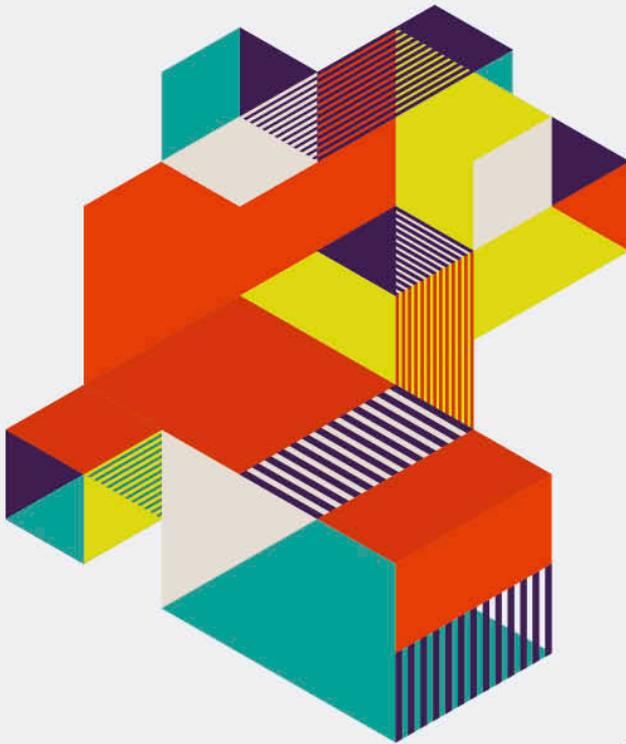


Michel **Degoffe**

# Droit administratif

5<sup>e</sup> édition



ellipses

# La juridiction administrative

Un droit administratif distinct du droit civil est étroitement lié à l'existence d'une juridiction administrative distincte du juge judiciaire. Même si un juge judiciaire unique aurait pu développer des règles spéciales à l'activité de l'administration. C'est pourquoi, il convient de rappeler dans un premier temps, les circonstances ayant conduit à la naissance d'une juridiction administrative.



## CHAPITRE 1

# Le statut de la juridiction administrative

La juridiction administrative est née au sein de l'administration. Elle n'a gagné que progressivement son indépendance. Cette situation a joué un rôle dans l'élaboration du droit administratif.

### Section 1 – La lente consécration d'une juridiction administrative indépendante

L'œuvre de la Révolution débouche sur le plus mauvais des systèmes, le règlement des litiges administratifs est confié à l'administration elle-même. Ce n'est que progressivement que des organismes indépendants puis de véritables juridictions sont créés.

#### 1. Le règlement du contentieux administratif est confié à l'administration elle-même

1. La naissance d'une juridiction administrative indépendante de l'administration a été bien décrite par Jacques Chevallier. Selon la doctrine dominante, la loi des 16-24 août 1790 constitue l'acte-fondateur du droit administratif moderne et la source du système contemporain de dualité de juridiction<sup>1</sup>. Son article 13 interdit aux juges de troubler « de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ».

Jacques Chevallier a démontré que, par cet article, les révolutionnaires ne voulaient pas créer une juridiction administrative. Ils voulaient seulement lutter contre les abus des parlements de l'ancien régime (qui étaient des juridictions) qui avaient tendance à se comporter en administrateur ; par exemple, prendre des règlements de police. Mais, tout en votant sans difficulté cet article 13, l'assemblée révolutionnaire ne parvient pas à s'entendre sur la dévolution du contentieux administratif : à qui confier le contentieux de l'administration ? Certains préconisent que ce contentieux soit confié au juge civil. D'autres souhaiteraient qu'il y ait des tribunaux d'administration comme il existe, par exemple, des tribunaux de commerce donc intégrés à un ordre juridictionnel unique.

---

1. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public » ; « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA* 1990, p. 26.

Les tribunaux d'administration comme les tribunaux de commerce auraient été soumis au contrôle de la Cour de cassation. En tout cas, aucun ne suggère l'existence d'un ordre juridictionnel administratif distinct de l'ordre judiciaire. Pourtant, finalement, les lois qui seront adoptées en septembre et octobre 1790 aboutiront au plus mauvais des systèmes : le contentieux administratif est confié à l'administration elle-même. Les directoires de département, par exemple. Le Roi, quant à lui, se voit doté de pouvoirs d'annulation et de réformation des décisions des directoires de département. En outre, la loi des 7-14 octobre 1790 donne au « Roi chef de l'administration générale » compétence pour statuer sur « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ». Ces attributions contentieuses seront transférées par la loi des 27 avril-25 mai 1791 à un Conseil d'État composé du Roi et des ministres : l'article 17-2 lui attribue le pouvoir d'annulation des actes administratifs irréguliers ; et surtout l'article 17-1 lui confère pouvoir de juridiction sur les questions relevant des administrateurs locaux et sur « toutes les autres parties de l'administration générale » ; le Conseil d'État devient ainsi le tribunal administratif de droit commun pour tout ce qui n'est pas donné aux administrations locales.

Les révolutionnaires se sont résolus à confier le contentieux administratif aux administrateurs car, à l'époque, les administrateurs sont élus comme le sont les juges. Les administrateurs ne présentent donc pas *a priori* moins de garanties que les juges.

La juridiction administrative se construira ensuite à l'intérieur de l'administration car on prendra progressivement conscience qu'il n'est pas sain que l'administration statue sur des litiges dans lesquels elle est partie. Aujourd'hui encore, la juridiction administrative conserve des séquelles de cette naissance : elle n'est pas, par exemple, une composante de l'autorité judiciaire au sens du titre VIII de la Constitution.

## 2. L'apparition d'organes juridictionnels spécialisés et indépendants au sein de l'administration

2. Tout d'abord, la Constitution de l'an VIII crée le Conseil d'État (même si une institution appelée ainsi était déjà apparue sous la Révolution) et la loi du 28 pluviôse an VIII les Conseils de préfecture. On ne peut pas encore parler de juridiction administrative indépendante : il s'agit d'organes spécialisés à l'intérieur de l'administration. D'ailleurs, au début de la Restauration, l'idée s'impose que « juger l'administration c'est encore administrer » (selon la formule d'Henri de Pansey).

Le Conseil d'État est toujours régi, et ce jusqu'en 1872, par le principe de la justice retenue (qu'il faut distinguer de la justice déléguée) : le Conseil d'État se borne à préparer un projet d'arrêt que le Chef de l'État suivra ou pas : le pouvoir juridictionnel appartient donc formellement au chef de l'État.

Les Conseils de préfecture disposent, eux, dès l'origine de la justice déléguée. Mais, leur indépendance n'est pas assurée : le préfet les préside ; les conseillers de préfecture qui souhaitent faire carrière ne doivent pas déplaire au préfet. Les Conseils de préfecture ont des compétences d'attribution.

Les organes administratifs gardent d'importantes fonctions juridictionnelles : le ministre apparaît notamment comme le juge de droit commun dont la saisine est obligatoire chaque fois que la loi n'a pas attribué compétence à un tribunal spécial. Le XIX<sup>e</sup> siècle sera donc une longue quête de l'indépendance de la juridiction administrative.

### 3. L'apparition de juridictions administratives

3. Le Conseil d'État devient une véritable juridiction par la loi du 24 mai 1872<sup>1</sup>. C'est donc une grande loi au point que lorsque le Conseil constitutionnel cherchera à consacrer l'existence de compétences constitutionnellement garanties à la juridiction administrative (c'est-à-dire qu'une loi ne peut lui enlever) il verra dans cette loi l'expression d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. En instituant la « justice déléguée », cette loi fait du Conseil d'État une véritable juridiction. Certes, pour beaucoup, il s'agissait surtout de consacrer en droit ce qui existait déjà car sous les régimes précédents, le Conseil d'État avait acquis une véritable indépendance de fait. En effet, les avis qu'il rendait sur une question étaient fréquemment homologués par le chef de l'État. Mais on peut soutenir aussi que le Conseil d'État sachant que ses avis devaient être homologués par le Chef de l'État proposait des solutions qui pouvaient avoir l'aval du chef de l'État<sup>2</sup>.

L'article important de cette loi de 1872 est l'article 9 : « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs, formés contre les actes des différentes autorités administratives. ». À l'occasion du vote de cette loi, des voix hostiles à la juridiction administrative s'exprimèrent. Ainsi, Raudot déclarait-il

1. R. Drago, « La loi du 24 mai 1872 », *EDCE*, 1972

2. Dans une thèse soutenue en 2021, Verlainne Etame Sone recense quelques cas de refus d'homologation. « D'abord, l'affaire Mérilhou relative au recours introduit par un magistrat réclamant son traitement pour la période de suspension qu'il avait subie en 1848. L'avis du Conseil d'État avait été délibéré en 1852 pour être approuvé seulement le 8 mai 1861 (*S.*, 1862, 2, 491 ; *D.*, 1862, 3, 49). Ce fut aussi le cas d'une affaire relative au recours contre un arrêté du conseil de préfecture de la Seine plaidée pour la première fois en 1841, dont le roi Louis-Philippe avait refusé de signer le projet de décision qui lui avait été présenté, et reprise en 1856 (*CE*, 18 août 1856, *Liste civile, Rec.*, 545) ». Verlainne Etame. Sone, Les incidences contentieuses des fonctions non juridictionnelles du Conseil d'État. Etude sur la dualité fonctionnelle, Thèse Université de Paris 2021.

(séance du 19 février 1872) que « l'État est juge et partie dans les procès administratifs. Il demanda que fût supprimée dans le futur article 9 l'expression en vertu de laquelle le Conseil d'État était compétent « sur les recours en matière contentieuse administrative ». C'était admettre que le Conseil d'État pouvait être compétent en matière d'excès de pouvoir mais rejeter sa compétence dans le domaine du plein contentieux ». Partout, ajouta-t-il, où il y a un droit privé qui est lésé ce droit doit avoir la protection des tribunaux de droit commun. Tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, les libéraux critiquèrent l'existence d'une juridiction administrative. Il arrive qu'on entende encore cette critique de ce courant politique.

4. **En vertu de l'article 9 de la loi de 1872**, le Conseil d'État titulaire de la justice déléguée (« souverainement ») est donc détenteur d'une double compétence qu'il est important de distinguer : les recours en matière contentieuse et les recours pour excès de pouvoir. L'attribution de la seconde (c'est-à-dire le pouvoir d'annuler les actes administratifs unilatéraux de l'administration) au juge administratif n'a jamais été contestée. La matière contentieuse, cela vise les litiges dans lesquels le justiciable peut invoquer un droit subjectif (contrat, responsabilité) que l'administration aurait méconnu. En 1987, le Conseil constitutionnel a essentiellement constitutionnalisé la première. L'expression autorité administrative revêt également une grande importance en droit administratif : quand le juge devra se demander s'il peut examiner un acte unilatéral qu'un justiciable lui défère, il devra se demander si cet acte a été édicté par une autorité administrative. L'évolution du droit administratif a consisté à donner un contenu de plus en plus étendu à cette notion d'autorité administrative : une personne publique (État, collectivité territoriale, établissement public) peut se comporter en autorité administrative, c'est-à-dire édicter des actes administratifs unilatéraux ; mais, une personne privée également, à certaines conditions.
5. Le Conseil d'État est définitivement assis dans nos institutions. Il y eut un simple soubresaut en 1963<sup>1</sup>. Le général de Gaulle n'avait pas apprécié l'arrêt Canal du 19 octobre 1962 dans lequel le Conseil d'État déclarait recevable le recours pour excès de pouvoir contre une ordonnance du président de la République prise en vertu de la loi du 13 avril 1962 adoptée par voie de référendum. Le Conseil d'État avait annulé l'ordonnance instituant une cour militaire de Justice pour violation des principes généraux du droit pénal. Furieux, le général envisagea une profonde réforme du Conseil d'État. Le garde des Sceaux de l'époque, J. Foyer, souhaitait ne lui conserver en matière contentieuse que les recours contre les décrets. Mais, finalement, la crise aboutit à une réforme plus limitée<sup>2</sup>.

1. R. Drago, « La réforme du Conseil d'État », *AJDA*, 1963, p. 524

2. Voir D. Labetoulle, « Et si l'arrêt Canal avait été différent ? », *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 617.

6. Le Conseil d'État met un terme également à la théorie du ministre-juge<sup>1</sup>. Jusqu'à cet arrêt Cadot, sauf texte spécial accordant la compétence à une juridiction (par exemple, les Conseils de préfecture pour les litiges relatifs aux travaux publics), un litige opposant un particulier à l'administration devait être porté devant le ministre qui statuait sur ce litige : le ministre était donc juge de première instance. Il subsiste quelque chose de la théorie du ministre-juge. Lorsqu'un particulier souhaite engager la responsabilité d'une personne publique, il ne peut pas introduire son action directement devant le juge administratif, il doit d'abord présenter sa demande devant l'autorité administrative compétente. Et c'est seulement si celle-ci refuse de faire droit à sa demande, qu'il pourra saisir le juge : c'est la règle de la décision préalable, survivance de l'époque où l'on saisissait le ministre avant d'aller devant le juge.

À partir de l'arrêt Cadot, le Conseil d'État devient le juge de droit commun, c'est-à-dire celui qu'il faut saisir lorsqu'aucun texte n'a attribué compétence à un autre juge.

7. Les réformes successives de la juridiction administrative viseront ensuite à alléger les charges du Conseil d'État. Dans un colloque consacré à la croissance du contentieux administratif, Y. Gaudemet constatait que depuis quarante ans, le nombre de recours porté devant les tribunaux administratifs double tous les dix ans. 30 000 requêtes étaient enregistrées en 1955-1956. Le nombre a cru pendant les années 60. Puis, il n'a cessé d'augmenter : 40 000 requêtes en 1980, 70 000 en 1990, 172 195 en 2009<sup>2</sup>, 213 029 en 2018<sup>3</sup>. Il y a des contentieux de masse : le contentieux des étrangers, des refus de concours de la force publique et du permis de conduire représentent 38 % des requêtes enregistrées dans les tribunaux administratifs de France, 52 % dans les tribunaux administratifs d'Île-de-France<sup>4</sup>. Un décret-loi de 1953 crée les tribunaux administratifs qui se substituent aux Conseils de préfecture. Mais à la différence de ceux-ci qui étaient des juridictions spéciales, d'attribution, les tribunaux administratifs deviennent les juges de droit commun. Le Conseil d'État devient, alors, donc essentiellement juge d'appel. Il conserve quelques compétences en premier et dernier ressort et juge de cassation.

La loi du 31 décembre 1987 retire au Conseil d'État ses compétences d'appel pour les confier aux cours administratives d'appel qu'elle crée<sup>5</sup>. Le Conseil d'État devient alors essentiellement un juge de cassation. Il conserve cependant quelques compétences en premier et dernier ressort (art. R. 311-1, code de justice

---

1. CE 13 décembre 1889 *Cadot*, *rec.* p. 1148, conclusions Jagerschmidt, S. 1892-3-17, Note Hauriou, *CAJA* 2023, n° 5.
2. Y. Gaudemet, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA* 2001, p. 464.
3. Selon le rapport d'activité 2019 établi par le Conseil d'État.
4. André Schilte, « Dix ans de croissance du contentieux administratif... Les réponses de la juridiction administrative », *RFDA* 2011, p. 674.
5. Sur les origines de cette loi, C. Meurant, « Le rôle du Parlement dans la genèse de la loi du 31 décembre 1987 », *AJDA* 2018, p. 779.

administrative : il est compétent pour connaître en premier et dernier ressort de recours contre les ordonnances, les décrets, les actes réglementaires des ministres...). Il arrive aussi que les cours administratives d'appel soient compétentes en premier et dernier ressort, solution permise par l'article L. 211-1 du code de justice administrative<sup>1</sup>. Par exemple, la cour administrative d'appel de Nantes est compétente en premier et dernier ressort pour connaître des litiges portant sur les décisions relatives aux installations de production d'énergie renouvelable en mer et leurs ouvrages connexes<sup>2</sup>.

8. Enfin, un décret du 7 janvier 2009 multiplie les hypothèses où le président du tribunal administratif (ou un magistrat qu'il délègue) peut statuer seul (art. R. 222-13 du code de justice administrative)<sup>3</sup>; dix matières sont visées, parmi lesquelles par exemple, les actions indemnitaires dont le montant est inférieur à 10 000 euros. Dans ces affaires, les parties ne pourront pas faire appel devant la cour administrative d'appel. Seul un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État est possible (art. R. 811-1). Par exemple, le président du tribunal administratif statue seul, après audience publique et audition du rapporteur public sur les litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires ou agents de l'État et des autres personnes ou collectivités publiques, ainsi que des agents ou employés de la Banque de France, à l'exception de ceux concernant l'entrée au service, la discipline et la sortie du service. Quand il s'agit d'un litige indemnitaire, cette compétence vaut quel que soit le montant de la somme en jeu. En d'autres termes, il ne faut pas relier les neuf autres compétences avec la dixième qui vise les litiges inférieurs à 10 000 euros<sup>4</sup>. Ce décret a encore été modifié en 2013 allongeant les hypothèses où le président du tribunal administratif statue seul avec l'ouverture contre ses décisions seulement d'un recours en cassation devant le Conseil d'État, c'est-à-dire un recours plus coûteux (il faut prendre un avocat au Conseil) et moins efficace puisque la cour administrative d'appel reprend complètement l'affaire alors que le Conseil d'État, juge de cassation, ne reprend pas, normalement, l'examen des faits. Il vérifie seulement que le juge de première et dernier ressort a juridiquement bien jugé l'affaire. Le décret n° 2013-730 du 13 août 2013 portant modification du code de justice administrative (partie réglementaire) dispose que le président du tribunal administratif statue seul sur une dizaine d'affaires dont notamment les litiges relatifs au permis de conduire ce qui a provoqué le courroux des avocats spécialistes de ces dossiers (art. R. 222-13, code de justice administrative).

1. O. Le Bot, « La compétence de première instance des cours administratives d'appel », *AJDA* 2018, p. 785.

2. Décret n° 2016-9 du 8 janvier 2016, voir O. Le Bot, « La compétence de première instance des cours administratives d'appel », *AJDA* 2018, p. 785.

3. Le Conseil d'État, lui-même, n'échappe pas à cette évolution. Voir Bruno Odent, *Réflexions sur 40 ans de pratique du contentieux administratif*, Mélanges en l'honneur de Philippe Lauvaux, p. 780, Edition du Panthéon-Assas, 2021, p. 780 : 45% des affaires portées devant le Conseil d'État en 2018 étaient jugées par ordonnance, c'est-à-dire par un président de chambre ou un de ses délégués.

4. CE 10 octobre 2012 Mme Cadar, n° 348475, *AJDA* 2012, p. 2282.

#### 4. La constitutionnalisation de la juridiction administrative

En 1963, le général de Gaulle mécontent de l'arrêt Canal envisagea de réduire considérablement les compétences du Conseil d'État. Il n'en fut rien. Mais l'anecdote révèle la faiblesse relative de la juridiction administrative. Cette faiblesse ne doit pas être ignorée pour analyser la jurisprudence du Conseil d'État : si son indépendance n'est pas pleinement assurée par rapport à l'administration, il s'autolimitera et se gardera d'adopter des solutions audacieuses.

9. Le Conseil constitutionnel a rendu une décision très importante en 1987 qui constitutionnalise la juridiction administrative ou plus exactement qui affirme que certains litiges doivent en vertu de la Constitution être tranchés par la juridiction administrative : indirectement, c'est donc consacrer l'existence d'une juridiction administrative<sup>1</sup>. Cela signifie donc que, pour supprimer la juridiction administrative, il faudrait réviser la Constitution.

Cette décision fut précédée d'une décision du 22 juillet 1980<sup>2</sup> consacrant l'indépendance de la juridiction administrative comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Toutefois, la doctrine s'accordait à penser que cette décision se bornait à garantir l'indépendance de juridictions existantes, tant qu'elles existaient mais ne s'opposait pas à leur disparition.

La décision de 1987 constitutionnalise, cette fois, sans discussion possible la juridiction administrative. Le Conseil constitutionnel était saisi d'une loi transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, « organisme administratif » créé par une ordonnance quelques mois plus tôt de la juridiction administrative au juge judiciaire (la Cour d'appel de Paris). Le Conseil constitutionnel affirme que « *figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus de la loi de la République », celui selon lequel à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire<sup>3</sup>, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative, l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des*

---

1. Décision n° 86-224 DC 23 janvier 1987 (Rec. 8). Note B. Genevois (RFDA 1987, p. 287) ; J. Chevallier (AJDA 1987, p. 315) ; Y. Gaudemet RDP 1987, p. 1341 ; L. Favoreu (RDP 1989, p. 482) ; J.F. Sestier JCP 1987 II n° 20854 ; D. Rousseau (JCP 1987, Cahiers du droit de l'entreprise, n° 25 p. 30) ; Fr. Luchaire (D. 1987 JP, 117) ; « Grandes décisions du Conseil Constitutionnel » n° 43 ; Note JM Sorel (RA 1988 p 29) ; GAJA 2023, n° 79, <https://www.youtube.com/watch?v=2e-OBpg3Kok>.
2. CC 22 juillet 1980 Lois de validation (46) ; Note G. Carcassonne (AJDA 1980, p. 480 et 602) ; L. Favoreu (RDP 1980, p. 1658) ; GDCC n° 31.
3. G. Eveillard, « Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », AJDA 2017, p. 101. G. Eveillard identifie trois matières que la jurisprudence du Conseil constitutionnel réserve à la compétence du juge judiciaire : les atteintes à la liberté individuelle (et pas, nous le verrons plus loin, aux libertés fondamentales), la propriété privée (uniquement immobilière) et les affaires relatives à l'organisation de la justice judiciaire.

*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<sup>1</sup>... »*

10. Le Conseil constitutionnel fonde l'existence constitutionnelle de la juridiction administrative sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République, rappelé par la loi du 24 mai 1872. Il ne s'appuie pas sur la loi des 16-24 août 1790, dont on a souligné l'importance dans la naissance d'une juridiction administrative. Cette solution ne peut pas surprendre compte tenu de ce que l'on a dit de cette loi de 1790. Qui plus est, votée sous la monarchie constitutionnelle, elle ne pouvait pas être l'expression d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Cela ne veut pas dire que la loi des 16 et 24 août 1790 n'a pas joué un rôle et ne conserve pas un rôle dans la détermination des compétences de la juridiction administrative. Cette loi est le fondement du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, utilisé aujourd'hui encore pour justifier l'incompétence du juge judiciaire pour apprécier la légalité des actes administratifs<sup>2</sup>.
11. Plutôt que d'insister sur le renforcement de la stabilité de la juridiction administrative (désormais, elle ne peut plus être supprimée puisque, elle seule, peut connaître de certains contentieux), Y. Gaudemet y voyait la porte ouverte à une politique des blocs de compétence s'opérant au détriment du juge administratif. Par exemple, nul doute que le contentieux de la responsabilité n'est pas compris dans le considérant précité, le législateur peut donc fort bien le confier au juge judiciaire.

La signification profonde de la décision du 23 janvier 1987 semble se trouver tout entière dans l'expression « relève en dernier ressort de la juridiction administrative... »<sup>3</sup> Le Conseil constitutionnel rejoint là les préoccupations et la jurisprudence du Conseil d'État : l'essentiel est la sauvegarde, quoi qu'il advienne, du contrôle de légalité. L'on retrouve trace de ce souci dans des arrêts fondamentaux de la juridiction administrative. On peut citer les arrêts d'Aillières<sup>4</sup> et dame Lamotte<sup>5</sup>.

1. Pour une définition de cette notion, trente ans avant sa formulation constitutionnelle : G. Vedel. « Les bases constitutionnelles du droit administratif ». *EDCE* n° 8, 1954 et préface de G. Vedel à la 7<sup>e</sup> édition du « *Thémis* » de *Droit administratif*, 1980. Georges Vedel était membre du Conseil constitutionnel en 1987. F. Melleray, « En relisant la décision du Conseil de la concurrence. » *AJDA* 2017, p. 91. Voir aussi CC 28 juillet 1989 « Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France » (*AJDA* 1989, p. 619, Note J. Chevallier).
2. TC 17 octobre 2011 Préfet de la région Bretagne, Préfet d'Ille-et-Vilaine, SCEA du Chêneau c/ INAPORC, n° 3828, *RFDA* 2011, p. 1122, concl. J-D. Sarcelet, p. 1129, note B. Seiller, p. 1136, note A. Roblot-Troizier, *AJDA* 2012, p. 27, chron. M. Guyomar et X. Domino, *GAJA* 2023, n° 105. Incompétence certes écornée, comme on le verra.
3. Considérant 15 précité.
4. CE 7 février 1947 D'Aillières, *GAJA* 2023, n° 53 ; Note Morange, *JCP* 1947 -n° 3508-3509 ; *RDJ*, 1947, p. 68, conclusions Odent.
5. CE 17 février 1950 « Dame Lamotte », *GAJA* 2023, n° 55 ; *RDJ* 1951, p. 478, conclusions Delvolvé, note M. Waline. Voir aussi conclusions Heumann sur CE 17 mai 1957 Sieur Simonnet *Recueil Lebon*, p. 314 ; CE 17 avril 1953 Falco et Vidailac *Rec 175* ; conclusions Théry sur CE 20 janvier 1971 Sieur Bouez et UNEF *AJDA* 1971, p. 519.

Dans ces deux décisions, le Conseil d'État neutralise des lois qui excluaient tout recours contre les décisions de juridiction (arrêt d'Aillières) et d'autorités administratives (Dame Lamotte). Le Conseil d'État estime que cela ne peut pas exclure la possibilité d'introduire un recours en cassation (quand il s'agit d'une décision juridictionnelle) ou un recours pour excès de pouvoir (quand il s'agit d'une décision administrative). En d'autres termes, si le législateur veut exclure ces recours, il doit le prévoir expressément<sup>1</sup>. Et d'ailleurs, si le législateur apportait aujourd'hui une telle précision, elle serait censurée par le Conseil constitutionnel qui y verrait une atteinte au droit constitutionnel de recours.

## Section 2 – **La confrontation de la juridiction administrative aux exigences externes**

12. Le modèle français de dualité de juridictions, donc l'existence d'une juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire a essaimé. Ce succès ne masquait pas, cependant, les imperfections de la juridiction administrative au regard du modèle inscrit dans la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales européenne (la Convention européenne des Droits de l'Homme) dans son article 6-1 :

« 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. Le jugement doit être rendu publiquement... ».

13. L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme a nécessité une réforme de la juridiction administrative sur certains points. La participation de la France à l'Union européenne rendrait également difficile tout retour en arrière. Le juge national est « juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire » comme l'affirme le Conseil d'État dans l'arrêt Perreux<sup>2</sup>. La Commission européenne poursuivrait donc pour manquement, un État qui mettrait en cause l'indépendance de ses juridictions. La Cour de Justice de l'Union européenne a d'ailleurs, condamné la Pologne pour un tel manquement<sup>3</sup>. En particulier, l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux disposent que « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à

1. J.P. Chaudet les érige en principes généraux de procédure « *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse* » LGDJ, 1966.

2. CE 30 octobre 2009 Mme Perreux, n° 298348.

3. CJUE 5 novembre 2019, Commission c/ Pologne, aff. C-192/18.

ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi ».

Jusqu'à la fin des années 1990, le juge administratif était un juge qui statuait lentement, selon une procédure écrite (les parties échangeant des mémoires). La Cour européenne des droits de l'Homme a obligé le Conseil d'État à repenser son organisation. Cela vise, tout d'abord, la dualité des fonctions consultatives et juridictionnelles. Cela vise ensuite l'institution spécifique du commissaire du gouvernement. Enfin, le législateur a dû réformer et développer les procédures d'urgence où l'oralité joue un plus grand rôle.

## 1. La pluralité des fonctions exercées par le Conseil d'État

Cela vaut essentiellement pour le Conseil d'État. On l'a dit, le Conseil d'État, à l'origine, est l'auxiliaire du Chef de l'État ; les liens avec l'administration sont donc très forts. Manifestation la plus connue du lien entre l'administration et le Conseil d'État, la présidence du Conseil d'État est confiée au Premier ministre. Cela étant, l'article L. 121-1 du code de justice administrative dispose désormais que « la présidence du Conseil d'État est assurée par le vice-président » ce qui rend encore plus formelle la présidence du Premier ministre.

14. Le Conseil d'État est un juge mais il est aussi le conseiller du gouvernement. Ainsi, à côté de la section du contentieux qui juge les litiges (celle qui rend les arrêts), il y a six sections administratives : la section de l'Intérieur, la section des finances, la section des travaux publics, la section sociale, la section du rapport et des études devenue en 2024, la section des études, de la prospective et de la coopération et enfin, la section de l'administration ; cette dernière ayant été créée en 2008<sup>1</sup>.

Ces missions sont énumérées aux articles L. 112-1 du code de justice administrative :

- Le Conseil d'État participe à la confection des lois et ordonnances. Il est saisi par le Premier ministre des projets établis par le Gouvernement. Les avis que rend le Conseil d'État sur les projets de loi sont rendus publics et ce, depuis 2015. C'est un choix de l'exécutif qui n'a pas été consacré, pour l'instant, par un texte formel. Au contraire, l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration range les avis du Conseil d'État parmi les documents non soumis à l'obligation de communication. Cette publicité a pu changer le contenu de l'avis : le Conseil d'État pouvant craindre que son avis fasse l'objet d'une instrumentalisation politique, il en mesurera les termes<sup>2</sup>.

1. Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État. Voir P. Conod, « Le Conseil d'État à la croisée des chemins », *AJDA* 2008, p. 630.

2. Voir la chronique de Clément Malverti et Cyrille Beaufiles, *AJDA* 2021, p. 270.

15. Le Conseil d'État donne son avis sur les projets de décrets et sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires ou qui lui sont soumis par le Gouvernement. L'avis rendu par le Conseil d'État est plus ou moins contraignant pour le gouvernement. Il faut distinguer les décrets simples, les décrets en Conseil d'État, les décrets en conseil des ministres et les décrets en Conseil des ministres et en Conseil d'État. Lorsque le décret est pris en Conseil d'État parce que la loi a imposé cette formalité, le décret finalement édicté ne peut pas être différent du texte adopté par le Conseil d'État. Le guide de légistique qui est un document élaboré par le secrétariat général du gouvernement et par le Conseil d'État dans le but d'aider les autorités compétentes pour élaborer un texte administratif (ordonnance, décret, arrêté) à le faire sans erreur, rappelle cette exigence<sup>1</sup>, jurisprudence à l'appui<sup>2</sup>. Mais, en tout état de cause, le décret édicté pourra faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État.

Il n'est pas question pour l'instant, de rendre publics les avis rendus par le Conseil d'État sur les projets de décret. Le justiciable n'a pas connaissance de l'avis qui a été rendu sur le projet de décret puisqu'il est secret. Depuis un décret de 2011, lorsqu'un justiciable introduit un recours contre ce décret, « les membres du Conseil d'État qui participent au jugement des recours dirigés contre des actes pris après avis du Conseil d'État ne peuvent pas prendre connaissance de ces avis, dès lors qu'ils n'ont pas été rendus publics, ni des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis »<sup>3</sup>.

16. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, le Conseil d'État peut être également consulté sur les propositions de lois (art. 39, alinéa 5 de la Constitution). Seul le président de la chambre peut prendre cette initiative, l'auteur de la proposition pouvant s'y opposer. On peut craindre que cette possibilité fasse l'objet de détournement politique : le président sollicitera-t-il le Conseil d'État quand l'initiative de la proposition émane d'un membre de la majorité ?<sup>4</sup> En 2011, le Conseil d'État a été saisi de cinq propositions de lois.

Saisi d'un projet de texte, le Conseil d'État donne son avis et propose les modifications qu'il juge nécessaires.

En outre, il prépare et rédige les textes qui lui sont demandés (art. L. 112-1).

- Le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. (art. 112-2).

1. Guide de légistique, 3<sup>e</sup> édition mise à jour, 2017.

2. CE 2 mai 1990 Joannides, n° 86662.

3. Art. R. 122-21-3 du code de justice administrative. E. Sagalovitch, « De l'équité des procès des actes pris après avis du Conseil d'État », *AJDA* 2015, p. 2129.

4. Voir P. Gonod, « L'examen des propositions de loi par le Conseil d'État : procédure novatrice ou simple gadget ? » *RFDA* 2009, p. 890.

- Le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général. (art. 112-3). Le Conseil d'État élabore chaque année un rapport dans lequel il retrace son activité consultative et contentieuse. Il développe également un thème d'étude. C'est une manière pour le Conseil d'État de participer à l'activité doctrinale. J. Caillosse le qualifie d'« intellectuel organique de l'État », seule institution publique ou presque qui peut réfléchir sur l'évolution de l'État<sup>1</sup> ». C'est la mission de la Section du rapport et des Études créée en 1985. Outre cette tâche, cette Section peut élaborer des rapports à la demande du gouvernement (ce dernier n'abuse pas de cette faculté)<sup>2</sup>. Elle peut également être saisie des difficultés que rencontre un justiciable pour obtenir l'exécution d'une décision de justice.
17. Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel connaissent également cette dualité de fonction. Plus sobrement, l'article L. 212-1 du code de justice administrative dispose que « outre leurs attributions juridictionnelles, les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel exercent des fonctions consultatives. ». Seul le préfet peut saisir le tribunal administratif<sup>3</sup>. Les élus locaux souhaiteraient que cette possibilité leur soit étendue. Mais, lors de la discussion de la proposition de loi de simplification et d'amélioration du droit qui devient la loi du 17 mai 2011, un amendement qui offrait cette faculté a été rejeté<sup>4</sup>.
  18. Il est aisé de comprendre que ce mélange des genres peut inquiéter. Imaginons que le Conseil d'État qui a conseillé le gouvernement en étant consulté sur un décret, doive ensuite connaître d'un recours pour excès de pouvoir contre ce décret. Ce risque de confusion était d'autant plus grand que la réforme du Conseil d'État intervenue en 1963 avait souhaité que les membres du Conseil d'État gardent conscience de la difficulté de l'action administrative et siègent à la fois dans les sections administratives et dans la section du contentieux. L'application de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux administratif a obligé à reprendre la question. La Cour européenne a en effet été saisie de ce problème, dans l'affaire Procola<sup>5</sup> à propos du Conseil d'État luxembourgeois qui, lui aussi, avait des fonctions administratives et juridictionnelles<sup>6</sup>.  
 Dans l'affaire Procola, la Cour européenne a censuré le cumul des fonctions consultatives et juridictionnelles du Conseil d'État luxembourgeois. Le justiciable, l'association Procola alléguait le manque d'impartialité du Conseil d'État

1. J. Caillosse, « Variations autour du rapport public annuel », *AJDA* 2013, p. 1034.

2. Voir le témoignage d'un ancien président de la Section, Jean-Michel Belorgey, *RFDA* 2015, p. 238.

3. J-C. Hélin, « Le contrôle de légalité des actes locaux en France », *AJDA* 1999, p. 767

4. Bénédicte Delaunay, Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations, *AJDA* 2011, p. 1180.

5. CEDH 28 septembre 1995 Procola c./ Luxembourg, Série A n° 26.

6. Jean-Louis Autin et Fr. Sudre, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. À propos de l'arrêt Procola du 28 sept. 1995 », *RFDA* 1996, p. 777.

du Luxembourg au motif que quatre des cinq membres composant le comité du contentieux (du Conseil d'État) ayant statué par un arrêt sur ses recours en annulation contre un règlement avaient auparavant siégé dans la formation consultative du Conseil d'État qui s'était prononcé sur le projet de règlement.

Pour juger que le Conseil d'État luxembourgeois souffrait d'un défaut d'impartialité, la Cour européenne a retenu deux éléments :

- Avant de statuer au contentieux, le Conseil d'État avait eu à délibérer en formation consultative sur les actes essentiels qui sont à l'origine du litige.
  - La composition de la formation de jugement à savoir le Comité du contentieux du Conseil d'État : 4 des 5 conseillers d'État formant l'instance juridictionnelle avaient déjà participé aux délibérations du Conseil lors de l'examen pour avis des projets de textes que le justiciable attaquait.
19. L'arrêt Procola ne pouvait laisser indifférent le juge administratif français. Mais la situation devant le Conseil d'État français ne se présentait pas de la même manière que devant le Conseil d'État luxembourgeois. Jamais, au Conseil d'État français, une proportion aussi écrasante de membres de la formation de jugement ne pouvait avoir connu de l'affaire auparavant en formation consultative. En outre, une règle non écrite imposait au membre du Conseil d'État ayant connu de l'affaire auparavant qu'il se « déporte », c'est-à-dire s'abstienne de siéger.
20. L'arrêt Procola ne remet pas en cause la règle de la double appartenance selon laquelle tout membre du Conseil d'État participe normalement à ses deux missions consultative et juridictionnelle par une affectation conjointe à la section du contentieux et à une section administrative. La Cour européenne a confirmé que la dualité fonctionnelle du Conseil d'État n'est pas contraire à l'article 6 mais sous certaines réserves<sup>1</sup>. La Cour européenne estime que l'article 6 précité ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction ait également une fonction de conseil auprès de l'exécutif. Elle s'oppose seulement à ce qu'un juge statue sur une affaire dont il a connu auparavant dans ses fonctions administratives. La règle en vigueur au Conseil d'État de double appartenance de chaque membre dans une section administrative et dans la section contentieuse n'est donc pas contraire à l'article 6. Simplement, le juge doit se « déporter » s'il est amené à statuer sur une affaire dont il a eu à connaître. En vertu de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, le ministre peut assigner à résidence un individu « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » (art. 6). Cette mesure qui oblige notamment la personne visée à aller pointer au commissariat un maximum de trois fois par jour, à demeurer au moins douze heures par jour chez elle, ne peut avoir une durée excédant douze mois. Toutefois, avec l'accord du juge des référés du Conseil d'État, le ministre pouvait proroger cette mesure. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel

1. CEDH 9 novembre 2006 Société Sacilor-Lormines c/ France, note J.-L. Autin et F. Sudre, *RFDA* 2007, p. 342.

a jugé que cette intervention d'une formation du Conseil d'État était contraire au principe d'impartialité car, en dernier lieu, en cas de recours, c'est le Conseil d'État qui sera amené à contrôler une mesure qu'il a autorisée<sup>1</sup>.

21. Lorsqu'un État ne respecte pas les règles du droit de l'Union européenne, la Commission peut le poursuivre pour manquement. Si ce dernier est avéré, la Cour de Justice de l'Union européenne condamnera l'État. Pour la première fois, en 2018, la Cour de Justice a admis que le manquement pouvait être le fait d'une juridiction, en l'occurrence, le Conseil d'État français<sup>2</sup>. La société victime de ce manquement (il s'agissait d'une mauvaise interprétation de la règle fiscale par le Conseil d'État) a introduit une action en responsabilité contre l'État devant le Conseil d'État pour le préjudice subi du fait de cette mauvaise interprétation. Le Conseil d'État était donc amené à connaître d'une action en réparation pour une violation du droit de l'Union européenne qu'il avait commise. Le Conseil d'État a donc jugé que les principes d'indépendance et d'impartialité d'une juridiction impliquent que les « membres de la formation de jugement du Conseil d'État qui a adopté la décision dont il est allégué qu'elle est entachée d'une violation manifeste du droit de l'Union européenne de s'abstenir de siéger dans l'instance qui doit statuer sur l'existence de cette violation »<sup>3</sup>. On se contentera de cette précaution.
22. Une réforme du code de justice administrative intervenue en 2008 renforce encore la séparation entre les fonctions consultatives et juridictionnelles du Conseil d'État<sup>4</sup>. Depuis 2019, les conseillers d'État, les maîtres de requête et les auditeurs peuvent être affectés soit à une, soit à deux sections<sup>5</sup>. La règle non écrite du déport est désormais inscrite dans le code de justice administrative<sup>6</sup>.
23. À la suite de la crise des gilets jaunes, le chef de l'État a voulu réformer la haute fonction publique et supprimer l'ENA. Cela a eu un effet sur le recrutement des membres du Conseil d'État puisque la voie normale d'accès à cette juridiction était de réussir l'ENA et d'être dans les premiers dans le classement de sortie. L'ordonnance du 2 juin 2021 (ordonnance n° 2021-702) portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État supprime l'ENA et la remplace par l'institut national du service public (INSP). Le rapport présentant l'ordonnance au président de la République afin qu'il la signe précise que « nul

1. Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, E. Sagalovitsch, Vers une inconstitutionnalité des décrets pris sur avis conforme du Conseil d'État? *AJDA* 2017, p. 769, *AJDA* 2017, p. 1464, note O. Le Bot.
2. CJUE 4 octobre 2018 Commission c/ France, aff. C-416/17, Europe n° 11, novembre 2018, repère 10, Denys Simon, *RFDA* 2019, p. 139, note A. Liopoulou-Penot, *AJDA* 2018, p. 2280, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser. Voir également S. Gervasoni, CJUE et cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges? *AJDA* 2019, p. 150.
3. CE 1<sup>er</sup> avril 2022 Kermadec, n° 443882, Julie Grangeon, La responsabilité de l'État du fait du juge suprême, *RTDE* 2023, p. 51.
4. Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008, P. Gonod, « Le Conseil d'État à la croisée des chemins? » *AJDA* 2008, p. 630.
5. Art. R. 121-3.
6. « Les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'État, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis » (art. R. 122-21-1).

ne pourra ainsi exercer des fonctions dans les juridictions administratives et financières sans avoir au préalable exercé au sein de l'administration. Il ne sera plus possible d'accéder aux grades supérieurs sans avoir accompli des mobilités. Les recrutements au Conseil d'État et à la Cour des comptes seront davantage ouverts à de nouveaux profils et contribueront plus largement encore à la construction des parcours de carrière des cadres supérieurs, dans le respect des principes que la Constitution et les engagements européens de la France garantissent ». Cela implique un changement de statut pour les auditeurs qui ne seront plus titulaires d'un grade mais nommés dans un emploi temporaire de trois ans, non renouvelable<sup>1</sup>. Pour pouvoir être nommé auditeur, il faudra avoir occupé certains emplois dont la liste est donnée par décret<sup>2</sup>. Il faudra avoir exercé ces fonctions pendant deux ans au moins, cela après avoir suivi la formation de l'INSP. Les candidatures sont examinées par un comité composé de quatre membres, deux membres du Conseil d'État désignés par le vice-président du Conseil d'État, un par le Premier ministre et un autre par le vice-président du Conseil d'État, les deux sur une liste établie par le ministre chargé de la fonction publique. Le comité émet un avis que le vice-président du Conseil d'État n'est pas obligé de suivre. Non-titulaire d'un grade, l'auditeur n'est pas membre du Conseil d'État. Pour garantir son indépendance, il ne pourra être mis à ses fonctions que sur sa demande ou pour des motifs disciplinaires. Les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ne sont pas des emplois parmi lesquels peuvent être choisis les auditeurs. Cette voie d'accès au Conseil d'État leur est donc fermée. Leur syndicat a contesté le décret sur ce point. Le Conseil d'État a rejeté le recours considérant que ces magistrats avaient des voies spécifiques pour intégrer le Conseil d'État<sup>3</sup>.

S'agissant des maîtres des requêtes, il n'y aura plus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, de maîtres des requêtes nommés au tour extérieur. Seront nommé soit des auditeurs ayant exercé cette fonction au moins trois ans, soit des maîtres des requêtes en service extraordinaire. Ces personnes seront choisies par une commission d'intégration présidée par le vice-président et composés de six membres (outre le vice-président, deux autres membres du Conseil d'État choisis par lui, et trois membres nommés par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat).

1. P. Delvolvé, *Le Conseil d'État*, RFDA 2021, p. 874.

2. Décret n° 2021-1216 du 22 septembre 2021 fixant la liste des corps et cadres d'emplois dont les membres peuvent être nommés auditeurs au Conseil d'État et à la Cour des comptes

3. CE 4 avril 2023, n° 458653, Voir L. Ragimbeau, Les transformations du statut des juges administratifs, *AJDA* 2023, p. 1748. Le décret attaqué n'inclut pas les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dans les corps de la haute fonction publique. Ils peuvent l'avoir perçu comme une dégradation. La qualité de magistrats leur est reconnu depuis 2012 mais des magistrats particuliers puisqu'ils sont toujours soumis au code général de la fonction publique.

## 2. Le rapporteur public

24. Le rapporteur public dénommé commissaire du gouvernement jusqu'à un décret du 7 janvier 2009, est une autre institution de la juridiction administrative qui a provoqué des tensions avec la Cour européenne des Droits de l'Homme. Le commissaire du gouvernement est ainsi défini par le code de justice administrative : « un membre de la juridiction, chargé des fonctions de commissaire du gouvernement (aujourd'hui rapporteur public), expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent » (art. L. 7). Le rapporteur public expose ses conclusions oralement. Il doit autoriser la publication de ses conclusions. Mais il n'y est pas obligé<sup>1</sup>. Deux éléments du statut du commissaire du gouvernement pouvaient susciter des inquiétudes au regard des exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : le fait que lors de la procédure orale, il s'exprime le dernier et surtout qu'il se retire avec les autres membres de la formation de jugement pour délibérer. Un justiciable non expert pouvait s'étonner que celui qui venait de conclure pour le rejet de sa requête participât au délibéré. Sentant le vent du boulet, le Conseil d'État avait fait remarquer que ces critiques n'avaient pas lieu d'être<sup>2</sup>. C'était vouloir appliquer le principe du contradictoire à quelqu'un qui n'est pas une partie mais le membre de la juridiction. Membre de la juridiction, il est normal qu'il participe au délibéré. Le rapporteur public n'est pas une partie mais un membre de la juridiction ayant une fonction particulière. Il était donc logique que les parties ne puissent pas lui répondre après qu'il eut prononcé ses conclusions. Il n'a pas le rôle d'un « ministère public » (il ne défend pas les intérêts de l'administration ou de la société) mais celui d'un « jurisconsulte » qui exprime son opinion personnelle devant la formation de jugement avant le délibéré. Le commissaire du gouvernement, par ses « opinions » (art. L. 7 précité) a joué un grand rôle dans l'élaboration du droit administratif. Membre de la juridiction, il était également logique qu'il se retire avec ses collègues pour délibérer.
25. La Cour européenne n'a pas été complètement convaincue par ce plaidoyer<sup>3</sup>. Sur le premier point, si le commissaire du gouvernement s'exprimait en dernier, les avocats qui le souhaitaient pouvaient demander au commissaire du Gouvernement, avant l'audience, le sens général de ses conclusions. Les parties peuvent répliquer, par une note en délibéré, à ces conclusions, ce qui permet, et c'est essentiel aux yeux de la Cour, de contribuer au respect du principe du contradictoire. Le rapporteur public doit communiquer aux parties

1. C. Teitgen-Colly dans son commentaire des arrêts Rubin de Servens et Canal rappelle que J. Chardeau a refusé que ses conclusions sous l'arrêt Canal soient publiées. Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative, LGDJ, 2020.

2. CE 29 juillet 1998 Esclatine, *Recueil Lebon*, p. 320, *AJDA* 1999, p. 69, note F. Rolin, *D.* 1999, p. 85, concl. D. Chauvaux ; voir aussi J.-C. Bonichot et R. Abraham, « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 1998, 1945

3. CEDH 7 juin 2001 Kress, *AJDA* 2001, p. 675, note F. Rolin, *GAJA* 2023, n° 93.

le sens de ses conclusions ainsi que la « teneur » de celles-ci. Le sens c'est-à-dire s'il va conclure à l'annulation de l'acte attaqué, au rejet des conclusions en indemnité par exemple. La teneur, c'est l'argumentaire qu'il va retenir pour en arriver là. Si le rapporteur ne satisfait pas à la première obligation, la décision juridictionnelle rendue sera annulée. En revanche, le non-respect de la seconde obligation n'est pas sanctionné<sup>1</sup>. Cette communication doit avoir lieu dans un « délai raisonnable » en général trois jours avant l'audience. Enfin, au cas où le rapporteur public invoquerait oralement lors de l'audience un moyen non soulevé par les parties, le président de la formation de jugement ajournerait l'affaire pour permettre aux parties d'en débattre. De plus, la procédure suivie devant les juridictions administratives a été modifiée sur ce point. Désormais, les parties peuvent soit en personne, soit par leur avocat présenter des observations orales après la lecture des conclusions du rapporteur public<sup>2</sup>.

En revanche, la Cour européenne juge contraire à l'article 6, la participation du commissaire du gouvernement au délibéré. Certes, il ne votait pas au nom de la règle du secret du délibéré, puisque l'on connaît son opinion (il l'a exprimée oralement). Mais, cela affaiblissait la thèse de l'État français consistant à soutenir que le commissaire du gouvernement est un juge : un juge ne saurait, sauf à se déporter, s'abstenir de voter. La Cour se fonde également sur la théorie des apparences : en s'exprimant publiquement sur le rejet ou l'acceptation des moyens présentés par l'une des parties, le commissaire du Gouvernement pourrait être légitimement considéré par les parties comme prenant fait et cause pour l'une d'entre elles. En vertu de la théorie des apparences, la Cour européenne retient une conception stricte de l'apparence : il ne suffit pas que le juge soit impartial, il faut, en outre, qu'un justiciable non averti n'ait pas de doute à ce sujet.<sup>3</sup>

26. Pour tirer les conséquences de l'arrêt Kress, le gouvernement a modifié le code de justice administrative par décret du 1<sup>er</sup> août 2006<sup>4</sup>. Ce décret distingue la situation devant les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs, d'une part, et le Conseil d'État, d'autre part.

Devant les premières, la décision est délibérée hors la présence des parties et du commissaire du gouvernement (art. R. 732-2, code de justice administrative).

1. CE 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du pays de Martigues, n° 352427, *AJDA* 2013, p. 1276, chron. X. Domino et A. Bretonneau et 1839 étude F. Melleray et B. Noyer, *RFDA* 2013, p. 805, concl. X. de Lesquen. F-X Bréchet, La communication du sens des conclusions du rapporteur public, *RFDA* 2018, p. 1081.

2. Art. 732-1 du code de justice administrative pour les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Pour le Conseil d'État, les parties présentent leurs observations orales avant que le rapporteur public ne présente ses conclusions (art. R. 733-1).

3. CEDH 17 janvier 1970, Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970, série A n° 11, p. 17, § 30.

4. *AJDA* 2006, p. 986.

Devant le Conseil d'État, «sauf demande contraire d'une partie, le commissaire du gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part<sup>1</sup>. La partie qui souhaite que le commissaire n'assiste pas au délibéré doit en faire la demande par écrit. La demande peut être faite à tout moment avant le délibéré<sup>2</sup>. La Cour européenne a jugé que cette faculté de demander que le rapporteur public n'assiste pas au délibéré, suffit pour rendre la procédure conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>.

27. Enfin, un décret du 7 janvier 2009 a substitué à l'expression de commissaire du gouvernement, celle de rapporteur public<sup>4</sup>. Le rapporteur public ne rend pas des conclusions sur toutes les affaires. Il n'en prononce pas lorsque des décisions sont rendues sans audience (c'est le cas lorsque le président de la juridiction ou d'une formation de jugement rend des ordonnances). Il n'en prononce pas non plus en référé (art. L. 522-1 code de justice administrative). Des textes particuliers ont pu, également, exclure ces conclusions ; par exemple, dans les recours contre les arrêtés de reconduite à la frontière<sup>5</sup>. Mais, une loi de 2011 a une portée plus large : elle permet au rapporteur public de proposer au président de la formation de jugement de le dispenser d'exposer ses conclusions à l'audience<sup>6</sup>. Les matières dans lesquelles cette compétence partagée (proposition du rapporteur, décision du président) est possible ont été précisées par décret<sup>7</sup>. Souhaitée par le vice-président du Conseil d'État, cette réforme doit permettre au rapporteur public de se concentrer sur l'essentiel et de ne pas avoir à conclure dans des affaires qui ne présentent pas de difficultés<sup>8</sup>.
28. L'étude du droit administratif passe par une analyse des conclusions des commissaires de gouvernement, aujourd'hui rapporteur public. Certains commissaires du gouvernement ont joué un rôle important dans la construction du droit administratif (Romieu, Blum...). La rédaction des conclusions n'est pas l'œuvre d'un homme isolé. Daniel Labetoulle le rappelle dans un article dans lequel il revient sur des conclusions qu'il a prononcées devant le Tribunal des conflits

1. Art. R. 733-3.

2. Art. R. 733-3.

3. CEDH 15 septembre 2009 Mme Etienne c/ France, n° 11396/08, AJDA 2009, p. 2468, note S. El Boudouhi. La Cour européenne confirme notamment que le justiciable doit avoir communication du sens des conclusions et non pas des conclusions elles-mêmes. Dans le même sens CE 21 juin 2013 Communauté d'agglomération du pays de Martigues, n° 352427 : le rapporteur public doit communiquer l'ensemble des éléments du dispositif de la décision qu'il compte proposer, les raisons qui commandent la solution qu'il propose. Quant à la possibilité de demander que le rapporteur public n'assiste pas au délibéré, il suffit que l'avis d'audience mentionne cette faculté, libre ensuite au justiciable d'en user ou pas.

4. Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

5. Art. L. 512-2, CESEDA, aujourd'hui obligation de quitter le territoire.

6. Art. L. 732-1 du code de justice administrative introduit par la loi du 17 mai 2011, art. 188.

7. Voir le décret du 23 décembre 2011 précité insérant un article R. 732-1-1 dans le code de justice administrative

8. C. L. Vier, « Le rapporteur public et la simplification, paradoxes d'une réforme », AJDA 2011, p. 1189.

et non pas devant le Conseil d'État<sup>1</sup>. À cette occasion, il rappelle que lorsque le commissaire du gouvernement prononce ses conclusions devant le Conseil d'État, le dossier a déjà été étudié par le rapporteur (qu'il ne faut pas confondre avec le rapporteur public). Il y a eu un débat collégial au sein de la sous-section (chambre désormais) (à laquelle il a participé), sous-section qui a rédigé un projet de décision, dont le rapporteur public a connaissance. Devant le Tribunal des conflits, le commissaire du gouvernement travaille seul, n'ayant connaissance que de la note du rapporteur qui est rédigé par un membre de l'autre juridiction. On l'a dit, les conclusions du rapporteur public sont orales. Le rapporteur n'est pas tenu de les publier. S'il accepte la publication, il choisit librement le support. Les parties n'ont pas droit à la communication de conclusions écrites<sup>2</sup>.

### 3. La lutte contre la lenteur de la justice administrative

29. Le développement des procédures d'urgence devant le juge administratif depuis une vingtaine d'années s'explique là encore par l'influence du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme d'autre part. Même lorsqu'il y a vingt ou trente ans, la doctrine saluait la contribution du Conseil d'État à la protection des libertés, elle était obligée d'apporter un bémol tenant à l'extrême lenteur de la procédure administrative contentieuse, c'est-à-dire la procédure suivie devant le juge administratif. La France a dû évoluer, d'une part, parce que l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme affirme que le justiciable a le droit à un procès réglé dans un « délai raisonnable ». La France a été fréquemment condamnée pour non-respect de ce délai. Par ailleurs, dans l'ordre juridique communautaire cette fois, certaines directives européennes, notamment en matière de marchés publics, ont posé des règles de transparence, de publicité et de mise en concurrence afin d'ouvrir les marchés publics et exigé du législateur national qu'il institue des voies de recours permettant au candidat à un marché qui estime que la procédure d'attribution a violé ces principes, de faire rapidement sanctionner ces manquements. Le droit français jusqu'ici se contentait de l'assurance que s'il y avait eu illégalité, en tout état de cause, la victime pourrait obtenir une réparation pécuniaire. Dit autrement, cela signifiait que l'autorité administrative pouvait commettre une illégalité si elle était prête ensuite à en payer le prix. Les directives marchés, au contraire, souhaitent que le candidat puisse obtenir rapidement l'annulation d'une procédure irrégulière et le déroulement d'une nouvelle procédure régulière cette fois.

1. D. Labetoulle, Retour sur la jurisprudence UAP, *AJDA* 2013, p. 840. Voir également Adrien Monat, Le rapporteur public au Conseil d'État: réflexions sur une légende contentieuse, *RFDA* 2021, p. 926.

2. Voir E. Sagalovitsch, « Pour une évolution du statut juridique des conclusions du rapporteur public », *AJDA* 2018, p. 607.

Le législateur a dû intervenir pour améliorer les procédures d'urgence. Le Conseil d'État de son côté, a jugé que la lenteur de la justice administrative constitue une faute engageant la responsabilité de l'État.

### A. La lenteur de la justice administrative constitue une faute

30. Selon le Conseil d'État, la durée excessive d'un procès devant la juridiction administrative constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'État. Le Conseil d'État juge en effet qu'il résulte de l'article 6 « lorsque le litige entre dans leur champ d'application, ainsi que, dans tous les cas, des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives, que les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable »<sup>1</sup>. Faire référence aux principes généraux permet d'admettre la responsabilité dans tous les cas et pas seulement lorsque le litige entre dans les prévisions de l'article 6. Le Conseil d'État adopte une démarche que l'on retrouvera dans d'autres affaires. Il sait que l'application de la Convention européenne entraînera la condamnation de la France. La Convention ne s'applique cependant que dans deux domaines certes très larges : les litiges portant sur des contestations et droits de caractère civil et les accusations en matière pénale. Le Conseil d'État reprend donc la main en indiquant que l'article 6 ne fait que rappeler un principe plus général qui, lui, s'applique au-delà de ces deux matières. Mais le principe n'avait pas été assez fort pour être affirmé auparavant.
31. Le Conseil d'État juge que « le caractère raisonnable du délai de jugement d'une affaire doit s'apprécier de manière à la fois globale (compte tenu notamment de l'exercice des voies de recours) et concrète, en prenant en compte sa complexité, les conditions de déroulement de la procédure et, en particulier, le comportement des parties tout au long de celle-ci, mais aussi, dans la mesure où la juridiction saisie a connaissance de tels éléments, l'intérêt qu'il peut y avoir, pour l'une ou l'autre, compte tenu de sa situation particulière, des circonstances propres au litige et, le cas échéant, de sa nature même, à ce qu'il soit tranché rapidement. ». En l'espèce, le délai d'examen de l'affaire devant le tribunal administratif avait été de sept ans pour une requête qui ne présentait pas une difficulté particulière.
32. Avant l'arrêt Magiera, la responsabilité de l'État du fait des dysfonctionnements des juridictions administratives reposait sur un régime de responsabilité pour faute lourde<sup>2</sup>. La difficulté de prouver l'existence d'une telle faute avait eu pour conséquence qu'en trente ans, jamais le Conseil d'État n'avait reconnu l'existence d'une telle faute. La Cour européenne en avait donc déduit que cette jurisprudence ne satisfaisait pas aux exigences de la Convention européenne<sup>3</sup>.

1. CE 28 juin 2002 Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Magiera, *AJDA* 2002, p. 596, chron. F. Donnat, D. Casas ; M. Lombard, *Droit administratif*, 2002, p. 27. Joël Andriantsimbazovina, *RFDA* 2003, p. 85.

2. CE 29 décembre 1978 Darmont, p. 542, *Recueil Lebon*, concl. Rougevin-Baville.

3. CEDH 26 mars 2002 Lutz c/ France.

Le Conseil d'État parle dans l'arrêt Magiera de « fonctionnement défectueux du service public de la justice ». Le dysfonctionnement est fautif. Mais il n'est plus question de faute lourde. Le Conseil d'État a donc abandonné la jurisprudence Darmont au moins pour l'un des cas où la responsabilité de la puissance publique peut être engagée du fait du fonctionnement de la justice. Rappelons que l'arrêt Darmont affirme que la faute lourde commise par une juridiction administrative dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle peut ouvrir droit à indemnité. Dans cet arrêt, le Conseil d'État maintient une hypothèse d'irresponsabilité : l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de la responsabilité de l'État dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle. En effet, permettre à un justiciable mécontent du contenu d'une décision juridictionnelle d'introduire une demande de réparation serait ouvrir une voie de recours nouvelle contre la décision de justice. Mais, en dehors de cette hypothèse, le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville recensait des cas où un mauvais fonctionnement de la justice administrative pouvait entraîner des dommages susceptibles d'être couverts sans remettre en cause la chose jugée définitivement : une décision juridictionnelle non revêtue de l'autorité de la chose jugée (ordonnance de référé, jugement de sursis à exécution ou de non-lieu, avant dire droit) ; un acte qui s'insère dans la procédure avant ou après le jugement mais qui n'en est pas détachable ; enfin un simple agissement ou une abstention de la juridiction comme un délai excessif de jugement. L'arrêt Magiera, qui vise cette dernière hypothèse, n'abandonne pas l'exigence de la faute lourde pour les autres hypothèses<sup>1</sup>.

33. Mais, l'influence du droit européen ne s'est pas arrêtée là. Cette influence a conduit le Conseil d'État à apporter une dérogation à la règle d'irresponsabilité posée par l'arrêt Darmont, pour une faute résultant du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive. Dans un arrêt du 18 juin 2008<sup>2</sup>, le Conseil d'État ajoute, après avoir rappelé ce principe d'irresponsabilité que « la responsabilité de l'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ». Cette évolution était commandée par un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (désormais Cour de Justice de l'Union européenne) dans lequel la Cour a jugé que « le principe selon lequel les États

1. Jean Courtial, « Le responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ? » *AJDA* 2004, p. 423.

2. CE 18 juin 2008, M. Gestas, *RFDA* 2008, p. 755, concl. de Salins. Par exemple, la cour administrative d'appel de Lyon a encore exigé une faute lourde pour engager la responsabilité de l'État pour des fautes commises par le bureau d'aide juridictionnelle. Un avocat reprochait à ce bureau d'avoir mal apprécié les conditions d'attribution de l'aide juridictionnelle. L'avocat n'avait donc pas été payé alors qu'il avait défendu un client impécunieux. La cour administrative reconnaît que le bureau a commis une faute mais elle n'engage pas la responsabilité de l'État car il ne s'agit pas d'une faute lourde (CAA Lyon 8 juin 2023, n° 21LY03204).

membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité directe entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées. Afin de déterminer si la violation est suffisamment caractérisée lorsque la violation en cause découle d'une telle décision, le juge national compétent doit, en tenant compte de la spécificité de la fonction juridictionnelle, rechercher si cette violation présente un caractère manifeste<sup>1</sup>. Cette violation constitue une faute lourde<sup>2</sup>. Le commissaire du gouvernement proposait de ne pas limiter l'évolution à une violation du droit communautaire mais à toutes les hypothèses où le juge administratif a commis une erreur manifeste dans l'interprétation d'une norme dont l'interprétation relève d'une autorité dont les décisions s'imposent au Conseil d'État. Le commissaire du gouvernement visait une interprétation erronée d'une norme constitutionnelle. En effet, depuis la révision constitutionnelle de 2008 instituant la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil d'État a les moyens d'éviter de commettre une inconstitutionnalité en appliquant une loi contraire à la Constitution. Il lui suffit de renvoyer la question de la constitutionnalité de la loi au Conseil constitutionnel. L'article 61-1 de la Constitution introduit par la révision du 23 juillet 2008 dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Dans sa décision Gestas, le Conseil d'État ne vise qu'une violation du droit communautaire. Mais, plus récemment, le Conseil d'État a franchi le pas<sup>3</sup>.

34. Le Conseil d'État est compétent en premier et dernier ressort pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre l'État pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative (art. R. 311-1-7<sup>e</sup>, code de justice administrative)<sup>4</sup>. Étant entendu que la victime devra, comme il est de règle en matière de responsabilité administrative, présenter sa demande d'abord devant le garde des Sceaux (règle de la décision préalable)<sup>5</sup>.

1. CJCE 30 septembre 2003 Kobler, C-224/01.

2. CAA Paris 28 juin 2023, n° 21 PA03337, *AJDA* 2023, p. 1953, concl. B. Sibili.

3. CE Ass. 24 décembre 2019 Société hôtelière Paris Eiffel Suffren, *GAJA* 2023, n° 115. Auparavant CAA Paris 5 octobre 2018, n° 17 PA01180, *AJDA* 2018, p. 2352.

4. Voir CE 25 janvier 2006 SARL Potchou et autres, *AJDA* 2006, p. 589, chr. C. Landais et F. Lenica.

5. CE 7 juillet 2006, Mangot, *AJDA* 2006, p. 1413. Voir la note très complète de N. Albert sur CE 19 octobre 2007 M. Blin, *AJDA* 2008, p. 597.

## B. Le renforcement des procédures d'urgence

35. Le législateur est également intervenu pour développer les procédures de référé devant le juge administratif. Par exemple, un habitant d'une commune attaque le permis de construire accordé à un de ses voisins, l'estimant illégal. Le tribunal administratif jugera l'affaire au fond dans deux ans minimum. À cette date, il y a fort à parier que la construction soit terminée. Avant, la loi du 30 juin 2000, les possibilités d'obtenir rapidement, dans l'attente d'un examen plus approfondi au fond, la suspension d'une décision administrative dont l'application immédiate risque de causer des conséquences irréversibles, étaient limitées. Le justiciable qui introduisait un recours contre un acte administratif unilatéral de l'administration (un recours pour excès de pouvoir) pouvait également déposer une demande de sursis à exécution de l'acte qu'il attaquait. Si le juge accueillait favorablement cette demande, l'acte administratif était suspendu (n'était plus appliqué) jusqu'au moment où le juge administratif statuait au fond : ce n'était donc plus l'administré qui supportait les conséquences de la lenteur de la juridiction administrative. Le juge n'octroyait le sursis que si deux conditions étaient réunies : il fallait que le justiciable invoquât un moyen sérieux, c'est-à-dire un moyen pouvant faire douter de la légalité de l'acte administratif avant même que le juge ne se livre à un examen plus approfondi. Il fallait également que le justiciable démontrât que l'exécution de l'acte allait entraîner des conséquences difficilement réparables. Le juge entendait très restrictivement cette seconde condition. Il estimait, en effet, qu'un préjudice qui pouvait se réparer financièrement, n'était pas difficilement réparable. Or, l'argent répare tout ou presque (même la douleur morale paraît-il). Enfin, même lorsque les deux conditions étaient réunies, le juge pouvait décider de ne pas prononcer le sursis<sup>1</sup>.
36. Il a fallu que le législateur intervienne pour assouplir ces conditions. La loi du 30 juin 2000 substitue au sursis à exécution le référé suspension : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » (art. L. 521-1, code de justice administrative).

Le juge des référés est le président du tribunal administratif (ou le magistrat qu'il désigne), le président de la section du contentieux ainsi que les conseillers d'État qu'il désigne (art. L. 511-2 du code de justice administrative).

La décision du président du tribunal administratif est prise en dernier ressort (art. L. 523-1, code de justice administrative). Cela signifie qu'elle peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État.

1. CE 13 février 1976, Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame.

37. Le référé suspension doit être lié à une requête en annulation ou en réformation. Si le juge administratif n'est pas compétent pour annuler un acte, il ne peut, par conséquent, dans le cadre du référé, suspendre cet acte. Ainsi le juge du contrat ne peut pas, en principe, annuler une décision prise par la personne publique contractante (la commune par exemple). Il peut seulement accorder des dommages et intérêts s'il juge la décision illégale. Le juge des référés ne peut donc pas, par exemple, suspendre la décision de la personne publique maître d'ouvrage refusant d'agréer un sous-traitant<sup>1</sup>. Le référé suspension est possible contre un acte administratif détachable de la passation d'un contrat de droit privé<sup>2</sup>.
38. Le référé-suspension demeure dans l'esprit du sursis à exécution<sup>3</sup>. Ainsi, il ne remet tout d'abord pas en cause le principe sous-jacent du sursis, à savoir l'absence d'effet suspensif des recours présentés devant le juge administratif lié au caractère exécutoire des décisions administratives sur lesquelles pèse une présomption de légalité. Cela signifie que lorsque l'administration prend un acte administratif unilatéral, elle bénéficie du privilège du préalable : elle n'a pas à demander à un juge de valider cette décision, de lui donner force exécutoire. Elle détient cette force<sup>4</sup>. Il reviendra au justiciable s'il conteste la prétention de l'administration de saisir le juge administratif. Cela a conduit le Conseil d'État à juger que le caractère exécutoire des décisions administratives (c'est-à-dire leur application immédiate sans nécessité d'une autorisation par le juge) constitue « la » règle fondamentale du droit public<sup>5</sup>. Ce privilège du préalable explique que, le plus souvent, dans le contentieux administratif, l'administré est en position de demandeur et l'administration de défenderesse.
39. Il ne faut pas confondre ce privilège du préalable avec la possibilité pour l'administration d'exécuter au besoin par la force ses décisions. Cette seconde possibilité n'existe que si un texte l'a prévu ou si les conditions posées par la jurisprudence sont réunies<sup>6</sup>. Par exemple, en matière de reconduite à la frontière (aujourd'hui

1. CE 4 décembre 2002 Société Eurovia Méditerranée, n° 244134 ; *BJCP* 2003, p. 154, note G. Le Chatelier.

2. CE 29 avril 2002 Société Apsys international, *DA* juillet 2002, n° 121, p. 16.

3. Daniel Labetoulle a présenté les conditions d'élaboration de la loi de 2000. Elle a été préparée par un groupe de travail composé de membres du Conseil d'État et de quelques universitaires. Dans ce groupe de travail, l'idée a été évoquée de subordonner l'octroi de la suspension à une comparaison entre, d'une part, l'atteinte que porte au justiciable l'exécution immédiate de l'acte et, d'autre part, le motif d'intérêt général qui commande une application immédiate sans donc se prononcer sur le caractère illégal ou non de l'acte attaqué. Cette proposition n'a pas été retenue. Comme dans le sursis à exécution, le justiciable devra insinuer le doute sur la légalité de l'acte pour obtenir sa suspension (D. Labetoulle, L'élaboration et la mise en place de la réforme, *AJDA* 2020, p. 1330).

4. CE 30 mai 1913 Préfet de l'Eure, *rec.* p. 583, S. 1915-3-39, note Hauriou. C. Hauuy, « La pérennité du privilège du préalable », *AJDA* 2015, p. 2363.

5. CE 2 juillet 1982 Huglo, *rec.* p. 257, *AJDA* 1982, p. 657, concl. J. Biancarelli, D. 1983, IR, p. 270, obs. P. Delvolvé, D. 1983, *JP*, p. 327, note O. Dugrip, *Rev. Adm.* 1982, p. 627, note B. Pacteau.

6. TC 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just *GAJA* 2023, n° 10.

obligation de quitter le territoire), les textes prévoient que le préfet peut exécuter d'office, de force, sans qu'une autorisation du juge soit nécessaire, un arrêté de reconduite à la frontière (aujourd'hui obligation de quitter le territoire).

Enfin, même si les conditions d'obtention de la suspension d'une décision administrative sont réunies, celle-ci demeure une faculté pour le juge des référés, et non une obligation, conformément à la jurisprudence dégagée par le Conseil d'État en matière de sursis à exécution.

40. Tirant les conséquences de l'intention du législateur, le Conseil d'État accorde plus facilement la suspension qu'il n'accordait le sursis à exécution auparavant. Dans une affaire où il était le juge des référés (parce qu'il s'agissait d'un acte réglementaire du ministre qui relève en première et dernière instance de lui), le Conseil d'État affirme « qu'il résulte de ces dispositions (la loi du 30 juin 2000), comparées, notamment, à celles de l'article 54 du décret du 30 juillet 1963 (relatif au sursis à exécution) qu'elles ont remplacées, que la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire »<sup>1</sup>. Même si le préjudice que causerait l'exécution d'une décision administrative peut se réparer en argent, cela n'interdit pas au juge des référés de prononcer sa suspension<sup>2</sup>.
41. Le Conseil d'État a également précisé que la condition d'urgence doit s'apprécier tant du côté du justiciable qui réclame la suspension que de l'administration qui demande l'application immédiate de sa décision. Ainsi, une association de défense de l'environnement demande la suspension d'un arrêté du préfet des Alpes-Maritimes autorisant l'exploitation d'un centre de stockage de déchets ménagers. Elle argue de l'urgence à suspendre une décision qui va porter atteinte à un site boisé classé. Mais, il faut prendre en compte également et, à l'inverse, l'urgence invoquée par le préfet qui souhaite doter au plus vite les communes concernées d'un site de stockage. Le juge des référés ne suspendra l'acte administratif que si l'urgence invoquée par le justiciable est plus impérieuse que celle avancée par l'autorité administrative. Statuant au fond après cassation, le Conseil d'État a fait application de cette règle<sup>3</sup>. Le Conseil d'État a donc soupesé

1. CE 19 janvier 2001 Confédération nationale des radios libres, *CJEG* 2001, p. 161, conclusions L. Touvet ; *AJDA* 2001, p. 461, chron. M. Guyomar et P. Collin.

2. Daniel Labetoulle, qui a été président de la section du contentieux, explique que le Conseil d'État a rendu très rapidement des ordonnances pour préciser les termes essentiels de la réforme de 2000 (D. Labetoulle, L'élaboration et la mise en place de la réforme, *AJDA* 2020, p. 1330).

3. CE 28 février 2001 Préfet des Alpes-maritimes, Société Sud-Est assainissement, *AJDA* 2001, p. 461, chron. M. Guyomar et P. Collin. B. Caviglioli, « Référé administratif, appréciation de l'urgence et protection des libertés fondamentales », *AJDA* 2003, p. 642.

les urgences respectives plutôt que de ne retenir que celle invoquée par le justiciable quitte ensuite à se refuser à prononcer la suspension si l'intérêt général lui semblait justifier l'exécution immédiate.

42. Dans certaines affaires, l'urgence est présumée toujours présente : « eu égard à son objet et à ses effets, une décision prononçant l'expulsion d'un étranger du territoire français porte, en principe, par elle-même atteinte de manière grave et immédiate à la situation de la personne qu'elle vise et crée dès lors, une situation d'urgence justifiant que soit, le cas échéant, prononcée la suspension de cette décision<sup>1</sup> ». Il en va de même, lorsqu'un justiciable attaque un permis de construire eu égard au caractère difficilement réversible d'une construction réalisée<sup>2</sup>. Bien entendu, il s'agit d'une présomption simple que le bénéficiaire de la décision attaquée ou l'autorité administrative peut renverser et qui ne dispense pas le justiciable de démontrer que la seconde condition à laquelle est subordonné le prononcé de la suspension est remplie.
43. Le référé-suspension sera possible contre une décision de rejet alors que la demande de sursis d'une telle mesure n'était pas possible. En vertu d'un arrêt 1970<sup>3</sup>, le Conseil d'État se refusait à ordonner le sursis à exécution d'une décision négative, car ordonner de ne pas exécuter une telle décision c'est, en fait, adresser à l'administration une injonction de faire. Or, le juge se refusait à adresser des injonctions à l'administration. Cette interdiction d'adresser des injonctions était en général rattachée aux origines de la juridiction administrative : tant qu'elle était un organe de l'administration, elle pouvait se permettre d'user de coercition à l'égard de celle-ci. Une fois qu'elle devient indépendante (1872), elle doit veiller à ne pas heurter l'administration. Ce principe traditionnel avait une première fois été écorné par la loi du 8 février 1995 dotant le juge administratif d'un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration pour la contraindre à exécuter une décision juridictionnelle.

Peu de temps avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2001, le Conseil d'État avait renoncé à sa jurisprudence Amoros<sup>4</sup>.

« Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision » (art. L. 521-1, code de justice administrative).

Le juge des référés peut moduler la suspension de la décision, en la limitant éventuellement à « *certaines de ses effets* ». On pourrait par conséquent imaginer, à titre d'exemple, que le juge des référés, saisi d'une demande tendant à la

1. CE 26 septembre 2001 *Ministre de l'Intérieur c/ M. Mesbahi*, RFDA 2001, p. 1326.
2. CE 27 juillet 2001 *Commune de Tulle*, n° 230231, Lebon, p. 382, BJD 2001, p. 381, concl. D. Chauvaux. Voir J-C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, 2011, p. 255 qui donne une liste des hypothèses de présomption d'urgence.
3. CE 23 janvier 1970 *Ministre d'État chargé des affaires sociales c/ Amoros*, *rec.*, p. 51, AJDA 1970, p. 174, note Delcros, RDP 1970, p. 1035, note M. Waline.
4. CE 20 décembre 2000 *M. Ouatah*, AJDA 2001, p. 146, chr. Guyomar et P. Collin.

suspension d'un permis de construire d'une habitation qui serait attaqué parce qu'il autorise la construction d'un balcon, autorise la construction de la maison mais non celle du balcon.

44. Le requérant peut utiliser le référé suspension sans avoir obtenu la réponse à un recours administratif qu'un texte législatif ou réglementaire impose : « la suspension peut être demandée au juge des référés sans attendre que l'administration ait statué sur le recours préalable, dès lors que l'intéressé a justifié, en produisant une copie de ce recours, qu'il a engagé les démarches nécessaires auprès de l'administration pour obtenir l'annulation ou la réformation de la décision contestée »<sup>1</sup>.
45. Le juge des référés ne se livre pas au même examen que le juge du fond : « eu égard à l'office du juge des référés, un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être pris en considération »<sup>2</sup>. Cette solution découle du principe que le juge des référés est le juge de l'évidence et que la question de l'éventuelle compatibilité d'une loi avec un engagement international ne l'est pas<sup>3</sup>. Cette jurisprudence ne devrait pas valoir pour les engagements antérieurs à la loi puisque, dans cette hypothèse, le juge n'a pas à apprécier la compatibilité mais à constater l'abrogation. En revanche, le juge des référés accepte d'examiner si la contrariété d'un décret ou plus généralement d'un acte réglementaire et non d'une loi avec un engagement international crée un doute sérieux<sup>4</sup>.

Ces évolutions légales, jurisprudentielles, la prise de conscience que le justiciable ne peut pas se satisfaire de la certitude d'obtenir une décision de justice même si elle est tardive ont eu des effets incontestables. Dans son rapport 2019, le Conseil d'État indique qu'en 2018, une affaire est jugée en moyenne en 9 mois et 15 jours devant les Tribunaux administratifs. C'est une moyenne.

1. CE 12 octobre 2001 Société Produits Roche, *RFDA* 2001, p. 315, concl. P. Fombeur.

2. CE 21 octobre 2005 Association Aides et autres, *Lebon*, p. 438, *AJDA* 2006, p. 944, note H. Rihal ; arrêt confirmant sans ambiguïté ce qui semblait ressortir d'un arrêt de 2002 (CE 30 décembre 2002 Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement c/ M/ Carminati, *AJDA* 2003, p. 1065, note O. Le Bot).

3. T. H. Girardot, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés », *AJDA* 2006, p. 1875.

4. CE 5 décembre 2005 M. Mann Singh, *Lebon*, p. 545, *AJDA* 2006, p. 211, concl. D. Chauvaux.



## CHAPITRE 2

# La compétence du juge administratif

Le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé des compétences réservées à la juridiction administrative. Cela ne vise pas tous les litiges dans lesquels l'administration est partie. Autrement dit, cela signifie que le juge judiciaire connaît d'un contentieux de l'administration.

46. Nombreuses sont les lois qui sont intervenues pour confier un contentieux de l'administration au juge judiciaire. Ainsi, la loi du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public, la plus célèbre sans doute dispose que « par dérogation à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour statuer sur toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque.

Cette action sera jugée conformément aux règles du droit civil, la responsabilité de la personne morale de droit public étant, à l'égard des tiers, substituée à celle de son agent, auteur des dommages causés dans l'exercice de ses fonctions » (art. 1<sup>er</sup>).

47. Par ailleurs, depuis les années 80, les lois qui ont institué des autorités administratives indépendantes (Conseil de la concurrence, Autorité des marchés financiers, etc.) ont attribué le contentieux de certains actes administratifs unilatéraux pris par ces autorités au juge judiciaire, et, en particulier, à la cour d'appel de Paris. C'est un choix du législateur, reposant soit sur des présupposés politiques (les libéraux, par exemple et ce, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle sont plus hostiles à la juridiction administrative) soit pour des raisons techniques : ces autorités interviennent dans le domaine économique (concurrence, marchés financiers) habituellement réservé au juge judiciaire<sup>1</sup>. De telles lois doivent de toute façon respecter la décision précitée du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987.
48. Le Conseil d'État s'est déclaré incompétent pour statuer sur les litiges relatifs au fonctionnement du service public judiciaire<sup>2</sup> en invitant les juridictions judiciaires à les examiner sous l'angle du droit administratif. C'est ce qu'a fait la Cour de cassation<sup>3</sup> en considérant que « la juridiction de l'ordre judiciaire régulièrement saisie en vertu des principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire étant appelée à se prononcer au fond, sur un litige mettant en cause la responsabilité de la puissance publique dont l'exercice du pouvoir

1. P. Delvolvé « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à J.-M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 47.

2. CE 11 mai 1951 Baud, S. 1952-III-13, conclusions J. Delvolvé, Note R. Drago

3. Cass. 23 nov. 1956 Trésor public c/ Dr. Giry, GAJA 2023, n° 66.

judiciaire constitue, au premier chef, une manifestation... avait... le pouvoir et le devoir de se référer, en l'espèce, aux règles du droit public». L'incompétence du juge administratif s'explique par la nécessité de respecter l'indépendance des ordres de juridiction : le juge administratif ne peut pas s'immiscer dans le fonctionnement de la justice judiciaire.

49. Mais le Tribunal des conflits a distingué les actes relatifs à l'organisation de la justice judiciaire qui peuvent être contrôlés par le juge administratif (en quelque sorte, s'agissant de l'organisation, la justice judiciaire est un service public comme un autre), des actes de fonctionnement qui ne peuvent pas être contrôlés par le juge administratif car ce serait s'immiscer dans le travail du juge judiciaire<sup>1</sup>. Dans l'affaire Préfet de Guyane, les officiers ministériels de Guyane engageaient la responsabilité de l'État pour le préjudice qu'ils avaient subi du fait que le fonctionnement de certaines juridictions en Guyane avait été interrompu. Le Tribunal des conflits reconnaît la compétence du juge administratif car « les actes incriminés sont relatifs, non à l'exercice de la fonction juridictionnelle, mais à l'organisation même du service public de la justice ». Il n'est pas possible de voir ici toutes les applications de cette jurisprudence qui peut s'avérer sinieuse. Retenons seulement que, par exemple, tout ce qui concerne le statut du magistrat relève en principe de la compétence du juge administratif. Par exemple, le Conseil d'État a accepté de connaître d'un recours contre une sanction infligée par le Conseil supérieur de la magistrature<sup>2</sup>. Appliquant ces principes, le Conseil d'État s'est déclaré compétent pour connaître d'un régime de fouilles intégrales applicable à un détenu à chaque fois qu'il quittait sa prison pour être présenté au juge d'instruction : « les décisions par lesquelles les autorités pénitentiaires, afin d'assurer la sécurité générale des établissements ou des opérations d'extraction, décident de soumettre un détenu à des fouilles corporelles intégrales, dans le but de prévenir toute atteinte à l'ordre public, relèvent de l'exécution du service public administratif »<sup>3</sup>. La distinction entre organisation et fonctionnement de la justice judiciaire s'avère parfois d'un maniement délicat notamment lorsqu'il s'agit de contrôler la nomination de collaborateurs de la justice. Ainsi, en cas d'infractions routières, le contrevenant peut être condamné à suivre un stage de sensibilisation à la sécurité routière. Le procureur de la République agréé les organismes dans lesquels le contrevenant peut suivre un stage. Une personne qui exploite une auto-école reproche au procureur de ne pas l'avoir agréée. Il introduit donc une action en responsabilité contre l'État pour obtenir réparation du préjudice qu'il estime avoir subi. Un conflit étant survenu pour déterminer le juge compétent, le Tribunal des conflits raisonne en deux temps : la décision par laquelle un procureur agréé un organisme pour qu'il réalise des stages de sensibilisation « ne se rattache pas à la fonction juridictionnelle sur l'exercice de

1. TC 27 janvier 1952 Préfet de la Guyane, *rec.* p. 642, *JCP* 1953-II-7598, note Vedel, *GAJA* 2023, n° 60.

2. CE 12 juillet 1969 L'Etang, *rec.* p. 388, *RD publ.* 1970, p. 387, note M. Waline.

3. CE 14 novembre 2008 M. E. S., *AJDA* 2008, p. 2389, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber.

laquelle les attributions de la personne agréée n'ont pas d'effets». Le Tribunal des conflits en déduit qu'il s'agit d'une mesure d'organisation du service public. Dans un second temps, le Tribunal des conflits constate également que la mesure contestée ne peut pas « influencer sur le déroulement d'une procédure judiciaire et n'impliquant aucune appréciation sur la manière même des services judiciaires », elle relève de la compétence du juge administratif<sup>1</sup>. La nomination d'un de ses collaborateurs relèvera du fonctionnement de la justice et donc son contentieux du juge judiciaire dès lors que la consultation ou l'intervention de ce collaborateur peut avoir une influence sur le sens d'une décision juridictionnelle (selon les propos du rapporteur public sur l'affaire T. Fossier dont on trouvera les conclusions dans le site du Tribunal des conflits). La jurisprudence Préfet de la Guyane repose sur un critère matériel (distinction entre organisation et fonctionnement). Mais, cela n'exclut pas aussi l'application par le Tribunal des conflits d'un critère formel. Ainsi, le Tribunal des conflits a jugé que le juge administratif était compétent pour connaître d'une circulaire du garde des Sceaux relatif à la mise en place de boxes sécurisés lors d'audiences car le litige porte sur « la légalité d'un acte à portée générale et impersonnelle », il est « par suite relatif à l'organisation du service public de la justice »<sup>2</sup>. En revanche, selon la même décision, la décision d'installer des boxes dans une juridiction déterminée ou à l'occasion d'un procès déterminé relève du fonctionnement de la justice, le juge judiciaire est compétent pour en connaître.

50. L'État est seul responsable des dommages causés dans l'exercice des services de la justice, la justice étant « rendue de façon indivisible au nom de l'État ». Le Conseil d'État en a jugé ainsi à propos de juridictions universitaires pourtant insérées dans des personnes publiques distinctes de l'État (les universités qui sont des établissements publics)<sup>3</sup>.
51. Pour l'état des personnes, on peut surtout citer la loi du 6 juin 1984 de laquelle contrairement à une jurisprudence antérieure<sup>4</sup> résulte la compétence judiciaire à propos des décisions relatives aux pupilles de l'État<sup>5</sup>.

Depuis une loi n° 95-125 du 8 février 1995, c'est le greffier en chef du tribunal d'instance qui est compétent pour délivrer un certificat de nationalité à celui qui souhaite établir celle-ci (art. 31, Code civil) ; le garde des Sceaux pouvant

1. TC 12 octobre 2015 M. Hoareau, n° 4019, *AJDA* 2015, p. 2370, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet.

2. TC 8 février 2021, n° 4202, *AJDA* 2021, p. 727, chron. C. Malverti et C. Beauflis.

3. CE 27 février 2004 Mme Popin, *GAJA* 2023, n° 106, *AJDA* 2004, p. 653, chron. Donnat et Casas et 672, concl. Schwartz

4. CE 8 novembre 1974 Époux Bender, p. 544, *AJDA* 1975, p. 30 et 85.

5. CE 11 juillet 1988 Ministre des affaires sociales et de l'emploi c Dlle Remadnia, *RDSS* 1990, p. 201, concl. J de Clausade.

être saisi d'un recours hiérarchique. Le juge administratif est incompétent pour connaître de recours contre de telles décisions qui concernent des questions de nationalité, relatives donc à l'état des personnes<sup>1</sup>.

Le placement de personnes en soins psychiatriques sans leur consentement a fait l'objet d'une unification contentieuse par la loi du 5 juillet 2011 codifiée à l'article L. 3216-1 du code de la santé publique au profit du juge judiciaire. Auparavant, la décision du préfet de placer quelqu'un dans un établissement pour y subir des soins et sans son consentement devait être contestée devant le juge judiciaire quant au fond de la décision. En revanche, la régularité en la forme de la mesure devait être contestée devant le juge administratif. Désormais, le juge judiciaire est compétent dans les deux cas<sup>2</sup>.

52. Depuis longtemps, les juridictions judiciaires statuent sur les indemnités d'expropriation (L. 8 mars 1810 ; art. L. 211-1 du code de l'expropriation). Dans la même ligne, leur compétence a été reconnue en cas d'établissement de servitudes (ex : loi du 15 juin 1906 à propos des servitudes instituées pour les besoins de la distribution d'énergie), de réquisition (ex : loi du 3 juillet 1877 relative aux réquisitions militaires), d'exercice du droit de préemption (art. L. 213-4 C. de l'Urbanisme). Elle a été étendue aux recours dirigés contre les décisions par lesquelles les SAFER exercent ce même droit<sup>3</sup>.

Mais, le juge judiciaire a deux autres titres de compétences. Tout d'abord, le Tribunal des conflits, juge chargé de régler les conflits de compétence entre le juge judiciaire et le juge administratif, et le Conseil d'État n'ont jamais considéré que le juge administratif devait connaître de tous les litiges engendrés par les personnes publiques. Au contraire, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État ont dégagé des critères permettant d'identifier les litiges qui doivent être traités par le juge administratif. La compétence du juge administratif est donc perçue comme une protection pour l'administration : même s'il est indiscutable que le juge administratif est indépendant, il est censé mieux appréhender les difficultés de l'action administrative et donc rendre des décisions qui prennent en compte ces difficultés (ainsi, le Conseil d'État n'engage la responsabilité de la personne publique dans certains domaines que si elle a commis une faute lourde. Une faute simple ne suffit pas). Ce raisonnement valait aux origines de la juridiction administrative puisque celle-ci est née au sein de l'administration. Cela s'estompe du fait des réformes récentes initiées par la nécessité de se mettre en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et qui ont renforcé l'indépendance de la juridiction administrative.

1. CE 27 juillet 2005 Mme Ghenim, *AJDA* 2005, p. 2354, note J-Ph. Thiellay.

2. Cécile Castaing, « La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement », *AJDA* 2013, p. 153.

3. TC 8 déc. 1969 SAFER de Bourgogne Arcival, *Recueil Lebon* 685, conclusions Kahn et Schmelck.

Mais il demeure vrai que les membres du Conseil d'État sont amenés à exercer dans leur vie professionnelle des fonctions administratives qui peuvent faire naître une communauté de vues. Le juge administratif ne sera compétent pour connaître d'un litige mettant aux prises l'administration que si celle-ci a agi autrement que comme le ferait un simple particulier. Dans tous les cas où elle agit comme un particulier, rien ne s'oppose à la compétence du juge des particuliers, le juge judiciaire. Toute la difficulté est de savoir quand l'administration ne se comporte pas comme un simple particulier : le juge et la doctrine ont tenté de dégager des critères.

La compétence du juge administratif étant perçue comme une garantie pour l'administration, fort logiquement et c'est le second titre de compétence : si l'autorité administrative méconnaît gravement ses compétences, elle doit être sanctionnée par la perte de son privilège de juridiction : le litige relèvera du juge judiciaire. Cette solution repose également sur le principe selon lequel le juge judiciaire est gardien des libertés individuelles, notion qui a été considérablement restreinte ces dernières années.

Ces compétences concurrentes requièrent l'existence d'un juge qui veillera à cette répartition : c'est le tribunal des conflits.

## Section 1 – **Le critère jurisprudentiel**

Le Tribunal des conflits et le Conseil d'État ont procédé à une délimitation de la compétence du juge administratif et donc de l'étendue du droit administratif. Encore que ces deux délimitations ne se recoupent pas complètement puisqu'il arrive au juge judiciaire d'appliquer des règles de droit administratif (voir l'arrêt de la Cour de cassation, consorts Giry précité).

Le Conseil d'État (et le Tribunal des conflits) se sont donc reconnu le droit de découvrir des critères déterminant dans le silence de la loi, la compétence de la juridiction administrative. L'autonomie du droit administratif signifie donc que le juge administratif n'est pas obligé d'appliquer le droit privé pour régler un litige. Cependant, rien ne l'empêche de s'inspirer du droit privé, même de l'appliquer : l'autonomie n'est pas synonyme d'originalité à tout prix.

Le droit administratif est un droit essentiellement jurisprudentiel. Il convient de préciser le sens de cette affirmation (1) et les limites de l'autonomie du droit administratif (3). Dans le silence de la loi, le Conseil d'État a déterminé sa compétence en recourant à des critères plus complémentaires qu'opposés (ceux de la prérogative de puissance publique et du service public (2). Enfin, il conviendra de voir l'utilisation de ce critère dans le cas particulier du service public industriel et commercial (4).

## 1. Le droit administratif, un droit jurisprudentiel

53. Le caractère jurisprudentiel du droit administratif explique l'importance des grands arrêts et implique la nécessité pour l'observateur de déceler le grand arrêt de celui qui ne l'est pas. La formation de jugement du Conseil d'État qui a rendu l'arrêt est un indice. R. Chapus, a mis l'accent sur le fait que la section du contentieux en formation de jugement et l'assemblée du contentieux « ne sont saisies que des affaires les plus importantes... notamment en raison des difficultés auxquelles se heurte leur règlement ou de la portée juridique, financière ou politique, qu'aura ce règlement ». Il concluait « les arrêts rendus par elles sont essentiellement ceux qui font jurisprudence ». Dans sa contribution aux *Mélanges en l'honneur du professeur Chapus*, Bruno Genevois a entendu relativiser ce critère de la formation de jugement<sup>1</sup>.
54. B. Genevois rappelle tout d'abord que sous l'influence du nombre croissant d'affaires soumises au Conseil d'État, celui-ci a vu se multiplier en son sein des organes d'instruction nouveaux puis des organes de jugement diversifiés à l'intérieur de la ou des sections du contentieux. Aujourd'hui, la section du contentieux est composée de dix sous-sections, devenues des chambres en 2016<sup>2</sup>. Une affaire (un arrêt) peut être jugée par quatre types formations<sup>3</sup> : une chambre seule (c'est rare) ; les dix chambres sont principalement chargées de l'instruction des affaires ; les chambres réunies, la section du contentieux « en formation de jugement » ou l'assemblée du contentieux.
- Les affaires les plus simples, qui ne présentent à juger aucune question nouvelle sont portées devant la « chambre jugeant seule ». Lorsqu'elle se réunit en formation de jugement, la chambre est généralement composée de trois membres : le président, l'un des deux assesseurs et un rapporteur.
  - Les chambres réunies constituent la formation de jugement la plus courante. En général, neuf membres du Conseil d'État prennent part à la décision : les présidents et les assesseurs de deux sous-sections se réunissent sous la présidence du président de la section du contentieux ou, le plus souvent, de l'un des présidents-adjoints. À ces sept personnes, il faut ajouter le rapporteur qui prend part au vote sur l'ensemble des dossiers dont il a la charge. Enfin, un représentant des sections administratives siège normalement dans les sous-sections réunies.
  - Bien qu'aucun texte ne l'impose, les chambres réunies sont constituées par des paires de chambres qui restent très stables. Les affaires instruites par la 1<sup>re</sup> chambre sont ainsi jugées par les 1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> chambres réunies.

1. B. Genevois, *Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux*, *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 245

2. Décret n° 2016-899 du 1<sup>er</sup> juillet 2016 modifiant le code de justice administrative, JO, 2 juillet 2016.

3. Ce que rappelle l'article L. 122-1 du code de justice administrative.

- Les affaires les plus difficiles et celles qui comportent les enjeux les plus importants peuvent être portées devant la section du contentieux ou devant l'assemblée du contentieux.

La section est composée du président de la section du contentieux, qui préside, des trois présidents adjoints de la section du contentieux, des 10 présidents de sous-sections, du rapporteur de l'affaire. Le décret du 6 mars 2008 a supprimé la présence des deux représentants des sections administratives qui y siégeaient jusqu'alors.

- L'assemblée du contentieux est présidée par le vice-président du Conseil d'État. Elle comprend les 6 présidents de sections administratives, le président de la section du contentieux, les 3 présidents adjoints de la section du contentieux, le président de la sous-section qui a été chargée de l'instruction et le rapporteur de l'affaire. Le décret du 6 mars 2008 y a ajouté quatre présidents de sous-section, soit 17 membres contre 12 auparavant. Le nombre impair permet également de retirer au vice-président la voix prépondérante dont il disposait jusqu'en 2008.
55. En principe, les grands arrêts émanent de l'assemblée ou de la section du contentieux<sup>1</sup>. Mais, ce n'est pas une règle absolue. Bruno Genevois recense d'autres critères : par exemple, le fait qu'un arrêt, même s'il n'est pas rendu par les formations de jugement les plus élevées est ou non destiné à être publié au *Recueil Lebon*<sup>2</sup>. La décision sur ce point relève du président de la formation de jugement qui peut opter dans le sens soit d'une publication intégrale, soit d'une mention aux tables analytiques du Recueil, soit d'une absence de toute publication<sup>3</sup>. Le *Recueil Lebon* a été créé en 1821 par un avocat au Conseil d'État. Au départ, toutes les décisions du Conseil d'État y étaient publiées ce qui n'est plus le cas depuis 1921.
56. Périodiquement la doctrine s'interroge sur les avantages et inconvénients du caractère jurisprudentiel du droit administratif ou sur la réalité de ce caractère aujourd'hui. Ainsi, F. Melleray<sup>4</sup> fait ce double constat : les sources écrites sont de plus en plus nombreuses en droit administratif : l'effort de codification entrepris ces dix dernières années en témoigne (code général de la propriété des personnes publiques code général de la fonction publique) comme la prolifération de lois

1. Expliquant comment sont sélectionnés les arrêts qui seront publiés dans le *Lebon*, C. Maugué et J.-H. Stahl rappellent clairement cette hiérarchie entre les formations. Tout d'abord, l'Assemblée, elle seule peut revenir sur sa jurisprudence, ensuite la Section du contentieux. En principe, les arrêts rendus par ces deux formations sont publiés au *Recueil Lebon*, C. Maugué et J.-H. Stahl, Sur la sélection des arrêts du *Recueil Lebon*, *RFDA* 1998, p. 768.

2. Voir J. Waline, *Lebon ou pas Lebon*, *AJDA* 2011, p. 1105 qui déplore le volume modeste de la dernière livraison du *Lebon*. Le *Recueil Lebon* souffre du rôle grandissant des sites informatiques tels que Legifrance. Voir également C. Maugué et J.-H. Stahl, Sur la sélection des arrêts du *Recueil Lebon*, *RFDA* 1998, p. 768.

3. Voir la présentation de C. Malverti et C. Beaufls, *AJDA* 2020, p. 1407. Maître de requêtes au Conseil d'État, ils expliquent le fichage d'un arrêt au *Lebon* en prenant l'exemple de l'arrêt *Gisti* du 12 juin 2020.

4. Fabrice Melleray, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA* 2005, p. 637.

intéressant l'administration. Ainsi, le régime de la concession de service public était essentiellement jurisprudentiel jusqu'à la loi du 29 janvier 1993 sur les délégations de service public. Mais, il demeure essentiellement jurisprudentiel en ce sens que les « notions de base, les cadres essentiels d'appréhension et de compréhension de la matière » le demeurent. Il n'est pas possible de quantifier les parts respectives de la jurisprudence et du droit écrit. Les logiques peuvent s'entrechoquer. Ainsi, Y. Gaudemet a-t-il critiqué l'arrêt Ternon dans lequel le Conseil d'État modifie sa jurisprudence relative au retrait des actes individuels illégaux créateurs de droit alors qu'un texte était en préparation sur la question<sup>1</sup>. Il faut dire aussi que le droit issu des ordonnances est un droit obscur (il ne donne pas lieu à l'équivalent des travaux préparatoires d'une loi qui eux sont publics) et pour l'essentiel œuvre du Conseil d'État dans ses formations administratives<sup>2</sup>.

57. Le caractère jurisprudentiel du droit administratif justifie que l'appréhension du droit administratif passe par la lecture de l'ouvrage les grands arrêts du droit administratif. Ouvrage initialement écrit par Marceau Long, Guy Braibant, tous deux membres du Conseil d'État et Prosper Weil, professeur d'Université. Ce n'est pas un ouvrage officiel. Ce sont ses auteurs qui choisissent les grands arrêts<sup>3</sup>.
58. Le mouvement qu'effectue le droit administratif depuis une trentaine d'années, depuis l'arrêt Nicolo<sup>4</sup> apparaît à la lecture du GAJA : il y a dix grands arrêts de 1963 à 1989 (soit 25 ans). Même si certains ont disparu au fil des éditions, c'est peu. 24 de 1989 à 2007, 32 si on prend la période 1989-2015 (20<sup>e</sup> édition du GAJA). On constate que deux tiers au moins de ces arrêts traduisent l'influence du droit international et communautaire. Le Conseil d'État n'a jamais élaboré seul les règles du droit administratif. Mais il avait une plus grande autonomie auparavant, comme le révèlent les principes généraux du droit. Désormais, souvent il s'aligne sur des positions de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Cette ouverture du Conseil d'État sur l'extérieur n'est pas seulement contrainte. Le Conseil d'État ne conçoit plus de se prononcer sur une affaire d'importance sans se demander si un de ses homologues ailleurs n'a pas statué sur un cas identique. Le Conseil d'État

1. Y. Gaudemet, Faut-il retirer l'arrêt Ternon ? *AJDA* 2002, p. 738. On verra que par la suite, le Conseil d'État est allé beaucoup plus loin dans l'émanicipation par rapport à la norme légale CE 18 mai 2018 Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT Finances, n° 414583, *AJDA* 2018, p. 1206, chron. S. Roussel et C. Nicolas, *RFDA* 2018, p. 649, concl. A. Bretonneau. F. Poulet, Sécurité juridique et fermeture du prétoire, *AJDA* 2019, p. 1088. Michel Degoffe, Le Conseil d'État, un juge qui légifère, *Mélanges en l'honneur de Philippe Lauvaux*.

2. Voir également G. Vedel, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? » *EDCE* 1979-1980, n° 31, p. 31.

3. Voir le dossier de la *RFDA* 2007 50<sup>e</sup> anniversaire des Grands arrêts de la jurisprudence administrative. Introduction, B. Seiller, p. 223 ; P. Gonod, 1952-1956 : la naissance des « Grands arrêts », p. 225 ; J-L. Mestre, « Les grands arrêts antérieurs à 1873 », p. 230 ; B. Pacteau, « Les grands arrêts ignorés », p. 239 ; J-L. Autin, « Les grands arrêts disparus », p. 242 ; B. Potier de la Varde, « les avocats aux Conseils et les grands arrêts », p. 249 ; M. Deguerge, « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ? », p. 254 ; J-F. Lachaume, Les futurs « grands arrêts », p. 261. N. Kada, Les grands arrêts et le droit administratif, *AJDA* 2008, p. 2098.

4. CE 20 octobre 1989, *GAJA*, 2023, n° 81, [https://www.youtube.com/watch?v=\\_n8GLE7MLyg](https://www.youtube.com/watch?v=_n8GLE7MLyg).

a créé, en 2008, au sein de son centre de documentation, une cellule de droit comparé qui fait appel à des juristes étrangers et qui doit l'éclairer sur les solutions adoptées à l'étranger<sup>1</sup>.

## 2. Le service public et la prérogative de puissance publique

La question qui se pose au juge administratif, au Tribunal des conflits, et accessoirement au juge judiciaire, est celle de la détermination de la compétence quand le législateur ne l'attribue pas à l'un ou l'autre des ordres de juridictions. Il arrive que la loi attribue expressément à l'un ou l'autre juge la connaissance des litiges survenant entre l'administration et un particulier; ainsi, par exemple, la loi de 1957 précité pour les accidents causés par une automobile. Le juge et la doctrine se sont efforcés de découvrir un critère qui permettrait de justifier la compétence du juge administratif.

59. R. Chapus, dans un article classique<sup>2</sup> rappelle que c'est Hauriou qui dans la préface de la 11<sup>e</sup> édition du Précis de droit administratif, 1927 a « mis en lumière le conflit » des deux notions. Selon René Chapus, Hauriou a exactement caractérisé les deux notions en situant l'une, le service public « dans la région des buts poursuivis », l'autre, la puissance publique « dans celle des moyens employés ». Rappelons les termes de la préface de la 11<sup>e</sup> édition. Le service public et la puissance publique, écrit Hauriou, sont deux « notions maîtresses » du régime administratif français. Il explique que les publicistes qui ont organisé notre droit, ont privilégié la puissance publique qui se situe dans l'ordre des moyens utilisés, alors que le service public se situe dans les buts que ces moyens permettent d'atteindre. Mais cette sous-estimation des buts a entraîné une réaction, un « socialisme juridique » dont l'expression est l'École du service public qui s'efforce de faire prédominer l'idée du service public considérée comme but de l'État. C'est un article de Gaston Jéze intitulé le service public (*Revista de drept public* avril juin 1926, qui est une revue roumaine) qui le fait réagir.

Selon Léon Duguit<sup>3</sup>, « le service public, c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que cette activité est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante ».

60. René Chapus rappelle ce qu'est le service public : « le service public est l'activité assurée ou assumée par une personne publique en vue de l'intérêt public ». Deux conditions résultent de cette définition :

---

1. A. Bretonneau, S. Dahan, D. Fairgrieve, L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État : vers une procédure juridictionnelle innovante ? *RFDA* 2015, p. 855.  
2. « Le service public et la puissance publique », *RDJ*, 1968, p. 233.  
3. Droit constitutionnel, 2<sup>e</sup> éd., II, 1923, p. 54.

- « il est nécessaire qu'une personne publique assure cette activité en l'exerçant elle-même ou, au moins, qu'elle en assume l'exercice, celui-ci étant le fait d'un organisme privé substitué à la personne publique et délégué en quelque sorte par elle pour agir en ses lieu et place » ;
- l'activité « sera un service public dès lors qu'elle sera exercée en vue de l'intérêt public ».

R. Chapus démontre que ce n'est pas le service public qui détermine la compétence de la juridiction administrative, mais « la mise en œuvre des procédés de la puissance publique ou, si l'on préfère, de la gestion publique ».

61. Dans cette controverse, l'arrêt Blanco jouera un grand rôle<sup>1</sup>. La petite Agnès Blanco, cinq ans<sup>2</sup> a été renversée par un wagonnet de la manufacture des tabacs de Bordeaux. Le père demande réparation. Il a porté l'action devant le juge civil, le préfet a élevé le conflit. Le commissaire du gouvernement David rappelle que les tribunaux civils sont bien d'accord pour admettre leur incompétence à connaître d'actions visant à engager la responsabilité de l'État parce qu'un règlement ou plus généralement un acte administratif a causé un préjudice. Cette incompétence est commandée par l'application des textes relatifs à la séparation des autorités administratives et judiciaires (loi des 16-24 août 1790, notamment). Mais les juges civils voient les choses différemment quand un particulier engage la responsabilité de l'État du fait de fautes commises par les agents qu'il emploie. Selon eux, et dès lors que pour reconnaître cette responsabilité, il n'y a pas lieu d'apprécier un règlement qui régirait le service, sans quoi on retomberait dans l'hypothèse précédente, le juge civil considère que l'article 1384 du Code civil (le droit civil) donc est applicable à l'État.

Le Conseil d'État ne partage pas cette opinion : de telles actions, selon lui, ne sont pas régies par le Code civil et le juge civil est incompétent pour en connaître. Les deux aspects sont donc liés : juge compétent et droit applicable. Le Conseil d'État fonde l'incompétence du juge civil sur deux textes : l'un dont le commissaire du gouvernement David démontrera qu'il avait été mal compris : une législation de l'époque révolutionnaire affirmerait que seule l'autorité administrative (c'est-à-dire le juge administratif) est compétent pour déclarer l'État débiteur. L'autre, c'est la loi des 16 et 24 août 1790. David commence par rappeler qu'une

1. TC 8 février 1873, D. 1873-3-17, concl. David, GAJA 2023, n° 1. Rôle qu'il ne faut pas exagérer toutefois, voir G. Bigot, Les mythes fondateurs du droit administratif, RFDA 2000, p. 527. Voir également Mathieu Touzeil-Divina, Dix mythes du droit public, Lextenso, 2019, p. 125. Ces différents auteurs démontrent que l'arrêt Blanco a été redécouvert. Selon G. Bigot, c'est Marcel Waline dans la première édition de son manuel de droit administratif en 1946 qui a centré l'analyse du droit administratif sur la jurisprudence et sur le rôle central de l'arrêt Blanco. Idée reprise par les auteurs de la première édition du GAJA (Long Weil et Braibant) qui en font la « pierre angulaire » du droit administratif, GAJA publié en 1956 dans une collection dirigée par R. Cassin et... M. Waline (G. Bigot, commentaire de l'arrêt Blanco dans Les grandes arrêts politiques de la jurisprudence administrative, LGD), 2019, p. 41). Le cent cinquantième de l'arrêt Blanco a donné lieu à des réflexions doctrinales, voir le dossier de la RFDA 2023, n° 2.
2. La « petite » Agnès est morte en 1959, nous apprend Mathieu Touzeil-Divina, « Dix mythes du droit public », Lextenso, 2019, p. 127.

juridiction administrative existe dès la Révolution et la période napoléonienne même si elle est pour l'essentiel, confiée d'abord à des autorités administratives (Chef de l'État, Conseils de préfecture). Ensuite, il s'interroge sur les missions qui doivent être confiées à ces juridictions. Pour répondre à cette question, David donne une interprétation de la loi des 16 et 24 août 1790 qui va bien au-delà de ce que souhaitent ses auteurs. Ceux-ci on l'a dit, voulaient, par ce texte, interdire au juge judiciaire de se comporter en administrateur mais non pas lui interdire de juger l'administration. Au contraire, David indique qu'il résulte de ce texte que les juges civils « sont radicalement incompétents pour connaître de toutes les demandes formées contre l'administration à raison des services publics, quel que soit leur objet et alors même qu'elles tendraient, non pas à faire annuler, réformer ou interpréter par l'autorité judiciaire les actes de l'administration, mais simplement à faire prononcer contre elle des condamnations pécuniaires en réparation des dommages causés par ses opérations ». David démontre qu'il y va de l'équilibre des pouvoirs : l'administration ne doit pas être troublée par le juge judiciaire, le ministre en premier lieu doit rendre la justice dans les affaires administratives pour pouvoir en rendre en compte au Parlement, la responsabilité gouvernementale étant la clef du régime parlementaire : c'est au Parlement et non au juge civil que l'administration doit rendre des comptes. Après avoir expliqué la compétence du juge administratif, il se demande si elle est justifiée. Là, encore, il répond par l'affirmative car il lui semble « impossible en bonne raison et en bonne justice, d'assimiler complètement l'État à un simple particulier pour ses rapports avec ses agents et pour les conséquences qui en peuvent dériver au point de vue de sa responsabilité vis-à-vis des tiers ». Pourquoi ? Tout d'abord parce qu'un particulier est mu par son intérêt personnel, l'État agit dans l'intérêt de tous (le service public). Ces services publics sont nombreux, divers, « autant de raisons qui montrent que la responsabilité de l'État, pour les fautes de ses agents, ne peut être ni générale, ni absolue ». L'autorité judiciaire serait souvent d'ailleurs incapable d'apprécier ces nuances.

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

Il ressort de ce considérant ce lien entre compétence et fond, c'est-à-dire règles applicables. C'est parce qu'il faut apprécier les particularités et les difficultés de l'action administrative qui peuvent justifier des règles spéciales, qu'il faut un juge spécial, le juge administratif qui connaît ces particularités.

62. L'autonomie du droit administratif signifie que, pour un litige donné, le juge n'est pas tenu d'appliquer le Code civil. Mais, si la règle contenue dans le Code civil est bonne et adaptée à l'activité administrative, rien ne l'empêche de l'appliquer : l'autonomie n'implique pas l'originalité.

On constate également que l'arrêt Blanco fait la part belle au service public comme critère du droit administratif. Ce que l'on appelle l'âge d'or du droit administratif et de la doctrine du service public commence ici : les activités de l'État (et des personnes publiques en général) sont des activités de service public, seules ces personnes publiques se chargeant de telles missions. En outre, les activités de service public commandent l'application du droit administratif. Or, très vite sont apparues des personnes privées chargées de missions de service public. Est apparu également un service public régi par le droit privé. L'unité personne publique, service public et droit administratif était donc rompue.

Schématiquement, il y a donc deux écoles doctrinales en droit administratif : l'une initiée par Léon Duguit, l'École de Bordeaux qui attache une grande importance au service public ; l'autre plus attachée à la puissance publique incarnée par Hauriou, professeur à Toulouse<sup>1</sup>. Les deux auteurs sont de la même génération<sup>2</sup> ; leur œuvre date de la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles.

### 3. L'autonomie du droit administratif

Dans l'arrêt Blanco, le Tribunal des conflits indiquait que l'administration pouvait être assujettie à des règles spéciales, différentes de celles du Code civil. C'est ce qu'on appelle l'autonomie du droit administratif : le juge administratif n'est pas obligé dans un litige qui relève de sa compétence, d'appliquer le Code civil ou des règles issues de droits autres que le droit administratif. Mais rien ne lui interdit de le faire.

63. Il le fait parfois par des voies détournées. Ainsi, les salariés du secteur privé bénéficient de la protection du code du travail, les fonctionnaires du statut général de la fonction publique, aujourd'hui du code général de la fonction publique. Mais tous les agents employés par l'État et les autres personnes publiques ne sont pas des fonctionnaires. Il y a aussi des agents non titulaires qui ne bénéficient ni de la protection du code du travail, ni de celle du statut général. Pour les protéger, le Conseil d'État a refusé de leur appliquer le code du travail et encore moins le statut général. Mais, il a estimé dans certaines hypothèses que le code du travail ne fait qu'exprimer un principe général de droit qui préexiste au texte. Ce principe a donc vocation à s'appliquer à tout agent qu'il soit privé ou pas. La première illustration de cette construction prétorienne

1. F. Melleray, « Remarques sur l'École de Toulouse », *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, Litec 2009, p. 533 qui doute que l'on puisse réellement parler d'École de Toulouse, sans remettre en cause bien entendu, l'exceptionnel apport d'Hauriou, ceux qui empruntent ses pas étant assez rares.

2. Hauriou est né en 1856 et mort en 1929, Léon Duguit est né en 1859 et mort en 1928.

est le principe interdisant de licencier une salariée enceinte employée dans un service public. Ce principe dont s'inspire l'article L. 122-25-2 du code du travail (aujourd'hui art. 1225-5) prohibe la résiliation du contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit<sup>1</sup>.

De la même façon, le Conseil d'État a jugé que l'article L. 141-2 du code du travail interdisant de verser à un salarié une rémunération inférieure au SMIC exprimait un principe général du droit applicable aux agents publics<sup>2</sup>.

64. Il n'est pas interdit au juge administratif d'introduire dans son raisonnement des règles issues d'autres droits. Encore faut-il distinguer l'application d'un autre droit et l'emprunt à un autre droit. Il arrive fréquemment que le juge administratif applique des articles du Code civil. Mais il le fait parce qu'il y est tenu ; ainsi dans un litige fiscal, le juge administratif doit appliquer la définition du mariage donné par le Code civil ; il n'a aucune latitude. B. Plessix définit, en revanche l'emprunt, comme l'hypothèse où « une discipline juridique manifeste, expressément ou tacitement, son choix délibéré de prendre une autre discipline juridique comme source d'inspiration, alors que rien ne l'y oblige »<sup>3</sup>.
65. Par exemple, le Code pénal définit des infractions et les assortit de peines pour celui qui les commet. Le juge pénal est chargé de faire respecter le code pénal. Il ne peut bien entendu pas le considérer comme une source d'inspiration : il doit l'appliquer. Ainsi, l'article 432-13 du Code pénal réprime de peines d'amendes et de prison, l'agent public qui devient salarié, prend une participation dans une entreprise qu'il a été amené en qualité de fonctionnaire à contrôler dans les deux dernières années (cinq ans avant une loi du 2 février 2007). La question s'est posée de savoir si un acte administratif pouvait être annulé, par le Conseil d'État, pour méconnaissance de cet article 432-13. Le juge administratif n'est pas, comme le juge pénal, dans une situation de compétence liée, l'article 432-13 prévoit que le départ du fonctionnaire dans une entreprise qu'il était amené à contrôler l'expose à amende et prison pas à l'annulation de sa nomination. Un décret nomme en position de détachement comme sous-gouverneur du Crédit foncier de France, un fonctionnaire qui juste auparavant, était chargé au ministère des finances de contrôler l'activité de cette banque. Le fonctionnaire s'expose inévitablement à des poursuites pénales. Mais le Conseil d'État a jugé que l'administration ne pouvait pas mettre un de ses agents en position de commettre une infraction pénale<sup>4</sup>. Il accepte donc d'annuler le décret de nomination parce que contraire

1. CE 8 juin 1973 Dame Peynet, p. 106, conclusions Mme Grévisse, *AJDA* 1973, p. 587.

2. CE 23 avril 1982 Ville de Toulouse c. Mme Aragnou, p. 152, conclusions Labetoulle, *AJDA* 1982, p. 443.

3. B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, T. I, p. 73

4. CE 6 décembre 1996 Société Lambda, *rec.* p. 466, concl. Piveteau, *RFDA* 1997, p. 173, concl. Piveteau, *AJDA* 1997, p. 152, *chron.* Chauveau et Girardot, *RA* 1997, p. 27, note Lemoyne de Forges et 155 M. Degoffe, *RD publ.* 1997, p. 567, note J.-M. Auby, *GAJA* 2023, n° 87, <https://www.youtube.com/watch?v=fKTMT-bg6MY>

à l'article 432-13 du code pénal. Cette disposition fait donc partie du bloc de légalité, c'est-à-dire des normes par rapport auxquelles le juge administratif contrôle les actes administratifs qui lui sont déférés.

66. De la même façon, une ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 réprime les pratiques anticoncurrentielles et les abus de position dominante. Les entreprises qui les commettent sont passibles de sanctions pécuniaires infligées par une autorité administrative indépendante (le Conseil de la concurrence, aujourd'hui Autorité de la concurrence) soumis au contrôle de la cour d'appel de Paris. Lorsqu'une personne publique exerçant une activité d'entreprise commet de telles pratiques, elle sera poursuivie devant l'Autorité de la concurrence et passible de sanction. Cette solution découle directement de l'article 53 de l'ordonnance en vertu duquel les personnes publiques sont soumises à ces règles quand elles se livrent à une activité de production de distribution ou de services<sup>1</sup>. Mais le Conseil d'État a été saisi de recours contre des actes administratifs unilatéraux, les requérants estimant qu'ils violaient le droit de la concurrence consacré par l'ordonnance de 1986. L'article 53 n'est cette fois d'aucune utilité car édicter un acte administratif ne constitue pas une activité de production, de distribution ou de services.
67. À compter de l'arrêt Société Million et Marais<sup>2</sup>, le Conseil d'État intègre cependant l'ordonnance de 1986 à son bloc de légalité, c'est-à-dire qu'il accepte de contrôler un acte administratif par rapport à cette ordonnance. Mais il s'agit bien d'un emprunt et non d'une application stricte car le Conseil d'État n'applique pas purement et simplement l'ordonnance ; il la concilie avec les exigences de l'action administrative. La preuve d'ailleurs qu'il n'applique pas purement et simplement l'ordonnance, c'est que celle-ci assortit les interdictions qu'elle pose de sanctions pécuniaires. Or, le juge administratif, après avoir constaté qu'un acte administratif méconnaît l'une des interdictions, n'inflige pas une sanction (il n'en a d'ailleurs pas le pouvoir), il annule cet acte.
- Le juge censure des actes administratifs qui vont nécessairement conduire des opérateurs privés à violer le droit de la concurrence : c'est ce qu'on appelle l'abus automatique. Le juge censure également des actes administratifs qui traduisent par eux-mêmes une violation par l'autorité administrative du droit de la concurrence<sup>3</sup>.
68. Dans l'affaire Million et Marais, le Conseil d'État annule un acte administratif au titre de l'abus automatique : l'autorité administrative a pris un acte qui conduira nécessairement les entreprises privées à commettre des abus de position dominante sur un marché ; par exemple, le premier ministre édicte

1. TC 19 janvier 1998 Union française de l'Express c/ La Poste, *rec.* p. 534, *D.* 1998, p. 329, concl. Arrighi de Casanova, *RFDA* 1999, p. 189, note B. Seiller

2. CE 3 novembre 1997, *Recueil Lebon*, p. 393, concl. Stahl *GAJA* 2023, n° 88.

3. Voir également CE 30 avril 2003 Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, *AJDA* 2003, p. 1153, chr. F. Donnat, D. Casas.

un décret accordant un avantage anticoncurrentiel à une entreprise. Cette dernière se trouve dans une situation d'abus de position dominante non pas de son propre fait, mais parce que l'autorité administrative l'y a placée.

Dans une seconde étape, le Conseil d'État se reconnaîtra le pouvoir d'annuler un acte administratif parce qu'il traduit un abus de position dominante de la part de l'autorité administrative elle-même<sup>1</sup>.

#### 4. Le service public industriel et commercial

Dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, le Tribunal des conflits considéra que certains services publics dans leur ensemble doivent être régis par les règles de la gestion privée : application du droit privé, compétence du juge judiciaire. Après avoir vu l'apparition de la notion, on verra les critères qui permettent de distinguer un service public industriel et commercial d'un service qui ne l'est pas.

##### A. Notion

69. La célèbre affaire dite du bac d'Eloka marque l'acte de naissance de la jurisprudence dite du service public industriel et commercial. La colonie de Côte d'Ivoire (personne publique française à l'époque) exploitait un service de bac, directement (en régie) pour assurer la circulation sur le littoral de Côte d'Ivoire. Dans la nuit du 5 au 6 septembre 1920, le bac coule (un mort, quatre automobiles détruites). Les propriétaires de ces automobiles introduisent une action en responsabilité contre la Colonie devant le juge civil<sup>2</sup>. Le Tribunal des conflits jugea « qu'en effectuant moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ». Le juge judiciaire est donc compétent pour connaître du litige. Il est intéressant de relever que cet arrêt qui inaugure la jurisprudence dite du service public industriel et commercial n'utilise pas l'expression, pas plus que celle de service public. L'expression « service public industriel » apparaît pour la première fois, dans l'arrêt Société générale d'armement<sup>3</sup>. Cela fait dire d'ailleurs à Mathieu Touzeil-Divina que le Tribunal des conflits n'a pas eu l'intention de créer la notion de service public industriel et commercial. Et si le Conseil d'État utilise, lui, l'expression, c'est parce qu'il craint que la jurisprudence du Tribunal des conflits ne dessaisisse la juridiction administrative d'une part importante du contentieux des personnes publiques<sup>4</sup> : s'il s'agit d'un service public, une part de son contentieux incombera au juge judiciaire. Mais, comme on le verra, le juge administratif ne sera pas complètement dessaisi pour autant. Dans ses

1. CE 26 mars 1999 Société EDA. conclusions Stahl, *AJDA* 1999, p. 427.

2. TC 22 janvier 1921 Colonie de la Côte d'Ivoire c/ Société commerciale de l'Ouest africain, *D.* 1921-III-1, concl. Matter, *GAJA* 2023, n° 34.

3. CE 23 décembre 1921, *RDJ* 1922, p. 75, concl. Rivet.

4. M. Touzeil-Divina, *Dix mythes du droit public*, Lextension, 2019, p. 267.

conclusions, Matter ne niait pas qu'il s'agissait, en l'occurrence, d'un service public. Mais il opérait une distinction entre les services publics pris en charge par l'État. Il faut, dit-il, « entendre par « service public », « une organisation gérée par un organe de l'administration publique, en vue de l'accomplissement de la fonction administrative de l'État »<sup>1</sup>. « Ainsi ne seront services publics que ceux organisés et exploités par l'État ou l'un de ses démembrements en vue d'accomplir un acte normal de sa fonction, pour atteindre son but naturel. Mais l'État, comme toute administration, peut entreprendre des services qui ne sont pas de son essence, qui pourraient y être organisés par toute personne ou toute société ».

« Ainsi cette distinction s'impose : certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique ; il est nécessaire que le principe de la séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ».

70. Matter opère donc une distinction entre les services publics qui sont de la nature de l'État et ceux qui ne le sont pas. Cette distinction très libérale (l'État ne serait pas le plus légitime pour assurer les seconds) a été critiquée. A-S. Mescheriakoff<sup>2</sup> a démontré que ce sont les auteurs du GAJA, ou encore Charles Eisenmann dans son cours qui ont donné une grande importance à cet arrêt. Selon ce dernier auteur, l'arrêt marque un passage du monisme au dualisme du droit administratif, c'est-à-dire d'une période où le droit administratif s'applique à toutes les activités de la personne publique à une période où ce n'est plus le cas.
71. L'arrêt traduit aussi tout simplement l'idée de gestion privée qu'évoquait déjà Romieu dans ses conclusions sous l'arrêt Terrier<sup>3</sup>. Dans cette affaire, le conseil général de Saône-et-Loire avait institué une prime en faveur de toute personne qui tuerait une vipère. Mais les crédits votés s'avérèrent insuffisants pour récompenser toutes les bonnes volontés, ce qui contraignit le conseil général à refuser de verser la prime promise. Un tueur éconduit saisit donc le juge pour obtenir réparation. Le commissaire du gouvernement, dans ses conclusions rappela que « toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public, sont de la compétence administrative et relèvent, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'État, juge de droit commun du contentieux de l'administration ». Mais il ajoutait qu'« il demeure entendu qu'il faut réserver... les circonstances où l'administration doit être réputée agir

1. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10<sup>e</sup> édition, p. 25 et s.

2. « L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP*, p. 1059.

3. CE 6 février 1903, *rec.*, p. 94, *GAJA* 2023, n° 11.

dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions». C'est, dit-il, la distinction entre gestion publique et privée que l'on retrouve également dans les conclusions Blum dans l'affaire Société granit des porphyroïdes des Vosges de 1912<sup>1</sup>.

De ce point de vue, l'apport de l'arrêt Bac d'Eloka n'aurait été que d'affirmer que c'est un service dans son ensemble qui peut être soumis à la gestion privée.

## B. Critères

72. Les services publics sont soit des services publics administratifs, soit des services publics industriels et commerciaux. Le Tribunal des conflits a un temps essayé de faire apparaître une troisième catégorie, les services publics sociaux<sup>2</sup>. Mais le Conseil d'État ne l'a pas suivi et le Tribunal des conflits y a renoncé en 1983. De même, il arrive que le législateur souhaite sortir de ce binôme et découvre d'autres appellations. Mais le juge administratif réintègre l'invention dans le binôme.

La jurisprudence a dégagé les critères qui permettent de distinguer le service public industriel et commercial du service public administratif, étant entendu qu'en principe, un service public est administratif. Ce n'est que s'il remplit certaines conditions qu'il sera qualifié de service public industriel et commercial.

### L'arrêt de principe

73. Le Conseil d'État a proposé des critères permettant de distinguer le service public administratif du service public industriel et commercial dans un arrêt de 1956. Ce sont les conclusions du commissaire du gouvernement Laurent qu'il faut retenir<sup>3</sup>. L'union en cause attaquait un décret qui avait supprimé la caisse de compensation de l'industrie aéronautique qui était un établissement public (personne publique spéciale). Une loi de 1948 avait habilité le gouvernement à supprimer les établissements publics administratifs, c'est-à-dire gérant un service public administratif. La requérante soutenait que le président du conseil était incompétent pour supprimer la caisse qui était un établissement public industriel et commercial, c'est-à-dire un établissement public gérant un service public industriel et commercial. Pour trancher le litige, le commissaire du gouvernement Laurent a donc dû proposer des critères qui permettraient de distinguer l'établissement public administratif de l'établissement public industriel et commercial, c'est-à-dire le service public administratif du service public industriel et commercial. Laurent rappelle que le service public industriel et commercial n'est « qu'un moyen par lequel la puissance publique entend répondre à un besoin d'intérêt général, et qu'elle choisit lorsque les procédés du

1. CE 31 juillet 1912 Société des granits porphyroïdes des Vosges, *GAJA* 2023 n° 23

2. TC 22 janvier 1955 Naliato, *Lebon*, p. 694, *RPDA* 955, p. 53, concl. Chardeau.

3. CE 16 novembre 1956 Union syndicale des industries aéronautiques, *D.* 1956, III, 759, concl. Laurent.

droit public lui paraissent mal adaptés à la tâche qui lui incombe ». Il ajoute que le service public industriel et commercial est indissociable de l'idée d'entreprise ou dit plus justement, il y aura service public industriel et commercial quand l'administration aura marqué sa volonté de gérer le service comme une entreprise (sans pour autant que cela puisse être assimilé à une entreprise purement privée car celle-ci doit faire des bénéfices pour survivre alors que le SPIC peut faire des bénéfices). Cette idée d'entreprise se manifeste à trois points de vue :

- L'objet de l'activité : est-ce que l'objet s'apparente à une mission habituellement prise en charge par une entreprise privée ou par une administration ? Ainsi, la caisse en cause dans l'affaire de 1956 était chargée de distribuer des subventions. C'est une mission qui, par son objet, est administrative.
- Les modalités de fonctionnement : est-ce que le service a un mode d'organisation qui le rapproche d'une administration ou d'une entreprise ?
- Les ressources : le service a-t-il les ressources d'une entreprise, c'est-à-dire vit-il, au moins partiellement, des recettes procurées par le service qu'il rend et payés par les usagers ou bien d'une recette fiscale ?

Si, à ces trois points de vue, le service traduit l'idée d'entreprise, il doit être qualifié de service public industriel et commercial. Sinon, il s'agit d'un service public administratif. Les trois conditions étant cumulatives, on doit en déduire qu'il y a présomption que le service public est administratif. Cela étant, il ne s'agit que d'une jurisprudence. Le Conseil d'État et le Tribunal des conflits peuvent l'appliquer avec souplesse. Ils doivent aussi l'écarter quand le législateur a expressément qualifié le service<sup>1</sup>.

### L'application

74. Le juge n'accorde pas une portée absolue aux critères dégagés en 1956. Ainsi, dans une affaire, le Tribunal des conflits a qualifié le service public de distribution de l'eau de service public industriel et commercial alors que la somme forfaitaire acquittée par les usagers est inférieure au coût réel de la prestation fournie (ce qui prouve bien que le service public ne vit pas grâce aux ressources que lui procurent les usagers)<sup>2</sup>. Depuis une loi de 2006, la disposition législative qui existait auparavant uniquement pour l'assainissement et qui était interprétée comme une qualification légale, a été étendue à la distribution d'eau. L'article L. 2224-11 du CGCT dispose désormais que « les services publics d'eau et d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial »<sup>3</sup>. Cette qualification légale ôte toute marge

1. Voir B. Seiller, « L'érosion de la distinction service public administratif-service public industriel et commercial », *AJDA* 2005, p. 417 ; J-F. Lachaume, « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA* 2003, p. 362.

2. TC 19 février 1990 Thomas, *Lebon*, p. 618, *AJDA* 1990, p. 558, obs ; J-P. Théron

3. L. Richer « Les services de l'eau potable et de l'assainissement dans la loi sur l'eau », *AJDA* 2007, p. 1168.

d'appréciation au juge. De même, l'exploitation des pistes de ski constitue un service public industriel et commercial, « même lorsque la station de ski est exploitée en régie directe par la commune »<sup>1</sup>. On peut ajouter alors même que l'utilisation de la piste de ski est gratuite (à la différence du service des remontées mécaniques).

75. Le critère de l'objet s'avère rarement déterminant. Cependant, comme on le verra dans d'autres affaires, la voirie constitue une mission naturelle de la puissance publique. Aussi, une société concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute a pour activité l'exécution d'une mission de service public administratif, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que les péages, qui ont le caractère de service rendu, sont assujettis à la TVA. Il en résulte que le juge administratif est compétent pour connaître du litige entre la société concessionnaire et l'utilisateur quant au principe et au montant du péage<sup>2</sup>. En l'occurrence, le service public repose donc essentiellement sur les redevances et, pourtant, ce n'est pas un SPIC. Le critère de l'objet s'avère cependant d'application délicate. Cela dépend de considérations politiques, variables au fil du temps. En 1921, le Tribunal des conflits qualifie un service de bacs d'industriel et commercial, parce que c'est un service qui, normalement, est accompli par des entreprises privées. Puis cinquante ans plus tard, tous ces bacs sont déficitaires et pris en charge par les collectivités publiques ce qui conduit le Conseil d'État à les qualifier de service public administratif<sup>3</sup>.

L'idée selon laquelle il existerait des services publics administratifs ou industriels et commerciaux par nature est régulièrement contestée. Ainsi, le Conseil d'État considère le service public de la santé comme administratif par nature<sup>4</sup>. Cela n'exclut pas, pour autant une gestion privée.

76. Le critère des modalités de financement joue un rôle important. Ainsi, à propos du service public d'assainissement (traitement des eaux usées), constatant que la redevance d'assainissement, instituée par délibération du conseil municipal du 28 mai 1977, est assise sur la consommation d'eau de l'utilisateur du service d'assainissement et constitue le prix d'un service, le Conseil d'État en déduit qu'il doit être regardé comme un service public industriel et commercial »<sup>5</sup>. À l'inverse, le commerçant non sédentaire qui veut obtenir une place sur un marché de la

1. CE 19 février 2009 Mlle Beaufils et autres, n° 293020, note D. Pouyaud.

2. TC 20 novembre 2006 Société ERTL c/ Escota, *AJDA* 2007, p. 849, note N. Chahid-Nourai et J.-L. Champy.

3. CE 10 mai 1974 Denoyez et Chorques, *AJDA* 1974, chron. Franc et Boyon, *RDJ* 1974, p. 467, note M. Waline, *RA* 1974, p. 440, note Moderne.

4. CE avis 20 octobre 2000, Mme Torrent, *AJDA* 2001, p. 394, concl. DF. Chauvaux.

5. CE 20 janvier 1988 SCI La Colline c/ commune de la Bénisson-Dieu, *RFDA* 1988, p. 880, concl. C. de la Verpillière.

commune, doit acquitter un droit de place, qui présente un caractère fiscal. Cette qualification d'impôt exclut que le service de gestion des halles et marchés soit un service public industriel et commercial<sup>1</sup>.

Le service doit reposer sur des redevances payées par l'usager. Mais il peut y avoir SPIC alors même que ces redevances ne représentent qu'une « faible partie du coût du service »<sup>2</sup>.

La commune est compétente pour assurer le service public d'enlèvement des ordures ménagères (art. L. 2224-13 CGCT) : elle peut le financer de deux façons : soit par le contribuable (elle institue alors la taxe d'enlèvement des ordures ménagères) soit par l'usager (elle crée alors une redevance d'enlèvement des ordures ménagères qui doit être établie compte tenu du service effectivement rendu à l'usager). Le service ne sera qualifié d'industriel et commercial que lorsqu'il repose sur ce dernier financement<sup>3</sup>. Si la commune institue une redevance, elle s'engage donc à ce que celle-ci corresponde au service rendu à l'usager, ce dernier pourra donc contester le montant de la redevance en estimant qu'elle dépasse le service qui lui est rendu ce qu'il ne pourrait pas faire pour une taxe qui constitue un impôt<sup>4</sup>.

### C. Conséquences de la qualification de SPIC

77. Quand en 1921, le Tribunal des conflits découvre la notion de service public industriel et commercial, c'est parce qu'il souhaite que certaines activités de l'administration soient régies par le droit privé. Ce principe demeure vrai aujourd'hui. Mais il supporte des exceptions. Pour bien les saisir, il faut avoir à l'esprit que l'activité de l'administration peut être appréhendée par trois approches ou trois critères : un critère organique qui analyse la personne morale au centre de la situation que l'on cherche à qualifier. Ainsi, les activités de l'administration, terme qui juridiquement ne veut pas dire grand-chose peuvent être prises en charge par l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics qui sont des personnes publiques ayant une compétence spéciale et certaines personnes privées.

Le critère matériel appréhende l'activité exercée par la personne : service public ou non, dans l'affirmative, service public administratif ou service public industriel et commercial.

1. CE 22 novembre 1985 Ville de la Courneuve, *rec.*, p. 133. Dans cet arrêt, le Conseil d'État conclut à cette qualification alors même que le droit de place constitue la contrepartie d'un service rendu.

2. TC 16 octobre 2006 Monteil c/ Syndicat intercommunal d'études de travaux et de gestion d'irrigation du canton de Montignac, n° 3511, *AJDA* 2006, p. 2413.

3. CE Sec. Avis 10 avril 1992 SARL Hofmiller, *rec.* p. 159, *RFDA* 1994, p. 161, concl. J. Arrighi de Casanova, *CJEG* 1992, p. 480, chron. J-F. Lachaume, *AJDA* 1992, p. 687, note X. Prétot.

4. Cass. 1<sup>er</sup> civ. 10 février 1998 SA Saur c/ Bensetti, *JCP* 1998, p. 2126, note Jean-Grégoire Mahinga. Voir CAA 27 juin 2002 Brindel, *AJDA* 2002, p. 1409, note S. Blondel.