par la Révolution. Il est le produit d'une lente et difficile maturation des autorités en charge de l'expédition du contentieux administratif.

I.1. Administrateur-juge et justice administrative

(24) Le système de l'administrateur-juge

Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'emportait pas nécessairement le dessaisissement du juge de droit commun pour connaître du contentieux suscité par l'activité de l'administration. Ce que la loi des 16-24 août 1790 entendait prohiber, c'était seulement l'institution d'un juge qui s'autorisait à outrepasser les bornes de sa compétence « naturelle ». « Les parlements étaient dangereux, expose Le Chapelier, non parce qu'ils étaient juges, mais parce qu'ils étaient administrateurs et législateurs » (Séance du 23 juillet 1790).

Au demeurant, l'Assemblée constituante hésitera longtemps entre le renvoi devant le juge judiciaire, ou devant des juges spécialisés, mais intégrés dans le pouvoir judiciaire. La solution de l'**administrateur-juge**, qui laisse l'administration expédier le contentieux né de son activité, certes plus économique et relativement protectrice des droits des administrés à une époque où administrateurs et juges étaient élus, ne s'imposera que progressivement. La loi des 6,

7-11 septembre 1790 n'accorde en effet à l'administration qu'une compétence d'attribution, limitée au contentieux des contributions directes, de la voirie, et des marchés publics. Elle sera complétée par un grand nombre de textes rendus nécessaires par la loi des 16-24 août 1790, qui exigeait que toute atteinte portée à la compétence du juge de droit commun soit expressément prévue et autorisée par la loi, condamnant par là même toute idée de contentieux administratif par nature¹.

La guerre et les soubresauts révolutionnaires allaient conduire au renforcement du pouvoir exécutif. La **centralisation** est désormais à l'ordre du jour, et avec elle, s'impose progressivement l'idée d'un contentieux administratif par nature. Le Directoire (1795-1799) édictera de la sorte des prohibitions dont le caractère très général tranche avec la précision des textes de la période précédente. Ainsi, du **décret du 16 fructidor an III** (3 sept. 1795), qui fait « défenses itératives » aux tribunaux « de connaître des actes d'administration, de quelque nature qu'ils soient », ou d'un arrêté du 2 germinal an V (22 mars 1797), excluant de la compétence judiciaire « toutes les opérations qui s'exécutent par ordre du gouvernement, par ses agents immédiats et avec les fonds fournis par le Trésor public ».

(25) **Les réformes napoléoniennes**

L'arrivée au pouvoir de Bonaparte, en 1799, va conduire à l'adoption de principes d'administration qui seront appliqués sans grands changements pendant la majeure partie du XIX^e siècle. Son ambition et son sentiment le portent à instituer des pouvoirs « forts et stables », seuls en mesure selon lui de « garantir les droits des citoyens et les intérêts de l'État »². La centralisation administrative s'en trouve renforcée et magnifiée : la **loi du 28 pluviôse an VIII** (17 fév. 1800) crée l'institution préfectorale, et la Constitution de l'an VIII consacre le principe de la nomination des agents publics³.

Cette dernière réforme pose en termes renouvelés la question du contentieux suscité par l'action d'administrateurs désormais soustraits à toute appréciation des administrés. En dépit des critiques que peut soulever un système où l'administration est à la fois juge et partie dans sa propre cause, le principe de **l'administrateur-juge** sera maintenu, à peine amendé par l'apparition d'un **conseil d'État** et de **conseils de préfecture** placés sous la coupe de l'exécutif.

1. Titre 2, article 17. Sur ces questions : G. Bigot, 2002, pp. 34 et s ; F. Burdeau, 1995, pp. 48 et s, 60 et s ; J. Chevalier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, thèse, Paris, LGDJ, 1970 ; R. Dareste, *La Justice administrative en France*, Paris, 1862, pp. 166 et s ; P. Sandevor, *Études sur le recours de pleine juridiction*, thèse, Paris, LGDJ, 1964.

2. Proclamation des consuls de la République du 24 frimaire an 8 (15 déc. 1799), présentant la Constitution du 22 frimaire an 8 (13 déc. 1799).

3. L'article 41 donne au Premier consul (Bonaparte) le pouvoir de nommer et de révoquer « à volonté » l'ensemble des agents de l'administration.

La Constitution de l'an VIII prévoyait en effet, en son article 52, l'existence d'un **Conseil d'État** placé « sous la direction des consuls », en charge de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Cette mesure sera suivie par la création, en 1806, d'une **commission du contentieux** au sein de ce Conseil¹. Le souci des administrés n'est certes pas absent des préoccupations de celui qui est devenu entre-temps empereur des Français, mais il se concilie avec d'importantes considérations relatives à l'intérêt bien compris d'un État efficace, puisque convenablement réglé.

Intervenant devant le Conseil d'État, Napoléon exprimera sa volonté d'instituer « un corps demi-administratif, demi-judiciaire, qui réglera l'emploi de cette portion d'arbitraire nécessaire dans l'administration de l'État [...] ». « Napoléon, note l'un des témoins de la scène, aimait le pouvoir arbitraire en ce sens qu'il voulait être maître de décider ; mais [...] il pensait avec raison que l'arbitraire ne peut être justifié et maintenu que par le bon usage que l'on en fait. »².

Le Conseil d'État constitue au demeurant une juridiction bien imparfaite. Ses membres en sont librement nommés et révoqués par le Premier consul, puis par l'empereur³, et le Conseil lui-même se trouve placé sous le régime de la **justice retenue** : il rend de simples avis, que seule l'acceptation du chef de l'État transforme en décisions de justice.

La loi du 28 pluviôse an VIII (17 fév. 1800) créait quant à elle des **conseils de préfecture** dont le statut n'était pas plus satisfaisant. Ses membres en étaient librement nommés et révoqués par le Premier consul ; présidés par le préfet, ils ne disposaient de surcroît que d'une **compétence d'attribution**, initialement limitée au contentieux des contributions directes, des travaux publics, de la grande voirie et des domaines nationaux.

Pendant la majeure partie du XIX^e siècle, c'est un administrateur, le ministre, qui demeure la juridiction de droit commun du contentieux administratif en premier ressort, en vertu de la **théorie du ministre-juge**.

(26) **Un système stabilisé (1815-1870)**

Le système mis en place sous le Consulat et le premier Empire (1799-1814, 1815) ne connaîtra guère de changements jusqu'à l'avènement de la III^e République, en 1870. L'existence d'une justice administrative sera certes remise en cause par l'opposition libérale de la Restauration et de la monarchie de Juillet (1814, 1815-1830 et 1830-1848), mais sans succès. La monarchie aura en effet le souci de préserver et d'utiliser pour son plus grand profit l'instrument docile et obéissant qu'était devenue l'administration napoléonienne.

1. Décret du 11 juin 1806.

2. PJC Pelet de la Lozère, *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration*, Paris, 1833, 182-183, 190 et s.

3. Constitution de l'an 8, art. 41.

Consacrée sous le premier Empire¹, la **théorie du ministre-juge** sera maintenue jusqu'en 1889, cantonnant le Conseil d'État dans une mission de juge d'appel des jugements rendus par les ministres et les conseils de préfecture. Deux exceptions à cette compétence : le CE juge en premier et dernier ressort les recours pour incompétence et excès de pouvoir dirigés contre les décisions des autorités administratives² ; il est aussi juge de cassation des arrêts rendus par des juridictions administratives spécialisées comme la Cour des comptes, créée en 1807.

Enfin, la situation statutaire de ces juges administratifs reste précaire, dès lors qu'ils sont nommés et révoqués par l'exécutif, et que le Conseil d'État demeure placé sous le régime de la **justice retenue**.

I.2. La consécration du principe

(27) Perfectionnements

C'est seulement après la chute du second Empire (1852-1870) que le principe de séparation de la justice administrative et de l'administration active se perfectionnera. La loi du 24 mai 1872 crée le Tribunal des conflits (§ 20) et substitue le régime de la **justice déléguée** à celui de la justice retenue. Le Conseil d'État rend désormais de véritables arrêts, et non plus de simples avis ; pour la première fois depuis sa création, en l'an VIII (1799), il juge sans l'intervention du chef de l'État. Ce changement de statut s'accompagne, en 1889, de l'**abandon de la théorie du ministre-juge**³, qui fait du Conseil le juge de droit commun de l'ensemble du contentieux administratif.

La deuxième étape apparaît être la conséquence directe de l'explosion du contentieux due aux multiples mesures de réquisition et d'épuration provoquées par la Seconde Guerre mondiale. Le Conseil d'État ne peut plus suffire à la tâche, et deux décrets des 30 septembre et 28 novembre 1953 transforment alors les conseils de préfecture en **tribunaux administratifs** (TA), juges de droit commun du contentieux administratif en premier ressort. Le CE devient le juge d'appel de ces tribunaux, mais il n'en conserve pas moins certaines compétences en premier et dernier ressort, et demeure le juge de cassation des juridictions administratives spécialisées (§ 30).

La troisième étape, commencée en 1980, se caractérise par quelques conquêtes et réformes essentielles. C'est en premier lieu le Conseil constitutionnel, qui érige l'**indépendance de la juridiction administrative** en principe fondamental reconnu par les lois de la République⁴, avant de déterminer la

1. CE 22 mars 1813, Chenantais, R. 446 ; 26 mars 1814, Rey, R. 520.

2. Affirmée dès 1813 (CE 21 janv. 1813, Carbonnel, R. 410), cette spécificité du recours pour incompétence et excès de pouvoir sera solennellement consacrée sous la Restauration, dans une décision du CE du 18 novembre 1818, Egret-Thomassin, R. 424.

3. CE 13 décembre 1889, sieur Cadot, R. 1148.

4. Déc. 80-119 DC du 22 juillet 1980 (validation d'actes administratifs). L'indépendance du juge administratif devient un principe de valeur constitutionnelle, insusceptible, comme tel, d'être remis en cause par le législateur ou le gouvernement.

compétence constitutionnellement reconnue au juge administratif (§§ 9 et 12). Le législateur se décidera ensuite à créer, par la **loi du 31 décembre 1987**, des **cours administratives d'appel (CAA)** chargées de traiter des appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs. La procédure administrative contentieuse se voit formalisée et développée, plus attentive aussi aux droits des administrés avec, notamment, l'institution de procédures d'urgence (§§ 54-56).

Les avancées de ces trente dernières années confortent donc le principe de séparation de la justice administrative et de l'administration « active ». Il existe aujourd'hui un ordre de juridictions administratives bénéficiant de garanties statutaires non négligeables, dont l'organisation se trouve désormais « calquée » sur celle de l'ordre judiciaire, avec des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel, et un Conseil d'État devenu principalement juge de cassation.

(28) **Spécificités**

Ces juges administratifs n'en conservent pas moins des liens étroits avec l'administration « active ». En témoigne le fait que ce ne sont pas des magistrats mais des fonctionnaires, principalement recrutés par la voie du concours de l'Institut national du service public (§ 33), et répartis en deux « corps » : celui des conseillers de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel ; celui des membres du Conseil d'État. Ces derniers peuvent être « détachés » temporairement auprès d'entreprises nationales, dans les cabinets ministériels ou dans les directions de certains ministères particulièrement prestigieux.

À la fonction juridictionnelle de ces juges un peu particuliers s'ajoute une importante **fonction consultative**. Le Conseil d'État est, comme son nom l'indique, le conseiller juridique du gouvernement : il jouera à ce titre un rôle essentiel dans la préparation des Codes napoléoniens, au début du XIX^e siècle. Cette fonction connaîtra ensuite des fortunes diverses, jusqu'à l'avènement de la V^e République. Qu'il suffise de rappeler que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 prévoyait que le texte de la future Constitution serait obligatoirement soumis pour avis au Conseil d'État, et que celle-ci dispose que les projets de loi ne pourront être « délibérés en Conseil des ministres (qu') après avis du Conseil d'État »¹. Une procédure semblable est instituée pour les ordonnances de l'article 38C et certains décrets particulièrement importants. Le CE participe ainsi de manière décisive à l'immense entreprise de codification effectuée depuis le début du XXI^e siècle.

(29) **Indépendance et impartialité du juge administratif**

Cette dualité fonctionnelle ne se concilie pas toujours aisément avec les exigences de la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des**

1. Art. 39C. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 autorise désormais le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat à « soumettre pour avis au Conseil d'État » les propositions de lois déposées par un membre de leur assemblée (député ou sénateur), à condition, toutefois, que ce dernier ne s'y oppose pas.

libertés fondamentales¹, relatives à la nécessaire indépendance et impartialité des juges². Si ces deux qualités sont étroitement liées, elles ne peuvent pour autant être confondues. « L'indépendance du juge, soulignent MM. Autin et Sudre, est la condition préalable à son impartialité. »³ : la première suppose un juge libéré de toute influence « extérieure » ; la seconde renvoie à sa liberté « intérieure », à son absence de préjugés, d'animosité ou d'intérêt personnel, et peut être sanctionnée par la procédure de récusation, ouverte même sans texte⁴.

Les conseillers de TA et de CAA voient leur inamovibilité garantie par la loi du 6 janvier 1986. La loi du 31 décembre 1987 a transféré leur gestion au CE et au Conseil supérieur des TA et des CAA, et la loi du 12 mars 2012 leur confère enfin la qualité de magistrat (art. L. 231-1 CJA modifié)⁵, alors même qu'ils relèvent encore, pour partie, du statut général de la fonction publique. Ne se trouvant inscrite dans aucun texte de loi, l'indépendance des membres du CE se trouve quant à elle consacrée par la décision du **Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980** (préc.).

Toutefois, comment admettre que le Conseil d'État statuant au contentieux puisse censurer un règlement élaboré avec la collaboration de l'une de ses sections administratives ? Une décision remarquée de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sanctionnera de la sorte un arrêt du **Conseil d'État luxembourgeois**, très inspiré du modèle français, pour atteinte portée au principe d'impartialité⁶.

La réaction du Conseil d'État français ne se fit guère attendre. Depuis longtemps mis en œuvre, le **principe d'impartialité** sera érigé en principe

1. Cette convention (Conv. EDH) a été signée le 4 novembre 1950 sous l'égide du Conseil de l'Europe, créé en 1949. Elle est entrée en vigueur en 1953, mais la France ne l'a ratifiée qu'en 1974, et n'a accepté qu'en 1981 la possibilité pour les justiciables d'intenter un recours devant la Cour. La Convention consacre des droits et libertés tels que le droit à la vie, l'interdiction de la torture et de l'esclavage, la sûreté, la liberté de pensée ou de religion. Les atteintes portées à ces droits par les États membres du Conseil de l'Europe peuvent être sanctionnées par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

2. Conv. EDH, art. 6 § 1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit équitablement entendue, dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ». La question n'épargne pas non plus l'ordre judiciaire : la CEDH a ainsi affirmé que le statut des membres du ministère public ne remplissait pas les conditions d'indépendance et d'impartialité inhérentes à la qualité de magistrat (CEDH 23 nov. 2010, Moulin c/France, tirant les conséquences d'un arrêt Medvedev du 29 mars 2010, directement contraire à la solution dégagée par CC 1993-326 DC du 11 août 1993).

3. Note sous CEDH 9 nov. 2006, soc. Sacilor-Lorminès, RFDA 2007.342.

4. Art. L721-1 du code de justice administrative (CJA). Procédure étendue aux experts par l'article R621-6 de ce code, puis aux membres du TC [TC 18 mai 2015 M. Krikorian et autres (2 esp.) AJDA 2016.265, note E. Carpentier].

5. Une ordonnance du 13 octobre 2016 dispose que le Conseil supérieur des TA-CAA arrête le tableau d'avancement de ces magistrats, et prononce des sanctions susceptibles d'un recours en cassation devant le CE (AJDA 2016.1948).

6. CEDH 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, RFDA 1996.777, note J.-L. Autin et F. Sudre (arrêt rendu par une formation du CE luxembourgeois où 4 conseillers sur 5 avaient eu à connaître de la question dans le cadre de leurs fonctions consultatives).

Droit administratif

Serge Velley, *maître de conférences à l'université Paris Nanterre*

Le droit administratif est au cœur de la conception française de l'État de droit. Spécifique, il règle la partie de l'activité administrative que la République ne peut ou ne veut pas soumettre au droit commun et il s'efforce de répondre aux défis de notre époque : construction européenne et mondialisation, crise de l'État-providence et privatisation de l'administration.

Cet ouvrage permet d'appréhender de manière synthétique et didactique l'organisation de l'administration française, ses missions et ses obligations. Constamment actualisé, il présente et approfondit les notions et les principes essentiels du droit administratif et propose une évaluation des connaissances (QCM) ainsi qu'un entraînement aux techniques de la dissertation et du commentaire d'arrêt assorti de conseils méthodologiques.

Cet ouvrage s'adresse :

- **aux étudiants en licence et master ;**
- **aux candidats aux concours administratifs (ENM, ENSP, IRA, etc.) et aux examens professionnels (CRFPA, etc.).**

ISBN: 978-2-311-41161-4



9 782311 411614

29,90 €

Retrouvez tous les
ouvrages Vuibert sur **www.Vuibert.fr**

