

# Ziane Achour University of Djelfa

Faculty of law and political sciences

Law Department

## The control of Council of state on government action – comparative study–

This thesis submitted for obtaining a degree of LMD doctorat in law

Speciality : State and public institutions

Submitted by :

**KHODJA Mohamed Lakhder**

Under the supervision of :

**Dr. Lagoun Saad**

### Jury :

<b>Full Name</b>	<b>Rank</b>	<b>Function</b>	<b>University</b>
Abass Abdelkader	Senior lecturer Class A	President	Ziane Achour university of Djelfa
Lagoun Saad	Senior lecturer Class A	Supervisor and rapporteur	Ziane Achour university of Djelfa
Bensadek Ahmed	Senior lecturer Class A	Examiner	Ziane Achour university of Djelfa
Ali Khodja Kheira	Senior lecturer	Examiner	Ziane Achour university of Djelfa
Hadj Aissa Ben Saleh Mohamed	Senior lecturer Class A	Examiner	Amar Telidji university of Laghouat
Boughoufala Bouaicha	Senior lecturer Class A	Examiner	Amar Telidji university of Laghouat

**Academic year : 2020/2021**

# Université Ziane Achour de Djelfa

Faculté de droit et sciences politiques

Département de droit

## Le contrôle du Conseil d'État sur l'action gouvernementale – étude comparée–

Thèse présentée pour l'obtention d'un doctorat du troisième cycle en droit  
Spécialité : État et institutions publiques

Présentée et soutenue par :  
**KHODJA Mohamed Lakhder**

Sous la direction de :  
**Lagoun Saad**

### Jury :

<b>Nom et prénom</b>	<b>Grade</b>	<b>Qualité</b>	<b>Université</b>
Abass Abdelkader	Maitre de conférence classe A	Président	Université Ziane Achour de Djelfa
Lagoun Saad	Maitre de conférence classe A	Directeur de thèse et rapporteur	Université Ziane Achour de Djelfa
Bensadek Ahmed	Maitre de conférence classe A	Examineur	Université Ziane Achour de Djelfa
Ali Khodja Kheira	Maitre de conférence classe A	Examineur	Université Ziane Achour de Djelfa
Hadj Aissa Ben Saleh Mohamed	Maitre de conférence classe A	Examineur	Université Amar Telidji de Laghouat
Boughoufala Bouaicha	Maitre de conférence classe A	Examineur	Université Amar Telidji de Laghouat

**Année universitaire 2020/2021**

## **Remerciements :**

Mes plus sincères remerciements vont au Docteur Lagoun Saad pour avoir accepté d'hériter de la direction de mes travaux qui étaient bien entamés.

Un merci particulier à mon ancien directeur de thèse, ami, confrère et mentor, celui par qui l'idée conductrice de cette thèse a germé : Le chef du CFD État et institutions publiques, Le professeur Benalia Hamid.

Des remerciements s'imposent aussi aux autres membres du CFD à qui je suis redevable, les professeurs : Benahmed Abdelmounaim, Jaalab Kamel, Salmi Abdessalem et Labiad Leila.

Un grand merci aux membres du jury d'avoir accepté de juger ce travail.

**Dédicaces :**

*À la mémoire de feu mon grand-père « Triki Khaled », doyen des avocats de Djelfa et éminent juriste.*

*À mes chers parents, sans qui rien n'aurait été possible.*

*À ma femme et mes enfants : Kamel et Abdessamed.*

## **Principales abréviations :**

AAU : Acte administratif unilatéral.  
AJDA : Actualité juridique droit administratif (revue Dalloz).  
CAA : Cour d'Appel administrative.  
Cass : Cour de cassation./ crim : Chambre criminelle./ req : Chambre des requêtes./ civ : Chambre civile.  
CC : Conseil Constitutionnel.  
CE : Conseil d'État.  
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme.  
CEJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.  
CJA : Code de justice administrative.  
Concl : Conclusions.  
Cts : Consorts.  
D : Recueil Dalloz.  
D.P : Dalloz périodique.  
DUP : déclaration d'utilité publique.  
E.D.C.E : Études et documents du Conseil d'État.  
E.N.A : École Nationale d'Administration.  
GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative.  
JCP : Juris-classeur périodique.  
JO : Journal Officiel.  
JORADP : Journal officiel de la république algérienne démocratique et populaire.  
JORF : Journal officiel de la république française.  
Lebon : Recueil Lebon.  
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris).  
NMP : Nouveau modèle de gestion du secteur public.  
NGP : Nouvelle gestion publique.  
PGD : Principe général du droit.  
PUF : Presse universitaire de France.  
RA : Revue administrative.  
RCLJ : Revue critique de législation et de jurisprudence.  
RDM : Revue des deux mondes.  
RDP : Revue du droit public et de la science politique.

Rec : Recueil « Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux qui font jurisprudence »

Rev. hist. droit : Revue historique de droit français et étranger.

RFDA : Revue française de droit Administratif.

RFDC : Revue française de droit constitutionnel.

RGA : Revue générale d'administration.

RHFDCJ : Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique.

RHMC : Revue d'histoire moderne et contemporaine.

RISA : Revue internationale de science administrative.

RPDF : Revue pratique du droit français.

RPP : Revue politique et parlementaire.

RTD.civ : Revue trimestrielle de droit civil.

S : Recueil Sirey.

SGG : Secrétariat général du gouvernement.

SPIC : Service public industriel et commercial.

Ss : sous paragraphe numéro.

Sté : Société.

TA : Tribunal administratif.

TC : Tribunal des conflits.

V. : Voir.

V. par ex. : Voir par exemple.

## **Résumé :**

Depuis les différentes périodes de justice retenue puis déléguée et enfin concédée le Conseil d'État a toujours exercé une forme de contrôle sur l'action de l'exécutif, cependant depuis que l'institution régaliennne a connue des changements significatifs relatifs à son rôle de conseiller et de juridiction suite à la révolution française de 1789, et aux idées nouvelles et conductrices que cette dernière a apporté insufflant un véritable vent de droits de l'homme et de libertés publiques sur le continent européen et plus tard sur l'ensemble du monde, l'institution a revêtu son aspect actuel, imposant que les affaires impliquant la puissance publique doivent être examinées par cette juridiction particulière.

Depuis lors le Conseil d'État s'est affirmé comme le garant des libertés et du fonctionnement régulier de l'administration, par son rôle de double « contrôleur » du pouvoir discrétionnaire de l'administration sur le volet juridictionnel, et sur les questions d'ordre juridique et administratif sur le volet de conseiller du gouvernement.

Si le modèle de cette institution type, a souvent été reproduit il n'a jamais été égalé, et c'est notamment le cas en Algérie où après les réformes constitutionnelles de 1996 un Conseil d'État et une dualité judiciaire à la française ont été institués, mais l'institution en question est cependant restée au stade expérimentale, d'où cette étude comparée et non comparative qui a pour vocation d'éclairer le lecteur sur les buts attendus du rôle que doit jouer l'institution objet de cette recherche.

**Mots clefs :** Contrôle – Conseil d'État- Administration- Pouvoir discrétionnaire – Action gouvernementale- Action publique- Dualité judiciaire - Ordre administratif - Conseiller du gouvernement.

## **Abstract :**

Since various periods of delegated justice, retained justice and finally conceded justice : the concil of state always applied a shape of control on the executive authorities action, however since the oversight institution has changed significantly in relation to his role of counsellor and jurisdiction after the french revolution of 1789, and what it made in termes of new ideas relatively to humain rights and civil liberties both on the european continent and in the rest of the world, the concil of state had appeared in the form we see today, requiered that the cases ho involves public authority must be examined by this particular jusridiction.

After that the concil of state guarantee freedoms and the effective operation of government, by his dual function of controller for statutory discretion and counsellor regarding legal and administrative matters.

If this model institution, was often replicated it has never been equalled, and it was notably the situation in Algeria after the constitutional review of 1996 who introduced an french lik institution « the concil of state », but the latter has remained to the experimental phase, whence this compartive « foreign » and not compared study which is trying to bring light on the expected purposes of the institution object of this research.

**Key words :** Control - Concil of state – government - statutory discretion - Government action - Public action - Judicial duality - administartive order - government councillor.



## ملخص :

منذ مختلف حقبات زمن القضاء المقيّد و الإدارة القاضية و القضاء المفوّض عرف مجلس الدولة تطبيقاً متفاوتاً للرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، إلاّ أنّه منذ أن عرفت المؤسسة السيادية (مجلس الدولة) إصلاحات مهمّة فيما يخص دورها الاستشاري و القضائي إبان الثورة الفرنسيّة لسنة 1789، وما أفرزته الأخيرة من فكر جيّاش في مجال حقوق الإنسان و الحريّات العامّة على مستوى القارّة الأوروبيّة بل و امتدّ إلى المعمورة جمعاء، أخذت المؤسسة الدستوريّة مظهرها الحالي (من خلال الدور و الصلاحيّات) فإرضة النظر الحصري لها في كافّة النزاعات التي تخص السلطات العموميّة أو التي تكون طرفاً فيها.

منذ ذاك و مجلس الدولة يعتبر ضامناً للحريّات و السير الحسن و النظامي للإدارة، وذلك من خلال دوره المزدوج كمراقب للسلطة التقديرية للإدارة من الجانب القضائي و كمستشار للحكومة فيما يخص المسائل القانونيّة و الإداريّة.

ولا شكّ أنّه عبر مختلف الظروف المكانيّة و الزمانيّة تمّت محاولة استنساخ النموذج الفرنسي للمؤسسة الدستوريّة و الحدو حذوها، إلاّ أنّه لم تتم مساواتها في مهامها و صلاحيّاتها أبداً، و خير دليل على ذلك ما انتهجه المؤسس الدستوري الجزائري عقب تعديلات سنة 1996 أين تمّ تأسيس مجلس دولة و ازدواجيّة للقضاء قدوة بالنظام الفرنسي، إلاّ أنّ مجلس الدولة الجزائري بقي في مرحلة التجربة وهو ما يفسّر هاتاه الدراسة المقارنة بمفهوم "في القانون المقارن" و ليست المقارنة بمفهوم الموازنة و التحليل بين أوجه الشبه و الاختلاف، و ذلك بهدف تسليط الضوء على ما يجب أن يكون عليه الدور الفعّال و الحقيقي للمؤسسة الدستوريّة محل البحث كما ذهب إليه مؤسسوها الأوّلين.

**الكلمات المفتاحيّة:** الرقابة – مجلس الدولة – الإدارة – السلطة التقديرية – الأعمال الحكوميّة – عمل السلطة التنفيذية – ازدواجيّة القضاء – نظام القضاء الإداري – مستشار الحكومة.



## Introduction :

Participant à l'organisation de la cité<sup>1</sup>, le droit est politique par essence. Voilà une vérité qu'il ne faut ni oublier, ni déformer dans un sens politicien. La politique, en tant que stratégie de conquête et de conservation du pouvoir, n'a pas ou du moins ne doit pas avoir d'influence sur le droit : l'exploitation politique d'un procès banal, la transformation du débat juridique en affrontement partisan relève d'un mélange des genres. Mais le politique<sup>2</sup>, c'est-à-dire l'exercice du pouvoir dans la cité, a d'évidents rapports avec le droit qui en fait partie intégrante. Sans qu'on s'en rende toujours compte, nos règles de droit sont par définition des choix de société<sup>3</sup> : de tous petits choix quand elles fixent un délai, mais de grand choix quand elles posent des principes fondateurs en matière d'expropriation, de marchés publics de contrats administratifs ou de délégation de services publics par exemple.

En raison de leur imbrication, il n'est certes pas facile de distinguer pouvoir juridique et pouvoir politique, ils ont d'ailleurs des institutions communes et d'autres spécifiques, cependant l'action gouvernementale<sup>4</sup> englobe les deux.

Étant donné que la réglementation expression par excellence de l'action gouvernementale fait partie intégrante du droit au sens large du terme à l'instar des projets de lois et autres ordonnances, et l'élaboration de cette règle de droit même si elle est d'obédience sociale, n'est pas sans contrôle, ce dernier peut être législatif via les représentants du peuple dans des assemblées élues, constitutionnel via un conseil ou une cour qui veille au grain à la conformité au textes constitutionnelles<sup>5</sup>, ou encore purement juridique via un Conseil d'État juridiction suprême à double vocation judiciaire<sup>6</sup> et de conseil.

---

<sup>1</sup> : en grec : *polis*

<sup>2</sup> : au masculin.

<sup>3</sup> : Philippe Jestaz, «Le droit», collection : connaissance du droit, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2016, P.33

<sup>4</sup> : À ne pas confondre avec « Acte de gouvernement », qui est une qualification à prétention explicative données à certains actes émanant de l'État dont les juridictions tant administratives que judiciaires se refusent à en connaître le contrôle, et qui en général soit concernent les relations du gouvernement (pouvoir exécutif) et du parlement (pouvoir législatif), soit mettent directement en cause l'appréciation de la conduite des relations internationales par l'État.

<sup>5</sup> : Bloc de constitutionnalité.

<sup>6</sup> : De l'ordre administratif.

Si les institutions étatiques précitées jouent toutes un rôle essentiel dans les rouages de l'État et son action pour l'élaboration de règles seines parfaitement conformes au principe de légalité, le Conseil d'État revêt une importance particulière vu qu'il est l'objet organique de cette thèse, c'est pourquoi une identification à la genèse s'impose ici.

Marqué par une rupture due à la révolution française de 1789<sup>7</sup>, le Conseil d'État est considéré comme l'héritier lointain de la *Curia regis*<sup>8</sup> des rois capétiens et du Conseil du Roi<sup>9</sup>, et ce par la dualité de ces fonctions de juge administratif et de conseiller du pouvoir centrale, par l'appartenance de ces membres à la fonction publique (et non exclusivement à la magistrature comme on pourrait le croire)<sup>10</sup>, par leur participation fréquente à des missions de

---

<sup>7</sup> : C'est avec la Révolution française que le Conseil d'État revêt son aspect actuel. En 1790, l'Assemblée constituante décide que l'administration ne doit plus être soumise à l'autorité judiciaire. Les affaires impliquant la puissance publique doivent, dès lors, être examinées par une juridiction particulière. C'est le Consulat qui, avec l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), institue le Conseil d'État proprement dit. Sa mission est double : instance administrative, le Conseil participe à la rédaction des textes juridiques les plus importants ; en tant que juridiction, il connaît des litiges auxquels l'administration est partie.

C'est enfin la loi du 24 mai 1872 qui donne au Conseil d'État l'organisation qui est encore la sienne aujourd'hui. C'est également à partir de cette époque que le Conseil d'État fixe les grands principes du droit administratif français contribuant à la construction de l'État de droit en France.

Depuis lors, le Conseil d'État s'est affirmé comme le garant des libertés et du fonctionnement régulier de l'administration, conciliant les intérêts de l'État et ceux des justiciables.

<sup>8</sup> : La *curia regis* est une expression latine signifiant littéralement « Le Conseil Royal » ou « La Cour du Roi », une assemblée qui assiste le roi dans son gouvernement, constituée de grands personnages proches du roi, aidant celui-ci dans le gouvernement du royaume et dans l'exercice de la justice. Aux XIIIe et XIVe siècles, elle se subdivisa en diverses instances : notamment le Parlement, chargé d'une partie de la justice, la Chambre des comptes, qui avait une fonction comptable, et surtout le Conseil du roi.

Ce dernier était le lieu où le roi prenait conseil. Mais il y exerçait aussi son pouvoir judiciaire, si bien qu'on distingua plus tard la justice retenue, au Conseil, et la justice déléguée, au Parlement.

<sup>9</sup> : Auquel Louis XIV devait donner une forme achevée, car sous l'ancien régime, le Conseil du roi se réunissait en diverses sessions, différentes par le nom, les membres et les affaires traitées. L'expression de "Conseil d'État" apparut en 1578, sous Henri III. Elle désignait le conseil chargé du gouvernement intérieur du royaume et du contentieux administratif. Mais plus tard, elle fut le nom d'autres formations. C'est seulement sous Louis XIV que l'organisation fut clarifiée et que l'on put discerner l'ancêtre du Conseil d'État actuel. Il s'agissait du Conseil d'État privé, finances et direction qui réglait les problèmes administratifs et de contentieux.

<sup>10</sup> : Le Conseil d'État compte environ 300 membres.

On peut devenir membre du Conseil d'État directement après ses études ou au cours de sa vie professionnelle. Une seule école permet directement d'entrer au Conseil d'État : l'École nationale d'administration (ENA). Chaque année, 4 à 6 postes d'auditeurs sont proposés aux meilleurs élèves issus de l'ENA. Ces derniers peuvent en effet choisir leur affectation, à la Cour des comptes, à l'Inspection générale des finances ou au Conseil d'État par exemple, en fonction de leur classement de sortie.

Le Conseil d'État recrute également des membres « à l'extérieur », on parle alors de « nomination au tour extérieur ». Une partie de ces nominations est réservée aux magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; les autres profils sont choisis pour leurs compétences administratives et connaissances de

responsabilités au sein de l'administration active, par la survivance même de titre fort ancien<sup>11</sup>.

L'existence aujourd'hui de la juridiction de l'ordre administratif, trouve sa source dans le principe de séparation des pouvoirs et plus particulièrement dans la loi du 16-24 août 1790<sup>12</sup>. Le Conseil d'État sous sa forme moderne est né sous le consulat napoléonien avec la constitution de l'an VIII<sup>13</sup>. Depuis, son rôle juridictionnel n'a cessé de croître et de se développer, notamment via deux étapes majeures : la première relative à la création de la section du contentieux en 1849 et, la seconde en 1872 quand la justice déléguée a substitué la justice retenue.

Il est à retenir que le plus important dans cette évolution fulgurante a été l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État, qui s'est reconnu à lui-même la qualité de juge de droit commun en matière administrative<sup>14</sup> et n'a cessé de renforcer le

---

la chose publique.

Les magistrats de la juridiction administrative sont nommés au tour extérieur sur proposition du vice-président après avis du CSTA (Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel). Les autres membres nommés au tour extérieur sont nommés par le Gouvernement après avis public du vice-président du Conseil d'État.

Le Conseil d'État accueille également pour une durée de 4 ou 5 ans des fonctionnaires et des magistrats qui sont nommés maîtres des requêtes ou conseillers d'États en service extraordinaire.

<sup>11</sup> : Par exemple : le titre de maître des requêtes remonte à 1525.

<sup>12</sup> : Loi sur l'organisation judiciaire, Recueil Duvergier p. 361

Version consolidée à la rédaction de cette thèse :

- Titre II : Des juges en général

Article 10 : Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.

Article 12 : Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.

Article 13 : Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

<sup>13</sup> : L'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) institua le Conseil d'État. Il reçut une double mission administrative (participer à la rédaction des textes les plus importants) et contentieuse (résoudre les litiges liés à l'administration). Le Premier Consul, Napoléon Bonaparte, chercha à faire la synthèse entre les traditions de l'Ancien Régime et les acquis de la Révolution. Le Conseil d'État eut une activité très importante sous le Consulat et le 1er Empire (1799-1814). C'est à lui que l'on dut notamment la préparation des codes napoléoniens.

<sup>14</sup> : Suzanne Grévisse, « France. Le Conseil d'État », Revue Internationale de Droit Comparé, Volume 30 n°1, janvier-mars 1978, p. 217.

contrôle de la juridiction administrative sur l'activité du pouvoir exécutif et de l'administration.

Si le modèle français a été retenue pour cette étude algérienne, c'est d'abord pour l'aspect historique qui a fait que le Conseil d'État français était une juridiction compétente en Algérie quand cette dernière était française, et donc la haute assemblée était pionnière en matière d'élaboration de règles de droit administratif héritées après le départ du colonisateur et qui a eu une influence manifeste sur le fonctionnement des institutions et du travail administratif en général, et par extrapolation sur l'action des autorités étatiques ce qui en fait un peu une genèse de notre sujet d'étude.

Ensuite, si l'institution de Conseil d'État a vu le jour en Algérie suite aux grandes réformes prévues par l'avènement de l'amendement constitutionnelle du 07 décembre 1996, notamment par l'article 152 alinéa 2 de la constitution (avant ces multiples modifications)<sup>15</sup>, c'est clairement pour institué une dualité de l'ordre juridictionnel qui n'est qu'une reproduction du système français, puisqu'il est bien connu au sein de la communauté des publicistes<sup>16</sup> que le Conseil d'État en tant qu'institution de contrôle à double fonction est un modèle purement français (historiquement parlant), et que le texte d'amendement de la constitution algérienne de 1989<sup>17</sup> via un référendum a été fortement influencé par la constitution de la IV<sup>ème</sup> république française<sup>18</sup>.

En fin en termes de temps de réalisation de jurisprudences, de consultations et d'instauration de règles de fonctionnement pour une telle institution, deux décennies d'existence<sup>19</sup> ne permettent en aucun cas d'instaurer une réelle comparaison face à une institution modèle qui compte deux siècles d'avance, c'est pourquoi cette étude est une étude comparée (en droit français) et non une

---

<sup>15</sup> : Qui disposait : « Il est institué un Conseil d'État, organe régulateur de l'activité des juridictions administratives ».

<sup>16</sup> : Juristes spécialisés en droit public.

<sup>17</sup> : Promulgué par le décret présidentiel n°96-438 du 07 décembre 1996, et publié au JORADP n°76 du 08 décembre 1996.

<sup>18</sup> : Constitution française du 27 octobre 1946.

<sup>19</sup> : Le conseil d'État algérien n'a vu le jour qu'à la suite de la promulgation de la loi n°98-01 Relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État du 30 mai 1998.

étude comparative qui analyse et définit les aspects communs et les différences et tendances entre les deux hautes juridictions.

En revanche cette étude permet de mettre en lumière ce que devrait être les moyens notamment juridiques, procédures et missions d'un Conseil d'État qui a pour vocation le contrôle de l'action gouvernementale.

Aujourd'hui Le Conseil d'État en France contrôle tous les maillons de la production juridique, de l'amont à l'aval, de l'élaboration à l'application ; et son intervention ne se réduit pas à un seul souci de rigueur formelle (comme ça a été le cas pour l'institution algérienne jusqu'ici), à une simple exigence de cohérence du dispositif : elle conduit le Conseil à peser sur le contenu même des normes.

Conseiller juridique du gouvernement, le Conseil d'État est d'abord associé à l'élaboration de ses projets de textes, que sa consultation soit prévue par la Constitution (notamment pour les projets de lois et d'ordonnances) ou par les lois (on parle alors de : décrets « en Conseil d'État »<sup>20</sup>), ou qu'elle soit sollicitée par le gouvernement. Le Conseil est encore saisi de projets de décrets individuels ou d'arrêtés, ainsi que des propositions d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative et il peut être consulté par le Premier ministre et les ministres sur les difficultés d'application de certains textes<sup>21</sup> ce qui accentue de façon explicite la notion de contrôle de l'action gouvernementale.

La double fonction du Conseil d'État (Juge administratif et conseiller du Gouvernement), en fait un véritable facteur de renforcement de l'État de droit, car ses deux missions se renforcent mutuellement : la bonne connaissance de l'administration par le juge est un atout pour mieux juger l'État, tandis que l'expérience juridictionnelle apporte plus de sécurité pour donner un avis sur un texte.

L'institution de Conseil d'État exerçant ce double rôle existe d'ailleurs dans plusieurs pays du monde comme : la Belgique, l'Italie, la Grèce et les Pays-Bas, l'Algérie (comme précité), la Colombie, l'Égypte, le Liban et la Turquie.

---

<sup>20</sup> : Qui est une spécificité française comme on le verra plus loin.

<sup>21</sup> : Jacques Chevallier, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, Volume 123, n°4, p.20 .

L'Espagne et le Luxembourg sont quant à eux dotés d'un conseil d'État aux fonctions exclusivement consultatives.

La double fonction du Conseil d'État, enracinée dans l'histoire, est consacrée aujourd'hui par la constitution<sup>22</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé la compatibilité du système français qui est caractérisé par la dualité fonctionnelle du Conseil d'État avec les dispositions de l'article 6 paragraphe 1 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 04 novembre 1950<sup>23</sup>, de fait son travail juridictionnel est organisé de telle sorte que les membres du Conseil d'État ayant participé à l'adoption d'un avis sur un

---

<sup>22</sup> : Notamment par les articles 37, 38 et 39 de la constitution du 04 octobre 1958 pour le volet consultatif et l'article 61-1 sur le volet juridictionnel.

Les dispositions constitutionnelles sont comme suit :

Article 37 : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. »

Article 38 (modifié par l'article 14 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008) : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

Article 39 (modifié par l'article 15 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008) : « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement.

Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux Assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat.

La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique.

Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours.

Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose. »

Article 61-1 (créé par l'article 29 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008) : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

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

<sup>23</sup> : Sur l'impartialité de la juridiction.



projet d'acte ne participent pas au jugement d'un recours mettant en cause ce même acte, cette séparation des fonctions qui était traditionnelle a été renforcée par le décret du 06 mars 2008<sup>24</sup>.

En elle-même, l'approche en termes d'action gouvernementale qui a été adoptée pour traiter du thème du contrôle par le Conseil d'État peut sembler délicate. En effet, la notion d'action publique reste relativement difficile à cerner, même si des apports spécifiques ont contribué à la clarifier et à l'ancrer<sup>25</sup>. Raisonner en ces termes permet cependant de prendre en compte non seulement les fondements juridiques et les choix politiques qui participent à la décision publique et à sa mise en œuvre, mais aussi les processus et les pratiques des institutions administratives et des autres acteurs qui y contribuent.

L'action publique peut être définie comme « l'ensemble des processus sociaux à travers lesquels sont traités des problèmes considérés comme relevant de la compétence d'autorités publiques et dont le règlement conditionne pour une part la légitimité et la responsabilité »<sup>26</sup>. Dans ce cadre, si la responsabilité administrative tout comme la responsabilité politique sont des thématiques étudiées depuis de nombreuses années dans la littérature juridique ou de la science administrative, le concept d'action publique contrôlée est quant à lui plus inédit. En transposant la question de la responsabilité au champ plus large de l'action publique, le sujet prend une connotation différente et complémentaire des approches plus traditionnelles de la responsabilité. En particulier, si l'action publique est appréhendée comme une démarche de production d'activités, cela conduit à considérer que, comme pour toute forme d'organisation, cette production induit des modes de fonctionnement et engendre d'inévitables dysfonctionnements, que cela soit au niveau des mesures adoptées pour traiter et résoudre des problèmes, ou pour ce qui est de la performance des organismes en charge de ces missions.

---

<sup>24</sup> : Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État, JORF n°57 du 07 mars 2008, texte n° 20, p. 4244.

<sup>25</sup> : V. par ex. Patrice Duran, « Penser l'action publique », LGDJ, coll. « Droit et société – Série politique », Paris, 1999, p. 212.

<sup>26</sup> : Patrice Duran, « L'(im) puissance publique, les pannes de la coordination », Rapport introductif in *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », *Travaux de l'AFDA*, n° 5.

C'est ce qui fait que la problématique de cette étude est la suivante :

**Quelles sont les différents aspects et mécanismes de l'action gouvernementale via son contrôle par le Conseil d'État ?**

Problématique dont découle naturellement les questions subsidiaires suivantes :

**Qu'est-il entendu exactement par « Action gouvernementale » ?**

**Quels sont ses domaines de prédilection ?**

**Comment est-elle exécutée ?**

**Par quels organes ?**

**Par quels moyens juridiques elle se manifeste ?**

**Quels sont les principaux objets de ce contrôle fait par le Conseil d'État ?**

**Est-il obligatoire ou facultatif ?**

**Est-il systématique, alternatif ou événementiel ?**

**Quels sont les aspects de ce contrôle ?**

**Quels sont les conséquences dû à ce contrôle ?**

Sur le plan méthodologique une approche « fonctionnelle » est de rigueur, vu que le sujet de l'étude évolue essentiellement autour du rôle de différentes institutions notamment étatiques.

L'importance manifeste de cette étude c'est d'avoir une vue d'ensemble qui englobe l'expérience originelle française post révolutionnaire, afin de s'y référer en Algérie en matière de fonctionnement du contrôle institutionnel du Conseil d'État qui n'est autre que sa raison d'être.

Pour répondre à la problématique posée le plan de travail est le suivant :

## **Partie I. L'action gouvernementale en république démocratique.**

### ***Titre I \_ La notion d'action gouvernementale***

Chapitre I : L'exécution de l'action gouvernementale via le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Section 01 : L'administration et les institutions politiques.

Section 02 : Justification et limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Chapitre II : Action gouvernementale et actes de gouvernement.

Section 01 : L'assimilation de l'action gouvernementale à l'action publique responsable (concept moderne).

Section 02 : Les actes de gouvernement et leur immunité.

### ***Titre II \_ La portée de l'action gouvernementale***

Chapitre I : Sur le plan social.

Section 01 : La théorie du service public.

Section 02 : La préservation de l'ordre public (la police administrative)

Chapitre II : Sur le plan de l'économie sociale.

Section 01 : Le régime des engagements financiers et des subventions.

Section 02 : Le régime du contrat administratif.

## **Partie II Les dispositifs de contrôle du conseil d'État sur l'action gouvernementale en droit comparé.**

### ***Titre I \_ Le conseiller juridique du gouvernement (Le contrôle a priori)***

Chapitre I : La consultation obligatoire du conseil d'État

Section 01 : Sur les projets de lois.

Section 02 : Sur les ordonnances présidentielles et les décrets en conseil d'État (spécificité française).

Chapitre II : La consultation facultative du Conseil d'État  
Section 01 : Sur les propositions de lois et sur la réglementation.  
Section 02 : Les études et les rapports du Conseil d'État.

*Titre II\_ Le conseil d'État juge suprême de l'ordre administratif (Le  
contrôle à posteriori)*

Chapitre I : Le Conseil d'État Juge de fond  
Section 01 : Compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort.  
Section 02 : Le Conseil d'État en tant que Juge d'appel.

Chapitre II : Le Conseil d'État juge de cassation  
Section 01 : Le Conseil d'État en tant que juridiction de régularité.  
Section 02 : Le Conseil d'État garant de l'unité du droit applicable devant  
l'ordre administratif.

**Conclusion :**



# **Partie I. L'action gouvernementale en république démocratique.**

# *Titre I \_ La notion d'action gouvernementale*

L'action gouvernementale ou plus communément appeler l'action publique<sup>27</sup> est avant tout un ensemble d'instruments juridiques ou matériels voir même une combinaison complexe des deux, utilisés par le régime politique afin de mener à bien un programme gouvernementale, les instruments de l'action publique sont restés pendant longtemps une question latente de l'analyse des politiques publiques. S.H Linder et B.G Peters<sup>28</sup> attribuent à R.A Dahl et C. Lindblom l'origine de ce questionnement. Dès les années 1950, ces derniers avaient souligné l'importance des techniques d'intervention publique, enjeu transversal à tous les régimes politiques.

Bien des mutations sont intervenues qui ont affecté tout autant l'ancrage institutionnel de l'administration que les modalités mêmes de son fonctionnement. La question de sa responsabilité passe aujourd'hui par une explicitation de son positionnement identitaire, de la nature de ses activités et de sa place dans la production d'action publique.

La question est tout à la fois historique et fonctionnelle. Historique, car la place de l'administration est toujours spécifique, liée à un type d'État. Fonctionnelle, dans la mesure où l'action administrative n'a pas le même poids selon qu'elle se présente comme pure exécution d'ordres simples ou comme instance de formulation et de mise en œuvre de politiques publiques. Mais dans tous les cas, l'administration en tant que dispositif institutionnel ne peut être sociologiquement dissociée de l'exercice du pouvoir politique. L'administration, dans son sens profond, est bien une manière d'être du politique.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> : le terme d'action gouvernementale à été choisi ici pour marquer une différence et ainsi éviter l'amalgame avec l'action publique au sens du code de procédure pénale, qui est l'action que diligente le procureur de la république afin de réprimer des actes qualifiés de contraventions, délits ou crimes par le droit commun.

<sup>28</sup> : Stephen H Linder, B Guy Peters, « The study of policy instruments : four schools of thought », dans B Guy Peters, Frans K.M van Nispen, « public policy instruments : Evaluating the tools of public administration, Cheltenham, Edward Elgar press, 1998.

<sup>29</sup> : Patrice Duran, « La responsabilité administrative au prisme de l'action publique », *Revue française d'administration publique*, vol. 147, n°3, 2013, p. 596.

Tout se passe comme si, la légitimité du service public ne pouvait se construire que dans un rejet du politique, ou tout au moins une sérieuse prise de distance à son égard. Il faut y voir la conséquence d'un mode de construction étatique qui a fait de l'État le garant de l'unité nationale, caractérisé par la mise en place d'une administration puissante en même temps que fortement territorialisée. Ce modèle a fourni historiquement les éléments d'une représentation idéologique et plus particulièrement d'un modèle culturel reposant sur une dissociation radicale du politique et de l'administration auquel les agents de l'administration demeurent profondément socialisés, car il leur a fourni les conditions de leur légitimité professionnelle dans leur capacité à incarner « l'intérêt général ». Le refoulement du politique s'enracine dans la sacralisation de l'État. Au fond, il aura fallu la décentralisation pour que l'on découvre en pratique la vérité de la formule de Léon Duguit selon laquelle « l'État n'a pas le monopole du Bien public »<sup>30</sup>. La force de la représentation étatique avait fait oublier le gouvernement qui est derrière l'administration. La multiplication des lieux de pouvoir a brisé la représentation unitaire du politique et renvoyé de fait l'administration à un positionnement pratique que l'article 20 de la Constitution<sup>31</sup> précise pourtant clairement : « le gouvernement dispose de l'administration ». Mise à nu, l'administration cesse désormais d'être l'État pour devenir un ensemble de moyens d'action mis au service des politiques publiques gouvernementales. De surcroît, le politique ne peut se résumer à l'État tout comme l'État ne peut plus incarner à lui seul la régulation politique, car les mécanismes d'intégration et de fixation des enjeux débordent largement désormais ses seules frontières institutionnelles.

---

<sup>30</sup> : Thomas Boccon-Gibod, « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxviii, n°3, 2014, p. 310.

<sup>31</sup> : Article 20 de la constitution française du 04 octobre 1958 en vigueur qui dispose : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation.

**Il dispose de l'administration et de la force armée.**

Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50. », son équivalent dans la constitution algérienne du 08 décembre 1996 en vigueur est l'article 99 alinéa 6 qui confère au premier ministre et donc par extrapolation le gouvernement « **le bon fonctionnement de l'administration publique** », les deux dispositions même si elles sont formulées différemment sont tout à fait équivalentes en terme de valeur juridique et constitutionnelle.



La capacité d'action de l'administration comme la mobilisation de son personnel passent aujourd'hui par une représentation du politique qui soit en prise directe avec la réalité de son action et de son environnement et qui lui permette de construire ses repères tant en termes de légitimité que d'efficacité autrement que de manière purement défensive. En l'occurrence la perte de centralité de l'État du fait d'une complexification des réseaux de décision et d'action induit une redécouverte du politique que masquait une certaine conception de l'action publique animée par une philosophie neutraliste du service public.

Dans une conception classique, l'administration se concevait avant tout comme un rouage d'exécution, il ne lui appartenait pas de déterminer le sens de l'action. L'administration ne peut plus être considérée de nos jours comme la simple application de la loi, mais bien comme une composante essentielle du processus gouvernemental. On sait à quel point les notions de programme et de politique publique sont restées longtemps étrangères au vocabulaire de la gestion publique. L'adoption progressive d'un raisonnement en termes de politiques publiques a clairement changé la donne et l'application de la Loi organique relative aux lois de finance (LOLF) est la suite logique, au-delà de la concrétisation qui en a été donnée, d'un raisonnement de nature programmatique. Or, ceci change la nature même du travail administratif qui s'affirme comme de plus en plus politique dans sa participation à la formulation des buts collectifs, dans leur définition opératoire ainsi que dans la négociation avec les groupes sociaux concernés par les décisions politiques.<sup>32</sup>

L'action des institutions administratives ne se résume plus en effet à une simple fourniture de services en réponse à des demandes sociales plus ou moins exigeantes. Les administrations doivent intégrer des impératifs de gestion de « problèmes publics » dont elles ont rarement le monopole et dont le traitement génère des conséquences qui définissent la réalité de leurs performances comme la nature, l'étendue et le degré de leur responsabilité. Les logiques de réalisation qui sont celles des organisations administratives doivent intégrer les logiques de résultat qui sont celles des politiques publiques.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> : Patrice Duran, Op.cit., p. 599.

<sup>33</sup> : Ibidem.

L'administration a longtemps été dominée par des logiques de production correspondant à des filières verticales de gestion. Il s'agit désormais moins de produire que de répondre à des problèmes complexes difficilement cernables dans des savoirs d'experts. Du même coup, l'appréciation de l'activité administrative relève moins d'une évaluation technique *interne* de la qualité des produits que de sa contribution au traitement des situations jugées problématiques. Le contrôle est devenu *externe*<sup>34</sup>, expliquant l'engouement pour la thématique de l'évaluation des politiques publiques au-delà des difficultés mêmes de sa mise en œuvre. On est ainsi clairement dans une logique de politique publique, dès lors que le propre des politiques publiques est de gérer des « problèmes publics ». La contrepartie en a été cependant le début d'une fragilisation de l'administration qui découvrait que la qualité de ses prestations ne suffisait plus à légitimer le bien-fondé de son action. La qualité des produits ne détermine pas l'efficacité de la gestion publique. En effet, on ne saurait mesurer une politique à la seule aune de ses réalisations : la construction des routes ne fait pas mécaniquement de l'aménagement du territoire, pas plus que l'obtention de diplômes ne permet de trouver des emplois. La catégorie centrale de l'action publique est donc davantage celle de résultats que celle de réalisations. Ceci a ouvert la voie à une distinction essentielle : gérer une administration n'est pas gérer une politique publique, l'efficacité de l'une ne fait pas mécaniquement l'efficacité de l'autre.<sup>35</sup> C'est là une source importante de tension dans la mesure où la maîtrise des administrations est plus facile à construire que celle des politiques publiques surtout quand l'efficacité a tendance à l'emporter sur l'efficacité, la recherche des « bonnes pratiques » sur la qualité des résultats. Or, ce que vient rappeler avec force l'analyse des politiques publiques, c'est bien que l'administration n'existe que comme *instrument* dans la gestion des problèmes publics. Ceci amène à reconstruire la légitimité du service public sur la base de sa participation à un bien commun dont l'État n'a d'ailleurs plus le seul monopole ainsi que l'atteste la

---

<sup>34</sup> : Notamment par le CE (sujet d'étude de cette thèse), dans son volet judiciaire et celui consultative relative à la réglementation que le gouvernement prend dans le sens de ses activités.

<sup>35</sup> : L'administration étant un instrument de l'action publique et non de la politique publique.

décentralisation<sup>36</sup>. Or, non seulement ceci change la nature même du travail administratif, mais conduit dans le même temps à révéler une action publique qui ne cesse de déborder le cadre même de l'appareil d'État.

Ce qui nous entraîne à la nécessité de bien distinguer l'étendu du pouvoir discrétionnaire, principal outil qui exprime les prérogatives de la puissance publique (Chapitre premier), et à bien faire la différence entre une action gouvernementale reflet du travail classique du gouvernement et les actes souverains de gouvernement (second Chapitre).

---

<sup>36</sup> : Qu'elle soit territoriale ou fonctionnelle.

## **Chapitre I : L'exécution de l'action gouvernementale *via le pouvoir discrétionnaire de l'administration.***

En droit, le pouvoir discrétionnaire désigne l'espace, entre les lois ou autour d'elles, à l'intérieur duquel les acteurs investis d'une autorité légale peuvent faire des choix<sup>37</sup>, le pouvoir discrétionnaire demeure toutefois essentiellement interrogé à partir des pratiques individuelles des acteurs institutionnels au contact des administrés<sup>38</sup>.

On peut définir le pouvoir discrétionnaire administratif comme « la marge de manœuvre ou la flexibilité exercée par les administrateurs publics lorsqu'ils prennent des décisions ou expédient les affaires d'une organisation »<sup>39</sup>.

Il existe plusieurs façons de concevoir la présence d'un pouvoir discrétionnaire dans le processus de mise en œuvre. Les études sur la mise en œuvre considèrent généralement le pouvoir discrétionnaire comme un phénomène qui dénature l'autorité du gouvernement, ce qui est considéré comme un problème en démocratie, alors que du point de vue de l'administration publique, qui s'intéresse à la façon dont les organisations fonctionnent, le pouvoir discrétionnaire est plutôt perçu comme une solution permettant d'alléger la bureaucratie (le « *red tape* »). Si la bureaucratie de Weber a fait l'objet de nombreuses critiques pour l'excès de formalités administratives qu'elle engendre, on a aussi reproché au nouveau management public de ne pas considérer l'impartialité des services comme un objectif en soi, qui passe parfois par une limitation du pouvoir discrétionnaire dont jouissent les agents de l'État. D'un côté plus pragmatique, il semble qu'à partir d'un certain point, l'augmentation du pouvoir discrétionnaire puisse engendrer des failles dans la

---

<sup>37</sup> : Ronald Dworkin, « *Prendre les droits au sérieux* », Traduction de Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 517.

<sup>38</sup> : Pierre-Edouard Weill, « L'exercice collectif du pouvoir discrétionnaire. Les commissions Droit au logement opposable (DALO) », *Politix*, Volume 4, n° 112, 2015, pp. 223-244.

<sup>39</sup> : Kenneth F Warren, « Administrative Discretion. », *Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, New York, 2003. pp.35-8.

mise en œuvre en faisant diminuer la prévisibilité du comportement des fonctionnaires<sup>40</sup>, ou même selon "Gormley" faire des inspections des « rituels réglementaires » sans sanctions ni récompenses<sup>41</sup>. La littérature apporte aussi des bémols sur l'idée selon laquelle le pouvoir discrétionnaire augmente l'efficacité des organisations : Wintrobe fait remarquer en 1982 qu'ils existe un niveau optimal de pouvoir discrétionnaire au-delà duquel l'efficacité peut diminuer ; Dewar et Walsh soulignaient en 1987 le fait qu'un nombre élevé de règles suivies dans une organisation peut avoir des conséquences positives ou négatives selon les circonstances<sup>42</sup> ; Thompson soutient l'idée que ce ne sont que les situations extrêmes qui posent véritablement problème<sup>43</sup>. Encore une fois, il semble que tout soit une question d'équilibre et que le juste milieu se situe quelque part à mi-chemin entre l'idéal de Weber et celui du nouveau management public. En conséquence, il apparaît que le pouvoir discrétionnaire est nécessaire pour éviter les dysfonctionnements dans les situations non prévues par la loi et pour assurer une mise en œuvre flexible des politiques.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> : Soren C Winter, «Explaining Street-Level Bureaucratic behaviour in Social and Regulatory Policies.» Paper presented at the XIII Research Conference of the Nordic Political Science Association Aalborg, August 2002, pp.15-17.

<sup>41</sup> : Marcia D Meyers et Susan Vorsanger. «Street-Level Bureaucrats and the Implementation of Public Policy.» In *Handbook of Public Administration*, edited by Guy B. et Jon Pierre Peters, Thousand Oaks: Sage, 2003, pp.245-56.

<sup>42</sup> : James P. Walsh et Robert D. Dewar, «Formalization and the Organizational Life Cycle.» *Journal of Management Studies*, n° 24, 1987, pp.215-31.

<sup>43</sup> : Barry Bozeman et Hal G. Rainey. «Organizational Rules and the «Bureaucratic Personality.»» *American Journal of Political Science*, Volume 42 n°1, 1998, pp.163-89.

<sup>44</sup> : Joëlle Bastien, « L'ambiguïté des objectifs et le pouvoir discrétionnaire informel dans l'administration des politiques publiques : le cas de la politique d'immigration en Espagne », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. 75, n°4, 2009, p. 733-756.

## **Section 01 : *L'administration et les institutions politiques***

Les institutions politiques constituent, comme les institutions administratives, des institutions publiques.

L'administration ne peut être, par principe, que subordonnée aux institutions politiques<sup>45</sup>, des raisons théoriques expliquent cette situation.

Sur le plan de la philosophie politique, comme dans la traduction institutionnelle des doctrines politiques, le pouvoir de décision est d'abord donné à des organes politiques. Ceci résulte des conceptions de la souveraineté : seule le peuple, ou/et la nation apparaissent souverains.

L'exercice directe de la souveraineté n'étant pas possible dans des pays comme la France ou l'Algérie, certains organes sont chargés de représenter la souveraineté nationale. Ces organes sont des organes politiques, ils sont amenés à fixer les orientations, à déterminer la politique du pays. Ainsi, l'article 20 alinéa 1<sup>er</sup> de la constitution française dispose que : « le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation ». L'administration, comme les autres institutions publiques et les institutions privées, doit donc se conformer au choix effectué par les organes délégataires de la souveraineté.

Ce schéma vaut essentiellement pour les États démocratiques. Dans des États autocratiques, les institutions administratives peuvent se voir reconnaître un rôle plus déterminant. Au XIX<sup>e</sup> siècle, plusieurs doctrines ont affirmé que l'administration des choses allait remplacer le gouvernement des hommes. Ces doctrines bouleversaient les rapports traditionnels entre les institutions administratives et les institutions politiques. Elles n'ont reçu aucune traduction sur le plan constitutionnel.

La constitution française de 1958 dans son article 20 alinéa 2 précité affirme la primauté des institutions politiques sur les institutions administratives en déclarant : « Le gouvernement dispose de l'administration ».

Par ailleurs, la subordination des institutions administratives aux institutions politiques s'explique par une raison qui tient à l'essence même des institutions administratives : celles-ci ne peuvent pas trouver d'idéologie en elles-mêmes. Cette idéologie leur est toujours donnée de l'extérieure : c'est

---

<sup>45</sup> : comme l'énonçait déjà le député M. Vivien en 1845 dans son ouvrage « *Études administratives* » : « Le pouvoir politique est la tête, l'administration est le bras ».

*l'intérêt général*, tel qu'il est défini par les organes politiques. Celui-ci peut ainsi être conçu de façon minimaliste (État gendarme) ou maximaliste (État de providence) et changer la physionomie du service public, et par conséquent, du droit administratif dans son ensemble. Cela implique que les institutions administratives ne peuvent être, par rapport aux institutions politiques, que des organes de préparation ou d'exécution. Cette fonction, si elle est subordonnée, n'en est pas moins essentielle : lorsque le parlement vote une loi sur les droits de douanes, il faut des services administratifs pour contrôler ceux qui passent les frontières, éventuellement analyser les produits ou utiliser la force publique. L'objectif de l'administration c'est de poursuivre de la manière la plus satisfaisante les objectifs définis par les organes politiques. La subordination des agents de la fonction publique, peut varier selon les régimes<sup>46</sup>

L'affirmation théorique de la dépendance s'accompagne, en pratique, d'une certaine autonomie de fait des institutions administratives par rapport aux institutions politiques. Cette autonomie s'explique par des raisons d'ordre techniques et sociologique ; elle peut se traduire par une véritable perversion des institutions administratives.

#### **A. Les raisons techniques:**

Pour des raisons techniques, il n'existe pas de séparation absolue entre pouvoir politique et administration.

Toutes les tentatives pour établir une séparation verticale entre pouvoir politique et administration ont échoué. Certains ont, en effet, été tentés de distinguer entre décisions politiques et actes administratifs par un critère hiérarchique. Le pouvoir politique prendrait les décisions générales, leur application reviendrait à l'administration. En réalité le pouvoir politique peut intervenir aussi bien sur des grandes options que sur des affaires réputées mineurs. En sens inverse, l'administration prend des décisions dans certains secteurs importants sans décisions politiques préalables. La ligne de partage entre politique et administratif est contingente. Aucune décision ne peut être considérée comme purement technique. La politique au sens noble du terme est toujours présente dans les décisions administratives.

---

<sup>46</sup> : Par exemple le totalitarisme du parti communiste en son temps, ou le serment requis des fonctionnaires, prévu par la loi fondamentale en Allemagne).

Même si on admet que le pouvoir de l'administration se situe au niveau des moyens et non à celui des finalités, les interférences entre le politique et l'administratif sont très fortes. La dialectique entre la fin et les moyens est constante. L'administration n'est jamais totalement libre dans le choix des moyens, le pouvoir politique intervient très profondément en ce domaine. Inversement, l'administration peut être tentée en choisissant les moyens de remettre en cause les finalités assignées par le pouvoir politique. Le litige frontalier bénéficie davantage à l'administration qu'au pouvoir politique. Ce dernier est mal outillé pour descendre dans la gestion concrète<sup>47</sup>, si les fonctionnaires du ministère des finances se mettent en grève, leur ministre ne peut les remplacer. Il est, en revanche beaucoup plus facile pour les administrateurs qui disposent du nombre d'hommes nécessaire et de la compétence technique suffisante de se hisser au niveau du pouvoir politique. La fonction de préparation des différents dossiers par les fonctionnaires leur permet d'influer sur le processus de décision.

La distinction entre les hommes politiques investies d'un mandat électif et les fonctionnaires nommés par les premiers ne permet pas davantage de différencier décisions politiques et actes administratifs. Au sommet de la hiérarchie administrative, se trouvent des hommes politiques ; ainsi un ministre est à la fois un acteur politique et le chef de l'administration de son département ministériel. À l'inverse, des fonctionnaires participent à l'exercice de mandats politiques ; ainsi, lorsqu'ils sont membres d'un cabinet ministériel, ils peuvent prendre, par délégation du ministre, de véritables décisions politiques.

### **B. Les raisons sociologiques :**

L'administration forme un milieu particulier, replier sur lui-même, rebelle aux interventions des organes politiques. Elle est dotée de la stabilité qui est encore plus renforcée par l'organisation de la fonction publique selon le système de la carrière. Elle incarne la permanence de l'État par le biais du statut alors que les hommes politiques disposent d'une légitimité temporaire liée à la durée de leur mandat électif.

L'administration est constituée en fonction du principe de la compétence : le recrutement des fonctionnaires est fait en considération de leur aptitude

---

<sup>47</sup> : Il lui manque les moyens humains et les aptitudes techniques.



technique en principe par la voie du concours<sup>48</sup>.face aux milieux extérieurs, l'administration manifeste une cohésion très grande, un sentiment de supériorité, elle a sa propre conception de l'intérêt général qu'elle tente de faire prévaloir ou d'imposer à la société politique.

Cependant, cette conception traditionnelle peut être remise en cause avec le développement de la politique de privatisation ou de contractualisation, qui rompt avec la fonction publique classique (par ex : la création de deux "exploitants publics" en matière de poste et télécommunications, dont la gestion du personnel est totalement renouvelée).

La tentation corporatiste demeure toujours vivace, pour la protection de certains avantages conquis par l'administration. Celle-ci peut alors développer sa propre conception, parallèle, de l'intérêt général.

### **C. De l'intérêt général administratif à la bureaucratie et à la technocratie :**

Lorsque l'intérêt général administratif prend le pas sur l'intérêt général politique, le pouvoir glisse du politique à l'administratif qui essaye de confisquer le pouvoir politique pour consacrer ses propres choix. Traditionnellement, on qualifiait cette situation de *bureaucratie*, c'est-à-dire un régime dans lequel le pouvoir appartient aux bureaux.

Max Weber a ainsi insisté sur le fait que le développement de l'État moderne se trouve lié à la formation d'un corps de travailleurs intellectuelles spécialisés dotés d'indépendance et de stabilité ; « l'administration bureaucratique est, toutes chose restant par ailleurs égale, toujours, du point de vue formel et technique, le type le plus rationnel. Pour faire face aux besoins énormes de l'administration actuelle, il est absolument indispensable. Le choix se limite entre la bureaucratie et le dilettantisme dans le domaine administratif » ; plus récemment, la sociologie des organisations a pu redéfinir la bureaucratie de façon plus critique comme une organisation qui ne peut ni se corriger facilement

---

<sup>48</sup> : En vertu de l'art 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. », et décision du conseil constitutionnel n° 82-153 DC du 14 janvier 1983 sur la troisième voie d'accès à l'école nationale d'administration, Journal officiel du 15 janvier 1983, p.354 .  
Recueil, p. 35

en fonction de ses erreurs, ni innover ou s'adapter sans crise aux transformations de son environnement<sup>49</sup>.

À l'époque contemporaine, on assiste plus précisément à l'accession au pouvoir des techniciens, c'est-à-dire des spécialistes, et on parle plus volontiers de technocratie. Les intérêts de carrière cèdent la place au maître des ordinateurs et des diverses techniques. J.K Galbraith estime que dans les sociétés contemporaines : le pouvoir appartient à une technostructure réunissant tous les spécialistes qui possèdent chacun une partie des informations nécessaires.

Bureaucratie et technocratie sont deux perversions voisines des systèmes politiques. Elles ne peuvent se développer que dans une situation où le pouvoir politique est affaibli. Soit par des crises entachant sa stabilité, comme dans la France de la IV<sup>ème</sup> république ou encore la période de transition qu'a vécu l'Algérie après l'arrêt du processus électoral au début des années 1990, soit par une contestation atteignant sa légitimité, l'administration remplit alors tout le vide laissé par le pouvoir politique.

---

<sup>49</sup> : Michel Crozier, « *Le phénomène bureaucratique* », Paris, Ed. du Seuil, 1963, p. 413.

## **Section 02 : Justification et limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration.**

### **A. Le pouvoir discrétionnaire proprement dit :**

L'administration, dans l'exécution quotidienne des services et pour les mesures qu'elle prend vis-à-vis des particuliers, est soumise à la loi et, d'une façon plus générale, à des règles juridiques.

Mais elle y est soumise avec une certaine marge de liberté qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire et qui correspond assez sensiblement à la zone de l'opportunité<sup>50</sup>

Cette réserve d'indépendance, au bénéfice de l'administration se traduit pratiquement par le fait que le juge, lorsqu'il se trouve en présence d'un cas d'appréciation de l'opportunité, ne se reconnaît pas le pouvoir de contrôler l'administration ; mais comme le contrôle n'intervient qu'on vertu de règles juridiques, c'est vis-à-vis de la loi et des règles de droit que se pose la question du pouvoir discrétionnaire.

L'existence du pouvoir discrétionnaire est généralement justifiée, tout au moins lorsqu'il s'agit de l'application de la loi, par l'impossibilité en face de laquelle se trouve le législateur, obligé qu'il est de procéder par règles générales, de prévoir la complexité des situations particulières et d'indiquer à l'administration, en chaque hypothèse, de quelle façon et à quel moment elle doit agir<sup>51</sup>.

Cette justification a été, depuis quelques années, systématisée et transposée par l'école normativiste de Vienne, et tout spécialement par le professeur A.Merkel<sup>52</sup>.

Pour cet auteur, le pouvoir discrétionnaire n'est pas spécifique à l'administration, il résulte du processus général de la formation du droit, qui s'établit par degrés en partant d'une norme hypothétique, laquelle se concrétise

---

<sup>50</sup> : Maurice Hauriou, « précis de droit administratif et de droit public », 1933, 12<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2004, p.351.

<sup>51</sup> : Bonnard et Giraud et Marcel Waline citent cela dans un certain nombre de leurs articles, et mêmes s'ils ne s'appuient pas sur cette justification ils ne la contredisent pas non plus.

<sup>52</sup> : Roger Bonnard, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Allgemeines Verwaltungsrecht Merkel », R.D.P. , 1928, p. 688.

successivement en une constitution, en des lois et, en fin, en des actes administratifs ou des décisions juridictionnelles. À chacune des étapes de la formation du droit, la norme juridique inférieure, étant plus concrète que la supérieure, ne peut être entièrement déterminée par elle, et il en résulte, au bénéfice de celui qui l'établit (pouvoir constituant, législateur, administrateur ou juge), une certaine marge de pouvoir discrétionnaire.

Cette façon d'envisager le problème est, de l'avis de Maurice Hauriou, radicalement fautive parce qu'elle incite à considérer le pouvoir discrétionnaire comme un épisode de relations que les règles de droit soutiendraient entre elles, alors qu'il est un épisode des relations qui s'établissent entre les règles juridiques et les sujets de droits.

Hauriou explique cela de la manière suivante :

Les théories normatives de Kelsen et de Merkel postulent que dans l'ordonnement juridique, c'est-à-dire sur le plan du droit, il n'existe que des normes, ou règles de droit, et des relations entre ces normes, dont le pouvoir discrétionnaire serait un exemple<sup>53</sup>.

Or, dans la réalité des choses, il paraît que le droit connaît au moins deux ordres d'éléments, irréductibles l'un à l'autre qui sont : les règles juridiques et les sujets de droits. Les normativistes essayent bien de ramener les sujets de droits aux règles juridiques en les concevant comme des systèmes de normes<sup>54</sup> ( qu'il s'agisse de ces sujets de droits normaux que sont les individus ou d'êtres de raison, tels que l'État), mais cette analyse ne correspond pas aux faits et aboutit à vider arbitrairement le droit d'une grande partie de son contenu<sup>55</sup>

Si telle est la réalité et si on se trouve bien en présence d'un dualisme fondamental des règles de droit et des acteurs juridiques, il convient, pour trouver la justification du pouvoir discrétionnaire, de se placer à un point de vue tout différent. Il faut se rappeler que les administrations publiques sont des personnes morales, des sujets de droits et se rendre compte que la question du

---

<sup>53</sup> : c'est également le point de vue de Roger Bonnard dans un article paru dans "Les mélanges Hauriou" (Paris, 1929) : « L'origine de l'ordonnement juridique ».

<sup>54</sup> : Hans Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », (Version abrégée de : *Théorie pure de droit*) Traduite en français par Charles Eisenmann, R.D.P, 1926, p.561 et suivantes.

<sup>55</sup> : Sur la critique générale du système normativiste : Maurice Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », revue de métaphysique et de morale, 1928 ; Jaques Mauray, « Observations sur les idées du professeur Kelsen, Rev. Crit., 1929, p. 537.

pouvoir discrétionnaire n'est qu'un aspect particulier du problème plus général de la soumission aux règles de droit des acteurs juridiques ou sujets de droits.

Les sujets de droits sont soumis aux règles juridiques, mais il y a lieu de préciser comment : ils leur sont soumis comme à des limites extérieures venant modifier ou arrêter leurs initiatives.

Selon Maurice Hauriou les règles de droit, et surtout de loi, ne se présentent pas comme des principes d'action, car l'initiative et l'activité juridiques appartiennent aux individus, ce sont bien plutôt des bornes, des restrictions apportées à la liberté et à l'autonomie des sujets de droit.<sup>56</sup>

Par ailleurs, ces limites que constituent les lois gardent un caractère externe par rapport aux sujets de droit, en ce sens que le précepte qui est contenu dans la norme ne devienne pas une qualité de la volonté du sujet, mais reste un ordre extérieur au quel il doit se conformer.

Si les règles de droit ne sont que des limites extérieures, on comprend que dans la mesure où elles n'ont pas posé de bornes à l'indépendance des sujets, ou même à l'intérieure des cadres tracés par elles, ceux-ci conservant leur autonomie et leur liberté. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration apparaît donc, de ce point de vue, comme cette part de l'initiative et de l'indépendance juridique de l'administration, qui n'a pas été limitée par la loi et les règles de droit et comme le pendant, en droit public, du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé et de la souveraineté des États sur le plan international.

Toutefois cette explication du pouvoir discrétionnaire, si elle a le mérite de préciser la situation de l'administration par rapport à la loi et aux règles de droit, n'indique pas pourquoi, en fait, la marge de liberté qui est laissée aux administrations, correspond, sensiblement, à la zone de l'opportunité, pourquoi la loi n'arrive pas à préciser et à limiter dans leurs moindres manifestations l'activité des agents qui représentent les personnes morales administratives, de telle sorte que, malgré la réserve de principe en faveur de l'autonomie juridique des sujets de droit, tous leurs actes seraient, en fait, déterminés par des règles juridiques, ce qui aboutirait à la suppression du pouvoir discrétionnaire ?

---

<sup>56</sup> : La vérité de cette assertion se vérifie dans la perspective historique, où les premiers progrès du droit ont consisté à limiter l'arbitraire des individus et, particulièrement des chefs de clan ou de famille, et aussi en droit moderne, soit interne, soit surtout international, où le principe admis en droit positif est que les États sont libres et autonomes dans la mesure où ils ne sont pas liés par une règle de droit international.

La réponse à cette question, qui se pose, du reste, dans des termes semblables sur le plan du droit privé, doit être tirée de cette constatation que les administrations publiques, comme les individus, sont des chefs d'entreprises et ont droit, pour cette raison, à l'auto détermination et à l'appréciation de l'opportunité.

Tous les individus, sur le plan du droit privé, doivent être considérés comme des chefs d'entreprises et pas seulement, bien entendu, lorsqu'ils sont commerçants ou industriels. Ils font, à tout le moins, l'entreprise de leur vie par le choix de leur métier et, parfois, de leur nationalité, par la gestion de leur patrimoine ou la fondation de leur foyer. Pour les administrations publiques, cette qualité de chefs d'entreprises est plus visible encore, peut-être, vu que les diverses administrations sont des institutions faisant, pour le compte de l'État et des administrés, l'entreprise de l'ordre public et de l'utilité publique.

Or, une entreprise c'est essentiellement une activité ou un complexe d'activités se déroulant à la fois dans le temps et dans un milieu donné, parmi des résistances et de l'imprévu, et on comprend que celui qui la dirige ait besoin, pour la mener à bien, d'une certaine marge d'initiative et d'indépendance.

Par rapport à la loi et aux règles de droit extérieurs, le pouvoir discrétionnaire nous paraît donc se justifier, quant à son existence, par le fait que les administrations publiques sont des sujets de droit, et quant à son cantonnement dans la zone de l'opportunité, par le fait qu'elles sont des chefs d'entreprises.

Mais il est nécessaire de remarquer, pour donner une explication complète du pouvoir discrétionnaire, que l'administration, dans sa gestion des services et l'accomplissement de sa tâche quotidienne, n'est soumise qu'à la loi et aux règles extérieures, elle est soumise également à des directives internes, qui proviennent justement de l'idée d'entreprise qu'elle poursuit.

Tandis que dans le droit privé, tout imprégné encore d'individualisme, les sujets de droit ont la possibilité de déterminer le caractère de l'entreprise ou des entreprises auxquelles ils se dévoueront et sont, en quelques sorte, leur propre fin juridique, en droit administratif, par contre, l'administration, dans son ensemble, et les diverses administrations publiques envisagées séparément sont des institutions soumises à une idée et à une finalité précise : celle de l'intérêt public. Il en résulte que les diverses autorités administratives, qui agissent au nom des personnes publiques, ne doivent prendre des décisions et actionner les

services publics que pour réaliser l'intérêt public dans ses diverses manifestations : ordre public et utilité publique.

On peut donc se demander comment, en droit administratif, il subsiste du pouvoir discrétionnaire au bénéfice de l'administration, car cette marge de liberté qui provient, pour les sujets de droit normaux, de ce qu'ils ne sont soumis, e leur qualité de chefs d'entreprises, qu'à des règles de droit externes semble devoir disparaître à partir du moment où la règle juridique, d'extérieure qu'elle était par rapport au sujet de droit, tend à lui devenir interne et à prendre en quelque sorte, le caractère d'une qualité de sa volonté.

Remarquons tout d'abord que la pénétration du régime administratif et du droit administratif par l'idée de l'intérêt public ne s'est réaliser que peu à peu et que, en fait, au fur et à mesure qu'elle se produisait et que les administrations publiques étaient animées davantage d'une volonté d'intérêt public, le pouvoir discrétionnaire était progressivement limité, soit par la loi, interprétant sur ce point le sentiment du groupe d'administrés, soit surtout par l'administration elle-même procédant par autolimitation.

Il y a eu jadis des actes discrétionnaires soustraits de façon complète à l'appréciation du juge et au fond à l'emprise de la règle de droit. S'il y en a plus, c'est grâce au développement de certaines notions et particulièrement du détournement de pouvoir, l'idée d'intérêt public a dominé complètement le droit administratif.

Mais s'il n'existe plus d'actes discrétionnaires, il subsiste, malgré la domination de l'idée d'intérêt public au sein de l'institution administrative, une certaine marge de pouvoir discrétionnaire, au bénéfice de l'administration, dont il ne faut donner l'explication par rapport à cette ordre juridique interne.

En ce sens encore, la justification du pouvoir discrétionnaire nous paraît devoir être tirée de l'idée d'entreprise ou, plus précisément, de cette constatation que la notion d'intérêt public n'est pas une notion absolue et définitive, mais bien une notion affectée d'une certaine relativité, une notion qui se détermine progressivement et en partie, du reste, grâce à l'intervention de l'administration elle-même.

Si, par rapport à la loi, le pouvoir discrétionnaire se justifie par la marge de liberté dont tous les sujets de droit jouissent vis-à-vis des règles externes, en leur qualité de chefs d'entreprises, vis-à-vis de la notion d'intérêt public et des

directives internes qui en peuvent découler, le pouvoir discrétionnaire correspond au fait de la détermination progressive de l'intérêt public.

Le pouvoir discrétionnaire est la liberté d'action de l'administration ménagée par les règles de droit. Son existence n'est pas le fruit du hasard ni la conséquence temporaire d'un vide juridique fortuit. Elle est au contraire voulu par l'ensemble des acteurs juridiques. Le conseil d'État l'a reconnu lui-même en affirmant à propos d'une loi qui permet au préfet (l'équivalent du Wali en droit algérien) d'accorder ou de refuser l'autorisation de démolir certains locaux, qu'elle (c'est-à-dire la loi) « l'investit ainsi d'un pouvoir discrétionnaire »<sup>57</sup>. Il a également rappelé que tant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile que certains traités investissent le préfet « du pouvoir discrétionnaire » de régulariser les étrangers en situation irrégulière<sup>58</sup>. Le pouvoir discrétionnaire est en effet indispensable à une bonne gestion de l'intérêt général. Car nul n'est mieux placé que l'administration pour apprécier les exigences du bien commun au regard de chaque situation concrète. Rien ne serait pire qu'une administration-robot privée de liberté, appliquant sans réflexion textes et principes.

À cette justification pragmatique du pouvoir discrétionnaire s'ajoute, grâce à la « théorie de l'institution » de Maurice Hauriou, une justification théorique, selon laquelle toute activité collective s'exerce dans le cadre d'une « institution », c'est-à-dire d'un groupement humain ordonné en vue d'une fin commune. Peu importe que ce groupement humain ait ou non la personnalité morale. On trouve donc « les institutions » aussi bien dans le secteur privé que (entreprises, associations) que dans le secteur public (collectivités locales, établissements publics, ministères, bureaux de poste...). Dans le premier cas, la « fin commune » de l'institution est en général le simple intérêt collectif de ses membres. Dans le second cas, c'est en principe l'intérêt général. Mais dans toutes les hypothèses, l'institution ne peut poursuivre sa fin commune que sous la responsabilité d'un chef (directeur d'entreprise ou d'établissement public, président d'association, ministre, receveur de bureau de

---

<sup>57</sup> : CE sect.15 mars 1963, *Cie Électromécanique*, Lebon p 167.

<sup>58</sup> :CE avis. 02 mars 2012, Lahouel, AJDA 2012. 1282, concl. Botteghi ; CE 30 juin 2016, Mme A., AJDA 2016. 1371, obs. Poupeau.



poste...), le pouvoir discrétionnaire n'est rien d'autre que la contrepartie de cette responsabilité assumée par le chef.

Loin d'être sans limites, il n'existe donc que dans l'exacte mesure impliquée par les exigences de la fin commune (c'est-à-dire de l'intérêt général dans le cas de l'administration).

Le pouvoir discrétionnaire ne doit donc pas être confondu avec le pouvoir arbitraire, c'est-à-dire avec cette forme cynique de liberté qui consiste à exploiter une position sociale pour agir selon son caprice, en vue d'un intérêt purement personnel. Contrairement à lui, il est en effet au service de l'intérêt général. Alors que le pouvoir arbitraire est fondamentalement « hors la loi » et cherche à s'affranchir du respect de la réglementation juridique<sup>59</sup>, le pouvoir discrétionnaire puise en elle son origine et sa respectabilité. Dire qu'il constitue une limite du principe de la légalité ne signifie donc pas qu'il lui soit opposé, mais qu'il le relaye pour faire vivre l'intérêt général sur le terrain de l'opportunité.

Concrètement, le pouvoir discrétionnaire s'exprime essentiellement par l'édiction d'actes administratifs unilatéraux. Lorsqu'ils sont attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, le juge administratif exerce sur eux un contrôle spécifique, appelé « contrôle minimum ». Il s'agit d'un contrôle suffisamment restreint pour respecter l'appréciation d'opportunité qui constitue le cœur du pouvoir discrétionnaire, mais suffisamment poussé pour repérer l'arbitraire susceptible de se dissimuler derrière lui, ou toute autre violation de la légalité.

Dans ce cadre six éléments sont vérifiés : la compétence de l'auteur de l'acte, la forme de l'acte et la procédure de son édiction, son but d'intérêt général, l'exactitude de ces motifs de fait, l'absence d'erreurs de droit (notamment en ce qui concerne l'interprétation des textes) et l'exactitude de l'appréciation de l'opportunité de l'acte.

Ces six éléments du contrôle minimum sont à mettre en relation avec les cinq éléments de l'acte administratif unilatéral, qui sont : la compétence de son auteur, sa forme et sa procédure, son but, son objet (c'est-à-dire son contenu) et ses motifs de fait et de droit<sup>60</sup>. On remarquera que les trois premiers éléments

---

<sup>59</sup> : Gilles Lebreton, « Droit administratif général », 9<sup>ème</sup> édition, 2017, Dalloz, Paris, p. 79.

<sup>60</sup> : L'événement ou la situation à l'origine de l'acte administratif unilatéral, et le texte ou principe général de droit ou encore la règle jurisprudentielle sur laquelle l'acte se fonde.

du contrôle correspondent parfaitement aux trois premiers éléments de l'acte. Ce constat permet d'affirmer que l'administration ne dispose en principe d'aucun pouvoir discrétionnaire à l'égard de la compétence, de la forme et de la procédure, et du but de l'acte.

Ces trois éléments s'imposent à l'administration tels qu'ils sont strictement déterminés par la réglementation juridique. Exception faite concernant le deuxième élément qui lui concède toutefois une marge de liberté à l'égard de certaines formalités, dites « accessoires » ou « non substantielles », qu'elle peut se dispenser de respecter. Les quatrième et cinquième éléments du contrôle portent quant à eux sur le cinquième élément de l'acte, dont ils entendent soustraire deux composantes précises au pouvoir discrétionnaire. L'administration se voit ainsi privée de la liberté de fonder ses actes sur des motifs de fait inexacts<sup>61</sup> ou sur des motifs de droit incorrects<sup>62</sup>.

Conformément à l'analyse classique de M.Vénézia<sup>63</sup>, c'est à travers la confrontation des quatrième et cinquième éléments de l'acte que se manifeste la discrétionnalité. Le pouvoir discrétionnaire réside en effet essentiellement dans l'adéquation de l'objet de l'acte et à ses motifs de fait de droit. Il est la liberté donnée à l'administration par un texte, un PGD ou une règle jurisprudentielle, de choisir l'acte dont l'effet lui semble à même de répondre de façon opportune à la situation ou à l'événement auquel il s'agit de faire face. Concrètement cette liberté de choix s'analyse tantôt comme la liberté de choisir entre l'action et l'abstention, tantôt (lorsque l'action est décidée ou obligatoire) comme la liberté de choisir entre deux ou plusieurs mesures possibles.

Lorsqu'un fonctionnaire commet une faute disciplinaire, l'administration a par exemple le pouvoir discrétionnaire de lui infliger une sanction ou de s'abstenir de le faire ; et si elle opte pour la première solution, elle a ensuite le pouvoir discrétionnaire de choisir dans la liste des sanctions inscrites dans le statut général de la fonction publique, celle qu'elle veut.

Tout en respectant le pouvoir discrétionnaire ainsi défini, le sixième élément du contrôle minimum permet au juge administratif de superviser l'usage qu'on fait

---

<sup>61</sup> : L'administration ne peut par exemple fonder le détachement d'un de ces fonctionnaires sur une demande imaginaire.

<sup>62</sup> : Par exemple l'administration ne peut via son acte fonder sur le statut général de la fonction publique l'avancement d'un agent contractuel.

<sup>63</sup> : Jean Claude Vénézia, « Le pouvoir discrétionnaire », LGDJ, Paris, 1959.

l'administration. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation porte en effet directement sur l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs de fait de droit. Mais il respecte le pouvoir discrétionnaire en laissant systématiquement à l'administration le bénéfice du doute. Ainsi, un acte administratif ne sera annulé que s'il repose sur une erreur d'appréciation « manifeste », c'est-à-dire sur une erreur si grossière que son caractère déraisonnable saute aux yeux de n'importe qui. S'il ne repose au contraire que sur une appréciation simple contestable, en laquelle le juge administratif est tenté de déceler une erreur, sa validité sera par exemple considéré comme une sanction qui, quoique sévère, demeure raisonnable lorsque la faute du fonctionnaire qu'elle sanctionne s'analyse comme un léger retard à arriver au bureau le matin ; alors qu'une mise à la retraite d'office ou une révocation sera jugée « manifestement » disproportionnée par rapport à la faible gravité d'une telle faute, donc déraisonnable, et se verra en conséquence annulée. Tout le contrôle juridictionnel repose donc ici sur la distinction entre le « raisonnable » et le « déraisonnable », c'est-à-dire sur des critères de normalités que le juge emprunte à la conscience collective dont ils sont l'émanation.

Le sixième élément permet ainsi de dépasser le simple respect des textes, des PGD et des règles jurisprudentielles, auquel s'arrête le positivisme juridique, et de le prolonger par un contrôle du « déraisonnable » apte à débusquer l'arbitraire qui se dissimule souvent derrière les appréciations manifestement erronées.

Il résulte de tout cela qu'il ne faut surtout pas confondre le pouvoir discrétionnaire avec « l'acte discrétionnaire », dont l'existence était reconnue par la jurisprudence au XIX<sup>ème</sup> siècle, mais qui a disparu au début du XX<sup>ème</sup><sup>64</sup>. Les actes qualifiés de « discrétionnaires » en ce temps-là étaient en effet des actes de l'administration que le juge administratif refusait de contrôler<sup>65</sup>, il s'agissait donc d'actes soustraient au contrôle juridictionnelle, au même titre que le sont aujourd'hui les « actes de gouvernement » et « les mesures d'ordres intérieurs » ; mais contrairement à ces deux types d'actes, dont la situation particulière peut s'expliquer, comme en le verra plus loin, par le fait qu'ils manifestent l'existence, à la charge de l'administration, d'une fonction

---

<sup>64</sup> : CE, 31 janv 1902, *Grazietti*, Lebon S.1903 p. 113, Note de Maurice Hauriou.

<sup>65</sup> : Par exemple : la révocation de fonctionnaires qui échappée à ce genre de contrôle.

« gouvernementale » et d'une fonction « institutionnelle », leur particularisme ne repose sur aucune base théorique solide, car ils s'inscrivaient dans le cadre d'une fonction purement « administrative »<sup>66</sup>, exactement comme les actes administratifs classiques. En réalité il s'agissait d'actes arbitraires, laissant libre cours à la brutalité et au caprice de l'administration. Par comparaison le pouvoir discrétionnaire ne porte que sur certains et non pas la totalité, des cinq éléments de l'acte administratif, et il doit en outre s'abstenir de franchir les frontières du « déraisonnable ».

## **B. Pouvoir discrétionnaire et compétence liée :**

Au pouvoir discrétionnaire s'oppose traditionnellement la « compétence liée », quand serait mieux inspiré d'appeler « le pouvoir liée ». L'administration est dans une situation de compétence liée lorsqu'elle n'a pas de liberté d'action, parce que la réglementation juridique lui impose d'agir dans un sens déterminé. Elle n'a alors ni le choix entre l'action et l'abstention<sup>67</sup>, ni la liberté de choisir entre plusieurs mesures<sup>68</sup>. Le préfet en France ou le wali en Algérie est par exemple tenu, en vertu de la loi régissant l'activité des associations<sup>69</sup>, de délivrer le récépissé d'une déclaration d'association.

En outre en vertu d'un PGD « l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenu d'y déférer ».<sup>70</sup>

Ainsi que ces deux exemples le montrent, la compétence liée de l'administration peut indifféremment trouver sa source dans un texte (Constitution, traité, loi, ou même règlement) ou dans une règle d'origine juridictionnelle (qu'il s'agisse d'un PGD ou d'une simple règle jurisprudentielle). En revanche, l'administration n'a pas le droit de renoncer à exercer un pouvoir discrétionnaire dont elle est investie. Elle ne peut en d'autres

---

<sup>66</sup> : Qui consiste à satisfaire les besoins des administrés.

<sup>67</sup> : Selon le cas elle est dans l'obligation d'agir ou dans l'obligation de s'abstenir d'agir.

<sup>68</sup> : L'obligation d'agir s'accompagne alors de l'obligation de prendre une mesure déterminée.

<sup>69</sup> : Article 05 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association en France (dans un délai de 5 jours), et article 08 de la loi 12-06 du 12 janvier 2012 relative aux associations en Algérie (dans un délai de 40 jours).

<sup>70</sup> : CE, 03 février 1989, Sté Alitalia, GAJA.

termes transformer son pouvoir discrétionnaire en compétence liée dans une pratique autolimitative.

Concrètement, cela signifie qu'elle ne peut se lier à l'avance par des positions de principe. La jurisprudence y veille en l'obligeant à procéder à l'examen particulier des circonstances de chaque affaire avant de prendre ces décisions<sup>71</sup> Alors que le juge administratif n'exerce sur le pouvoir discrétionnaire qu'un contrôle minimum, il fait peser un contrôle plus poussé, qualifié de « normal », sur les actes administratifs unilatéraux qui mettent en œuvre une compétence liée.

Le contrôle « normal » est exercé par le juge administratif lorsque les décisions de l'administration dont il a à connaître, sont prises dans le cadre d'une compétence liée. Il contrôle alors six éléments : le détournement de pouvoir, le détournement de procédure, l'erreur de droit, l'erreur de fait, l'adéquation de l'objet, plus l'erreur dans la qualification juridique des motifs de fait. Parfois, le contrôle de l'erreur dans la qualification juridique des motifs de fait intègre le contrôle de proportionnalité partiel qu'est le contrôle du bilan coût-avantages : le juge met alors en balance les avantages et les inconvénients de l'acte attaqué pour déterminer si celui-ci mérite bien le label créé par la règle juridique de référence, par exemple si une DUP mérite bien sa qualification « d'utilité publique » au sens du code de l'expropriation. Trois remarques doivent être faites pour compléter cette analyse du contrôle normal :

- 1- Il faut d'abord souligner que le contrôle normal peut coexister avec le contrôle minimum, c'est généralement le cas lorsqu'une même opération administrative se décompose en deux appréciations distinctes effectuées par l'administration, dont une est discrétionnaire et l'autre pas.<sup>72</sup>
- 2- On doit signaler qu'il arrive au contrôle juridictionnel d'être dissymétrique, selon que l'acte attaqué est un refus ou une acceptation.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> : CE, 15 juin 1951, Galetzky, Recueil Lebon p. 337.

<sup>72</sup> : Par exemple, la poursuite disciplinaire diligentée contre un fonctionnaire suppose deux appréciations, l'une sur l'existence d'une faute, l'autre sur le choix de la sanction, le juge exerce un contrôle normal sur la première, en recherchant si le fait reproché au fonctionnaire mérite ou non la qualification de faute disciplinaire au sens du droit de la fonction publique (voir l'arrêt Tessier du CE.ass 13 mars 1953 au GAJA.)

Et un contrôle minimum sur la seconde, en examinant si la sanction choisie est manifestement disproportionnée par rapport à la faute (CE.sect. 9 juin 1978, recueil Lebon, voir ss 547).

<sup>73</sup> : Par exemple en matière de permis de construire, le refus de l'accorder fait l'objet d'un contrôle normal (CE 4 avr 1914, Gomel, GAJA), alors que la décision de l'accorder n'est soumise qu'à un contrôle minimum (CE 29 mars 1968, Sté du lotissement de la plage de pampelonne, AJDA 1968. S.335, Massot et Dewost). Cette curiosité peut s'expliquer par le fait que le permis de construire ne peut être refusé que pour les motifs énumérés par les textes, alors que sa délivrance peut être accordée même si l'un des motifs de refus est invocable.

3- Il faut prendre en conscience que le contrôle juridictionnel évolue, ce qui fait que le juge administratif peut passer du contrôle minimum au contrôle normal.<sup>74</sup>

Ce contrôle normal vérifie donc beaucoup plus soigneusement que ne le fait le contrôle minimum l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs de fait et de droit. Il refuse à l'administration le bénéfice du doute, aucune erreur d'appréciation même légère n'est tolérée. Dans certains domaines notamment à l'égard de mesures de police administrative générale qui porte atteinte à une liberté publique, le juge pousse son examen encore plus loin, et entreprend de vérifier la proportionnalité de l'objet de l'acte (la mesure de police) par rapport à ses motifs de fait (le trouble à l'ordre public). On dit alors qu'il y a « contrôle maximum ».

Le juge administratif exerce un « contrôle maximum » lorsque les décisions de l'administration dont il a à connaître lui paraissent si menaçantes pour l'exercice d'une liberté public, qu'il estime nécessaire de les placer dans le cadre d'une compétence liée. Il contrôle alors les Cinq éléments classiques de l'AAU, plus un sixième qui se manifeste par la moindre disproportion de l'objet de l'acte par rapport à ces motifs de fait.

Le contrôle maximum coexiste presque toujours avec le contrôle normal, du moins lorsqu'il porte sur la police administrative générale. La jurisprudence *Benjamin* oblige en effet le juge à rechercher d'abord si un agissement et de nature à troubler l'ordre public, avant d'examiner si la mesure prise par l'administration pour y faire face est strictement proportionné au trouble en question.<sup>75</sup>

Et il coexiste parfois aussi avec le contrôle minimum, dans l'affaire Babas par exemple, le juge administratif opère un contrôle de proportionnalité intégral sur l'atteinte portée par une mesure de reconduite à la frontière au droit de l'étrangère concernée de mener une vie familiale normale ; en revanche il exerce un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur l'atteinte

---

<sup>74</sup> : c'est notamment le cas en matière de refus d'admettre à concourir (CE 18 mars 1983, Mulsant, et CE sect. 10 juin 1983, Raoult, RD publ. 1983. 1404, note J.Waline, renversant CE ass. 28 mai 1954, Brel, GAJA) , et en matière d'équivalence d'emplois ( CE 29 avr 1994, cougrand, Dr Adm. 1994. 382, renversant CE 15 fév 1961, Lagrange), de sanctions de révocation infligées aux maires (CE 2 mars 2010, Dalongeville, AJDA 2010. 664, chron. Liéber et Botteghi, renversant CE ass. 27 fév. 1981, Whnapo, Lebon 111 ), et les sanctions disciplinaires infligées aux agents publics (CE ass. 13 nov. 2013 D. AJDA 2013. 2432, chron. Bretonneau et Lessi, renversant CE sect. 9 juin 1978 Lebon)

<sup>75</sup> : CE, 19 mai 1933, Benjamin, GAJA.

portée par cette même mesure à la santé de l'intéressée, qui invoqué en vain sont état de grossesse pour rester en France.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> : CE ass, 19 avr 1991, Babas, Requête n° 117680, Publié au recueil Lebon

**Texte intégral de la Décision :**

«Section du Contentieux

Lecture du 19 avril 1991

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés les 5 juin 1990 et 16 juillet 1990 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État, présentés pour Mme Naima X..., demeurant ... ; Mme X... demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler le jugement en date du 26 avril 1990 par lequel le conseiller délégué par le président du tribunal administratif d'Orléans a rejeté sa demande d'annulation de l'arrêté du préfet du Loiret en date du 19 avril 1990 ordonnant sa reconduite à la frontière,

2°) d'annuler ledit arrêté ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée ;

Vu la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ;

Vu le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 ;

Vu l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié par son premier avenant du 22 décembre 1985 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu :

- le rapport de M. Errera, Conseiller d'État,

- les observations de la S.C.P. Waquet, Farge, Hazan, avocat de Mme Naima X...,

- les conclusions de M. Abraham, Commissaire du gouvernement ;

Sur les moyens relatifs à la régularité de l'arrêté attaqué :

Considérant que Mme X... n'avait invoqué, devant le tribunal administratif d'Orléans, aucun moyen relatif à la légalité externe de l'arrêté attaqué ; qu'ainsi elle n'est pas recevable à soutenir, pour la première fois en appel, que ledit arrêté serait insuffisamment motivé et aurait été pris en méconnaissance de la procédure prévue par l'article 8 du décret susvisé du 28 novembre 1983 ;

Sur le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : "1° - Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance - 2° - Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui" ;

Considérant que si Mme X... est mère d'un enfant né le 26 mars 1989 reconnu par son père, ressortissant marocain titulaire d'une carte de résident, et si elle se trouvait en état de grossesse à la date de l'arrêté ordonnant sa reconduite à la frontière, il résulte des pièces du dossier que, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment de la durée et des conditions de séjour de Mme X... en France, et eu égard aux effets d'une mesure de reconduite à la frontière, l'arrêté du préfet du Loiret en date du 19 avril 1990 n'a pas porté au droit de l'intéressée au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels a été pris ledit arrêté ;

Sur le moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation :

Considérant que, lorsqu'un étranger se trouve dans un des cas où, en vertu de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, le préfet peut décider qu'il sera reconduit à la frontière et alors même que ni les dispositions de l'article 25 de la même ordonnance ni celles de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme ne font obstacle à une décision de reconduite, il appartient au préfet d'apprécier si la mesure envisagée

La compétence liée se transforme alors en « compétence ligotée »<sup>77</sup>

Un mal entendu fréquent doit être cependant dissipé, on dit parfois que dans le cadre de son contrôle normal ou de son contrôle maximum, le juge administratif est amené à vérifier l'opportunité des AAU. Une telle vision des choses doit être considérée comme inexacte. Ce qui relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration (la libre adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs de fait et de droit) est toujours une question de légalité, c'est-à-dire de conformité au droit. Dans le couple que forment l'administration et son juge, chacun en somme à son propre rôle : l'administration fait des choix et le juge veille au respect du droit. Lorsque le juge donne l'impression de contrôler l'opportunité d'un acte, il se contente donc en réalité de contrôler l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs dans un domaine où, l'administration étant placée dans une situation de compétence liée ou ligotée, cette adéquation est une question de légalité.

On comprend par là que même lorsque le contrôle juridictionnel s'accroît, en passant du contrôle minimum au contrôle normal, c'est parce qu'il était

---

n'est pas de nature à comporter des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de l'intéressé ;

Considérant que Mme X... ne justifie pas que son état de santé s'opposait à la date de la décision attaquée à sa reconduite à la frontière ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le préfet du Loiret ait entaché son arrêté d'une erreur manifeste dans son appréciation des conséquences de cette mesure sur la situation personnelle de Mme X... ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme X... n'est pas fondée à se plaindre que, par le jugement attaqué qui est suffisamment motivé, le conseiller délégué par le Président du tribunal administratif d'Orléans a rejeté sa demande tendant à l'annulation de l'arrêté du 19 avril 1990 ordonnant sa reconduite à la frontière ;

Article 1er : La requête susvisée de Mme Naima X... est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à Mme Naima X..., au Préfet du Loiret et au ministre de l'intérieur. »

**Analyse du CE :**

« Un étranger peut utilement se prévaloir, à l'appui de conclusions tendant à l'annulation de la mesure de reconduite à la frontière dont il fait l'objet, des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en vertu desquelles toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance et il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui" (1). Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle entier sur le respect de ces stipulations. En l'espèce, si Mme B. est mère d'un enfant né le 26 mars 1989 reconnu par son père, ressortissant marocain titulaire d'une carte de résident, et si elle se trouvait en état de grossesse à la date de l'arrêté ordonnant sa reconduite à la frontière, il résulte des pièces du dossier que, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment de la durée et des conditions de séjour de Mme B. en France, et eu égard aux effets d'une mesure de reconduite à la frontière, l'arrêté du préfet du Loiret en date du 19 avril 1990 n'a pas porté au droit de l'intéressée au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels a été pris ledit arrêté. »

<sup>77</sup> : selon la judicieuse expression de Lino Di Qual, « La compétence liée », LGDJ, 1964, p.626.



considérer jusque-là comme une question d'opportunité relevant de la libre appréciation de l'administration, est désormais considéré, par suite de l'évolution des textes ou de la jurisprudence, comme une question de légalité.<sup>78</sup>

Une particularité contentieuse doit être d'autre part soulignée.

La jurisprudence considère en effet qu'il est inutile d'annuler un acte administratif illégal lorsque l'administration était, en vertu d'une compétence liée ou ligotée, obligée de l'édicter. Les moyens d'annulations soulevés contre lui sont donc réputés inopérants, même quand ils sont fondés<sup>79</sup>. Le réalisme l'emporte ainsi face au strict respect du droit.

On notera par ailleurs l'aspect relatif de la compétence liée. Aucun acte administratif n'est en effet totalement lié. L'administration conserve toujours au minimum une certaine liberté dans le choix du moment pour agir. La jurisprudence exige seulement qu'elle agisse dans un délai raisonnable, variable selon la difficulté de l'action à accomplir.<sup>80</sup> Même lorsqu'une loi fixe un à l'administration un délai précis pour agir, le juge estime (sauf lorsque le texte institue expressément « sous peine de nullité ») que ledit délai n'est qu'à titre indicatif ; il admet donc que l'administration puisse le dépasser, à condition que le dépassement reste dans les limites du délai raisonnable<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> : En somme la relation entre la légalité et l'opportunité est un peu contradictoire : quand l'une avance l'autre recule.

<sup>79</sup> : CE sect., 6 novembre 1959, *Coop laitière de Belfort*, Lebon 581, à propos d'une erreur de droit ; CE, 2 octobre 1970, Gaillard, AJDA 1971. S.172, à propos d'une incompétence ; CE sect., 3 février 1999, *Montaignac*, AJDA 1999. S.576, à propos d'un vice de procédure).

<sup>80</sup> : CE, 13 juil 1962, Kevers-Pascalis, D. 1963. S.606, note Auby

<sup>81</sup> : CE ass., 23 oct. 1992, Diemert, AJDA 1992. S.785, chron. Maugue et Schwartz : légalité du décret du 25 juin 1992 portant application de la loi du 10 juillet 1989 relative au permis à point, bien que cette loi ait exigé que la publication de son décret d'application ne soit pas postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1992.

## **Chapitre II : *Action gouvernementale et actes de gouvernement***

Plusieurs pays dont ceux de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont entrepris de profondes réformes managériales visant à augmenter la performance de leurs organisations du secteur public. Des pressions budgétaires et fiscales sont souvent considérées à l'origine de ces mouvements réformateurs<sup>82</sup>. Si les dynamiques nationales sont bien souvent différentes les unes des autres, du fait des histoires propres aux institutions et de l'influence des structures étatiques sur le contenu des réformes<sup>83</sup>, il est possible toutefois de constater des ressemblances en ce qui concerne les principes et outils introduits pour initier et développer les transformations managériales. Ces effets d'imitation, que les tenants de la théorie néo-institutionnelle ont mis en exergue depuis plusieurs années<sup>84</sup>, ont permis à certains académiques de considérer la venue d'un nouveau paradigme de la gestion publique<sup>85</sup>, appelé nouvelle gestion publique (NGP), même si l'idée même de paradigme pour parler de la NGP est très controversée<sup>86</sup>. La mouvance de la nouvelle gestion publique constitue l'un des moteurs des réformes de ces dernières années<sup>87</sup>. Elle correspond à la volonté de transformer le fonctionnement des administrations et organisations publiques, de même que des organisations parapubliques en charge de la mise en œuvre de prestations

---

<sup>82</sup> : Giauque David, Resenterra Fabien, Siggen Michaël, « Trajectoires de modernisation et relations politico-administratives en Suisse », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Volume 75, n°4, 2009 p. 757-781.

<sup>83</sup> : Christopher Pollitt, et Geert Bouckaert, « *Public Management Reform : a comparative analysis* », 2ème édition, ed.Oxford , Oxford University Press, 2004.

<sup>84</sup> : Paul J Dimaggio, et Walter W Powell, « The Iron Cage Revisited : Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields », *American Sociological Review*, Volume 42, n°2,2003, pp. 147-160.

<sup>85</sup> : M Finger, « Néolibéralisme contre nouvelle gestion publique », in Hufty, M. (ed.). *La pensée comptable. État, néolibéralisme, nouvelle gestion publique*. Paris/Genève : PUF/Les Nouveaux Cahiers de l'IUED, 1998, pp. 57-75.

<sup>86</sup> : G Gruening, « Origin and Theoretical Basis of New Public Management », *International Public Management Journal*, 4 (1),2001, pp. 1-25.

<sup>87</sup> : Christopher Hood, « A public management for all seasons? », *Public Administration*, volume 69, n°1, 1991, pp. 3-19 ; Kenneth J Meier et Laurence J O'Toole, « The Proverbs of New Public Management: Lessons From an Evidence-Based Research Agenda », *The American Review of Public Administration*, volume 39, n°1, 2009,pp. 4-22 ; et Irvine Lapsley, « New Public Management: The Cruellest Invention of the Human Spirit? », *ABACUS*, volume 45, n°1, 2009, pp. 1-21.

publiques, au moyen d'outils de gestion provenant principalement du monde de la gestion privée et des entreprises<sup>88</sup>.

Les réformes administratives, entre autres, partent de l'idée selon laquelle une séparation des tâches stratégiques et opérationnelles, vieille idée développée par le taylorisme et le management scientifique<sup>89</sup>, permettra d'optimiser le fonctionnement de l'appareil politico-administratif en spécialisant et professionnalisant les fonctions. De sorte que les dirigeants politiques n'ont plus à s'occuper de tâches opérationnelles pour lesquelles ils sont peu ou mal préparés, alors que les managers publics (fonctionnaires) se concentrent sur leurs activités opérationnelles, pour la réalisation desquelles ils ont été engagés. Une telle perspective, pour intéressante qu'elle puisse paraître, ne résiste pas à l'analyse empirique. Plusieurs auteurs comme Clarke et Newman, 1997 ; Pollitt, 1993 ; Stewart 1994, postulent plutôt, concernant les frontières mouvantes entre politique et administration publique, un mouvement vers une implication plus grande des hauts fonctionnaires dans le déroulement des affaires publiques. Plutôt qu'une claire séparation des tâches, ils partent, d'une vision mettant en avant une évolution vers plus d'action stratégique de la part des différents acteurs politico-administratifs.

Comme l'ont fort bien montré Crozier et Friedberg en 1981, la stratégie modifie les comportements et les relations entre les acteurs. Ils avaient pour objectif de mettre l'accent sur une réflexion plus stratégique de la gestion politico-administrative. Il faut pour cela voir l'organisation comme un champ de coopération et d'interdépendance entre acteurs avec des intérêts parfois contradictoires, c'est-à-dire un ensemble de « jeux structurés »<sup>90</sup>. La bureaucratie gouvernementale de la France moderne n'est ni totalement complaisante, ni totalement autonome, mais les rôles politiques et de la haute administration deviennent toujours plus proches.<sup>91</sup> En effet, les responsables de ministères internalisent fortement l'éthique et la rationalité politiques, alors que

---

<sup>88</sup> : Jean Danielle Delley, « *Quand l'esprit d'entreprise vient à l'État. Pour une réforme du service public* », (septembre 1994), *Domaine public*, n°1663, du 21 octobre 2005, Lausanne.

<sup>89</sup> : Laurence E Lynn, « *Public Management* », in Guy B Peters et Jon Pierre, « *The Handbook of Public Administration* », London, 2007, pp. 13-23 ; et Owen E Hughes, « *Public Management & Administration* », Mac Millan Palgrave, New York, 2003.

<sup>90</sup> : Michel Crozier, Erhard Friedberg, « *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective* », Paris : Éditions du Seuil, 1981.

<sup>91</sup> : Ezra N Suleiman, « *Politics, Power and Bureaucracy in France – The Administrative Elite* », Princeton: Princeton University Press, 1974.

leurs ministres internalisent, eux, les rationalités administratives. Nous pouvons en déduire que le haut fonctionnaire, qui obtient plus de marge de manœuvre dans la gestion de son service, va ainsi avoir plus de responsabilités stratégiques (et plus uniquement opérationnelles).

Selon Hughes<sup>92</sup>, si l'une des principales caractéristiques du modèle managérial est que les cadres assument la responsabilité de l'obtention de résultats, alors la relation politico-administrative doit changer et il faut renoncer à la relation commettant-préposé. Les gestionnaires publics participent désormais à la politique, et de fait aux questions de politique, et sont personnellement responsables de ces questions. Il existe aujourd'hui un processus interactif entre la politique et les cadres. Il soutient que l'administration publique traditionnelle tentait de dépolitiser ce qui était essentiellement un processus politique. Kaul<sup>93</sup> indique que la recherche d'une plus grande clarté et d'une hiérarchie des responsabilités plus précise entraîne une volonté de redéfinir la relation entre formulation des politiques et mise en œuvre. Il soutient que si l'on distingue le rôle des administrateurs haut placés de celui des politiciens, on distingue plus facilement les objectifs stratégiques des processus opérationnels.

Dans les années 80, le modèle classique d'administration publique bureaucratique de Max Weber fut remis en question dans les pays anglophones, comme l'Angleterre, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Un nouveau modèle de gestion du secteur public est apparu dans ces pays, baptisé NMP. Le NMP n'est pas une théorie cohérente, mais plutôt un ensemble individuel d'idées, que l'on peut globalement ranger dans deux catégories. Premièrement, il y a le recours aux idées issues du secteur privé, comme le renforcement de l'autonomie et de la flexibilité des cadres, les nominations contractuelles, la gestion de la performance et les nouvelles techniques financières. Deuxièmement, il y a le recours aux mécanismes de marché, comme la privatisation et les partenariats public-privé.<sup>94</sup> Le NMP était considéré comme

---

<sup>92</sup> : Owen E Hughes, Op.cit.

<sup>93</sup> : Mohan Kaul, « Civil Service Reforms: Lessons from Commonwealth Experience », *Public Administration and Development*, Volume 16, n°2, 1996, pp. 131-150.

<sup>94</sup> : Robert Cameron, « La redéfinition des relations politico-administratives en Afrique du Sud », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Volume 76, n°4, 2010, p. 720.

un moyen de réduire les paperasseries et la rigidité associées à l'administration publique à l'ancienne et d'offrir une prestation de service plus efficiente<sup>95</sup>. Rouban cite une étude comparative, qui démontre que le NMP a eu des conséquences variables pour les hauts fonctionnaires dans différents pays. Dans certains pays, comme le Royaume-Uni, ils sont étroitement contrôlés sur le plan politique, tandis que dans d'autres, comme les Pays-Bas et la Finlande, les cadres bénéficient d'une plus grande autonomie. Aucoin<sup>96</sup> fait observer que dans des pays comme l'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis, le NMP est considéré par les leaders politiques comme une réaffirmation du contrôle politique sur la bureaucratie professionnelle. Pollitt et Bouckaert<sup>97</sup> laissent entendre que le domaine de la politique s'est rétréci alors que celui de la gestion s'est développé. Les politiciens ont réaffirmé la distinction entre politique et administration. Les cadres sont responsables de la réalisation des objectifs, mais les politiciens sont restés compétents, lorsque les choses tournent mal, pour intervenir au moyen, par exemple, d'enquêtes, d'équipes d'inspection et de restructurations. Les gestionnaires disposent d'une plus grande liberté pour utiliser leurs ressources, par exemple en détournant de l'argent consacré au personnel pour le consacrer à de l'équipement, mais ils sont davantage surveillés en ce qui concerne les résultats.

---

<sup>95</sup> : Hood, Op.cit. ; et Huges, Op.cit.

<sup>96</sup> : Peter Aucoin, « Beyond the "New" in Public Management Reform in Canada: Catching the Next Wave? » in C. Dunn (ed.), *The Handbook of Canadian Public Administration*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 37-52.

<sup>97</sup> : Christopher Pollitt et Geert Bouckaert, Op.cit.

## **Section 01 : *L'assimilation de l'action gouvernementale à l'action publique responsable (concept moderne).***

Il est intéressant d'aborder cette question sous l'angle des différentes dimensions de la responsabilité : Quelles en sont les formes et les implications possibles ? Qui, au sens individuel ou collectif, doit pouvoir être tenu pour responsable ? De quoi, par qui, et devant qui ? Quels secteurs d'activité ou pans de l'action publique la responsabilité est-elle susceptible de concerner ? En quoi et comment doit-elle et peut-elle être prise en compte et gérée, tant dans les processus politiques qu'administratifs... ?

Ces questionnements nous éclairent sur la forme moderne de l'action gouvernementale, qui conjuguée au principe fondamentale de la responsabilité administrative découlant de la responsabilité de l'État (grand principe de droit administratif dégagé par le tribunal des conflits par le fameux Arrêt Blanco du : 08 février 1873) prend l'aspect pratique du concept de l'action publique responsable.

L'intérêt fondamental du concept d'action publique responsable découle de la nécessité de repenser la responsabilité comme principe inhérent à l'action publique à l'aune des mutations qui caractérisent cette dernière. Parmi ces transformations, on trouve la multiplication des types de parties prenantes et des formes d'action, les interactions complexes diluant les possibilités d'imputabilité, l'imbrication des niveaux individuels et collectifs et l'atténuation de la coupure entre la dimension interne et externe de l'action des organisations. À cela s'ajoutent la perméabilité des rôles, voire un enchevêtrement des domaines de compétences des différents acteurs et niveaux d'action, de même que l'étirement de l'espace de référence de l'action publique, tant en ce qui concerne son objet (qui dans certains cas peut aller jusqu'à concerner un objectif très large comme le principe de précaution), ses frontières (qui souvent ne sont plus celles du cadre national), que son horizon temporel (qui s'inscrit de plus en plus dans le long terme)...

Parce que sa raison d'être, tout comme sa légitimité, découlent de la recherche du bien commun, l'action publique – *a fortiori* dans un État démocratique – se doit d'être responsable. Ce qui apparaît comme un postulat pour le moins évident, pose toutefois la question de la portée de la responsabilité et de ses formes d'exercice. Celles-ci existent de manière organisée pour une grande partie des éléments qui participent à l'action publique et la rendent possible, mais – ainsi que nous allons le montrer au travers de trois illustrations – elles

n'existent pas toujours de manière globale, quand il s'agit par exemple de l'obligation générale pour la puissance publique de remplir des devoirs, d'assumer certaines charges et de tenir des engagements, toutefois le contrôle du Conseil d'État qu'il soit à priori (politique) ou à posteriori (juridictionnel) sur l'action gouvernementale se réfère principalement à cette forme de responsabilité dans l'action publique.

L'application de la responsabilité au périmètre mouvant et pour le moins extensible de l'action publique ne va pas de soi. Elle conduit en effet à lier de manière plus systématique différentes dimensions de la responsabilité (politique, administrative, managériale) à l'ensemble des formes de régulation sociale et politique pratiquées par un État post-moderne, au sein duquel la règle de droit vise, non plus à encadrer les comportements, mais à atteindre certains objectifs et à produire certains effets économiques et sociaux<sup>98</sup>.

L'établissement d'une telle connexion est cependant d'autant plus utile que l'action publique comme cadre d'interprétation susceptible d'englober aussi bien la décision publique, sa rationalité et le rôle de l'État, est elle-même le résultat de configurations changeantes.<sup>99</sup> Il s'agit en particulier de la complexification des enjeux, symbolisée par le passage d'un acteur-décideur unique (l'État) à un réseau hétérogène et interactif de participants, lequel est caractéristique de l'idée de gouvernance<sup>100</sup>.

En fait, à travers la réflexion sur ce qu'est l'action publique, il s'agit de renoncer à la vision d'un volontarisme politique tout-puissant « pour s'attarder plutôt sur la question de la mise en œuvre de ce que les pouvoirs publics affirment être leur volonté, et ainsi à s'attacher à ce que les acteurs font et non plus à ce qu'ils disent qu'ils font »<sup>101</sup>.

Plus largement, il faut donc s'interroger sur la manière de penser aujourd'hui la responsabilité dans un contexte singulier qui voit s'estomper la frontière entre responsabilité politique et responsabilité administrative, de même que celle entre le public et le privé, et qui conduit à une certaine

---

<sup>98</sup> : Jacques Chevallier, « *L'État post-moderne* », 4<sup>e</sup> édition, LGDJ-Lextenso, Paris, 2017.

<sup>99</sup> : Nicolas Kada et Mathieu Martial, « *Dictionnaire d'administration publique* », Presses universitaires de Grenoble, Collection : « Action publique », 2014, P.23-24.

<sup>100</sup> : Pierre Rosanvallon, « *Le bon gouvernement* », Le Seuil, Paris, 2015.

<sup>101</sup> : Pierre Lascoumes, Patrick Le Galès, « *Sociologie de l'action publique* ». (2<sup>e</sup> édition), Armand & Colin, Paris, 2012, p.128.

déshérence de la mise en œuvre de la responsabilité politique<sup>102</sup>. Ce changement de perspective induit par l'analyse en termes d'action publique est d'autant plus nécessaire que le caractère changeant de la définition de ce que pourrait être une action publique responsable s'accompagne de la difficulté de forger des outils conceptuels permettant de saisir les recompositions de l'État en tant que référent traditionnel de l'exercice de gouvernement<sup>103</sup>.

Les enjeux de régulation publique qui, jusque dans les années 1980 en France, ont pu être pensés en fonction de découpages sectoriels sont devenus de plus en plus transversaux et hétérogènes dans leurs composantes et leurs implications. Ainsi que le relèvent Pierre Lascoume et Patrick Le Galès, rares sont les dossiers qui ne mêlent pas des dimensions économiques, techniques, environnementales, sanitaires, *etc.* Par ailleurs, les acteurs et les espaces par et dans lesquels s'invente et se pratique l'action publique se sont multipliés. L'État et son administration pyramidale ne sont plus les seuls organisateurs de l'intervention régulatrice.

L'intérêt de l'extension – du seul champ de l'administration à celui de l'action publique – du concept de responsabilité réside donc dans le fait qu'il est de plus en plus difficile de croire que les politiques publiques seraient essentiellement déterminées par de robustes institutions poursuivant leur propre logique, et par des élites œuvrant au nom de l'intérêt général. Il apparaît plutôt que l'action publique est surtout menée dans le cadre de systèmes sociaux plus ou moins autonomes qui définissent dans l'action leurs propres règles<sup>104</sup>, ce qui n'est pas sans entraîner des transformations en ce qui concerne l'objet sur lequel l'engagement de la responsabilité peut porter, ainsi que les acteurs pouvant être tenus pour responsables, ou les formes de responsabilisation pratiquées. Celui peut alors conduire à redéfinir les rapports entre fonctionnaires et élus politiques, notamment dans un processus conjoint de création de la valeur publique<sup>105</sup>.

Si l'action publique représente donc l'ensemble des processus sociaux à travers lesquels sont traités des problèmes considérés comme relevant de la compétence d'autorités publiques et dont le règlement conditionne pour une part la légitimité et la responsabilité, il importe d'essayer de comprendre la

---

<sup>102</sup> : Patrice Duran, *Op.cit.*, P.601.

<sup>103</sup> : Nicolas Kada et Mathieu Martial, *Op.cit.*, p.24.

<sup>104</sup> : Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès, *Op.cit.*, p.103.

<sup>105</sup> : Mark Moore, « *Creating Public Value. Strategic Management in Government* », Harvard University Press, 1995.



nature de la relation existant entre action publique et responsabilité, prise dans un sens pluriel, qui vise à montrer l'apport du concept d'action publique responsable au-delà de son abord apparemment tautologique, ainsi que les potentialités de cette problématique émergente, laquelle s'avère porteuse d'enjeux majeurs.<sup>106</sup> Dans une première partie, nous nous emploierons à montrer en quoi consiste le changement de paradigme que représente le passage du principe de responsabilité administrative à celui de responsabilité publique ; pour ce faire, nous nous référerons à la logique générale des conséquences, notamment du fait des transformations d'échelles qui affectent l'action publique. La deuxième partie explorera deux dimensions distinctes de la responsabilité des organisations publiques, que sont le volet managérial et le volet sociétal de leurs interventions.

### **A. Responsabilité et action publique : un changement de paradigme**

Comme le remarquait déjà Paul Ricœur il y a une vingtaine d'années (Ricœur, 1994, 29-30), l'utilisation du concept de responsabilité connaît une évolution marquée par des emplois diffus<sup>107</sup>. Si la référence à l'obligation de réparer un dommage, telle qu'elle est entendue dans son usage juridique classique n'a pas disparu, la responsabilité signifie également de plus en plus l'obligation de remplir certains devoirs, d'assumer certaines charges, de tenir certains engagements. Elle est devenue « une obligation de faire qui excède le cadre de la réparation et de la punition ». Avec des auteurs comme Hans Jonas et, dans une large mesure, Emmanuel Levinas, cette conception de la responsabilité serait même devenue un principe. Plus qu'une modification du niveau de signification, Paul Ricœur y voit une extension du champ d'application de la responsabilité, son approche d'un point de vue juridique subissant la rivalité d'autres concepts comme ceux de dangerosité, de risque ou de solidarité.

Mise en rapport avec les transformations de l'action publique, cette évolution n'est pas sans conséquences, notamment en ce qui concerne la responsabilité de l'appareil administratif en tant que bras armé de l'État. Ainsi que le relève Grégoire Bigot, la responsabilité de l'administration embrasse à la fois une question politique et une question constitutionnelle : « C'est précisément parce qu'aucun système efficace de responsabilité politique et constitutionnelle de

---

<sup>106</sup> : Patrice Duran, « L'action publique, un procès sans sujet », in Pouchet A., *Sociologies du travail : quarante ans après*, Paris, Elsevier, 2001.

<sup>107</sup> : Paul Ricœur, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, novembre 1994, pp.29-48.

l'administration n'a pu être organisé depuis 1789 que les juridictions se sont saisies – ou du moins ont tenté de se saisir – de la question »<sup>108</sup>.

Au plan juridique, la responsabilité pour faute constituait à l'origine un fondement de la responsabilité de la puissance publique. La faute est une situation de manquement au regard d'une obligation prédéfinie, ce qui suppose que la démonstration de la faute de l'administration soit faite par la victime du préjudice<sup>109</sup>. C'est avec l'arrêt *Cames* du 21 juin 1895<sup>110</sup> qu'est progressivement apparue la notion de responsabilité sans faute. Celle-ci est fondée sur le principe de ne pas faire supporter à un administré une charge

---

<sup>108</sup> : Grégoire Bigot, « La responsabilité de l'administration en France », *Jus Politicum*, n° 8, septembre 2012, [<http://juspoliticum.com/article/La-responsabilite-de-l-administration-en-France-551.html>].

<sup>109</sup> : Dans une décision en date du 3 octobre 2018, le Conseil d'État a ainsi jugé que la responsabilité pour faute de l'État devait être engagée à raison des conditions de vie indignes réservées à un fils de harki né et ayant vécu dans des camps dits de transit et de reclassement de 1963 à 1975.

<sup>110</sup> : CE. Section, 21 juin 1895, *Cames*, requête numéro 82490, Rec.Lebon, p. 509 : Par l'arrêt *Cames*, le Conseil d'État admit pour la première fois la possibilité d'une responsabilité sans faute, sur le seul fondement du risque.

M. Cames, ouvrier à l'arsenal de Tarbes, fut blessé par un éclat de métal projeté sous le choc d'un marteau-pilon, provoquant l'atrophie complète de sa main gauche et le mettant dans l'impossibilité de continuer à travailler. Le ministre de la guerre lui alloua une indemnité qu'il jugea insuffisante, et il demanda au Conseil d'État une indemnité plus élevée. En l'espèce, il n'avait pas commis de faute, mais aucune faute ne pouvait non plus être reprochée à son employeur, c'est-à-dire l'État. S'appuyant sur la spécificité du droit administratif de la responsabilité, affirmée par l'arrêt *Blanco* (T.C. 8 février 1873, 1er suppl. p. 61), le commissaire du gouvernement Romieu proposa de reconnaître la responsabilité de l'État, en considérant qu'il devait garantir ses ouvriers contre le risque résultant des travaux qu'il leur fait exécuter dans le cadre du service public. En adoptant cette analyse, le Conseil d'État reconnaissait l'existence d'une responsabilité pour risque, que les tribunaux judiciaires n'avaient pas encore admise. Le législateur le suivit peu après dans cette voie, en adoptant la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, aujourd'hui remplacée par des dispositions du code de la sécurité sociale, qui étendait le bénéfice de ce système à tous les ouvriers.

La jurisprudence *Cames* ne trouve plus guère à s'appliquer aujourd'hui aux agents permanents du service public. En effet, des régimes législatifs de pension sont venus dans la plupart des cas organiser les conditions de l'indemnisation en cas d'accident. En particulier, les fonctionnaires et militaires bénéficient des dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite et du code des pensions militaires d'invalidité ; les fonctionnaires perçoivent ainsi une rente viagère d'invalidité en cas d'incapacité permanente résultant de blessures ou de maladies contractées ou aggravées au service. Les autres agents permanents des personnes publiques, quant à eux, relèvent du régime des accidents du travail. Le bénéfice d'un régime légal exclut l'indemnisation sur tout autre fondement, et notamment en vertu de la théorie jurisprudentielle de la responsabilité pour risque. Il n'existe d'exception à ce principe que si la loi le prévoit, comme pour les appelés du contingent, ou si l'agent a subi des dommages non couverts par la législation sur les pensions ou les accidents du travail, résultant d'un risque exceptionnel (Section 19 octobre 1962, *P...*, n°52805, p. 555, à la suite de l'internement et du pillage des biens du consul de France à Séoul lors de la guerre de Corée).

En revanche, la jurisprudence sur la responsabilité pour risque s'applique aux agents occasionnels de l'administration, qu'ils soient requis, sollicités ou spontanés, puisque ceux-ci ne sont protégés par aucun régime légal (Ass. 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, p. 279). Le juge applique les mêmes règles à la responsabilité des collectivités territoriales pour les accidents subis par les élus locaux dans leurs fonctions, dont seul le principe est prévu par la loi.

La théorie de la responsabilité pour risque a connu des prolongements importants et trouve désormais essentiellement à s'appliquer dans les cas où des activités de l'administration créent un risque spécial, du fait du recours à des engins, des produits ou des méthodes dangereuses (voir 28 mars 1919, *Regnault-Desrozières*, p. 329), ainsi que dans les cas où des tiers sont victimes d'accidents de travaux publics (Section 7 novembre 1952, *G...*, n°75626, p. 503). Elle fonde l'un des pans de la responsabilité sans faute de l'administration, responsabilité qui trouve sa justification dans la notion de rupture de l'égalité devant les charges publiques.

anormale. La responsabilité sans faute repose ainsi sur la prise en compte des risques que comporte la mise en œuvre de l'action publique, et sur l'idée que l'administration peut provoquer des dommages aux administrés sans avoir commis de faute, et peut donc être tenue pour responsable même si l'action est conforme à la poursuite de l'intérêt général. Cette conception de la responsabilité s'appuie sur la théorie fondatrice de la personnalité morale de l'État élaborée par Léon Michoud, laquelle permet de justifier en droit le critère politique de puissance publique et fait de l'État le titulaire, comme sujet de droit public, d'un droit subjectif de puissance publique<sup>111</sup> .

L'arrêt dit *Ville nouvelle Est* du 28 mai 1971 représente une autre étape essentielle de l'évolution de l'idée de responsabilité de l'action conduite par les pouvoirs publics. Avec cet arrêt, le Conseil d'État a approfondi son contrôle de l'utilité publique d'une opération pouvant donner lieu à expropriation en développant la théorie du bilan. Ce faisant, la plus haute juridiction administrative considère qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte, ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente<sup>112</sup> . Ainsi, l'arrêt invite à aborder

---

<sup>111</sup> : Grégoire Bigot, Op.cit., p 15.

<sup>112</sup> : CE 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est", Rec. Lebon p. 409

Par l'arrêt dit "*Ville nouvelle Est*", le Conseil d'État a approfondi son contrôle de l'utilité publique d'une opération, en développant la théorie du bilan.

En 1966, le gouvernement décida de créer, à l'est de Lille, un ensemble urbain nouveau comportant un complexe universitaire destiné à accueillir plus de trente mille étudiants et une ville nouvelle de vingt à vingt-cinq mille habitants. Le projet, affectant cinq cents hectares et s'élevant par son coût à un milliard de francs, devait entraîner l'expropriation et la démolition d'une centaine de maisons d'habitations. L'opération ayant été déclarée d'utilité publique par arrêté du 3 avril 1968, une association déféra cet acte à la censure du juge, en soutenant que la destruction d'une centaine de logements constituait un prix trop élevé pour la réalisation du projet, qui de ce fait n'avait pas d'utilité publique.

Traditionnellement, le juge administratif vérifiait si l'opération présentait en elle-même une utilité publique, *in abstracto* , sans tenir compte de l'implantation du projet ni s'attacher à ses inconvénients. Cette jurisprudence avait conduit à un affaiblissement du contrôle du juge, dès lors que celui-ci admettait l'utilité publique de toute opération présentant un caractère d'intérêt général, alors pourtant que les opérations d'urbanisme s'accompagnant d'expropriation gagnaient en ampleur.

C'est pourquoi, par l'arrêt dit "*Ville nouvelle Est*" , le Conseil d'État a considéré qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente. Par ce raisonnement, il met désormais en balance les avantages du projet avec ses inconvénients, qu'il s'agisse de son coût, de ses répercussions sur l'environnement ou de ses conséquences sur la propriété privée ; entre également en ligne de compte l'atteinte à d'autres intérêts publics (Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, p. 657). En l'espèce, l'Assemblée du contentieux a jugé que, compte tenu du parti d'aménagement consistant à ne pas séparer les bâtiments universitaires des secteurs réservés à l'habitation et de l'importance de l'ensemble du projet, la circonstance qu'il soit nécessaire de détruire une centaine de maisons n'était pas de nature à retirer à l'opération son caractère d'utilité publique.

Dans ce contrôle du bilan, le juge tient compte de l'implantation de l'ouvrage en cause : c'est en fonction de sa

la question de la responsabilité politique de l'État au travers des conséquences de l'intervention publique, en posant la question de savoir si celles-ci apportent vraiment une solution au problème que cette intervention entend traiter au nom de l'intérêt général, ou si, au contraire, les conséquences négatives ne contribuent pas au même problème<sup>113</sup>

## 1- La logique de « problèmes » et la révolution des conséquences :

D'un point de vue philosophique, la responsabilité pose la question des conditions de l'imputabilité des actes ou omissions des personnes qui, du fait de leur rôle social et des fonctions qu'elles exercent, sont supposées se conformer aux devoirs et obligations liées à leur statut, et ce à la fois par rapport au bien-être des autres personnes et dans l'exécution des tâches dont elles ont la charge. L'obligation d'agir de manière responsable impliquerait par conséquent d'agir de manière à la fois raisonnable et prudente<sup>114</sup>. Plus concrètement, être responsable, c'est répondre de ce qui vous est imputable : outre l'acte d'imputation qui conduit à la rétribution en tant qu'obligation de réparation ou de subir une peine, faisant suite au manquement à une obligation ou à une obligation de faire, l'imputabilité consiste à faire remonter « l'attribution de l'action à son auteur »<sup>115</sup> (Ricœur, 1994, 30).

---

localisation que le juge apprécie le coût de l'opération et l'importance des atteintes à la propriété privée, des inconvénients d'ordre social et de l'atteinte à d'autres intérêts publics. En revanche, il ne contrôle pas le choix opéré par l'administration entre deux localisations ou deux tracés qui sont chacun d'intérêt public : il s'agit là d'une question d'opportunité, et entre plusieurs options l'administration n'est pas tenue de choisir la meilleure localisation possible, comme l'a rappelé encore récemment le Conseil d'État (Ass. 28 mars 1997, *Fédération des comités de défense contre le tracé est de l'autoroute A 28*, p. 123).

Cette jurisprudence a débouché sur un nombre relativement limité d'annulations, parce qu'elle joue également un rôle préventif à l'égard de l'administration, aidée par la section des travaux publics du Conseil d'État lorsqu'elle est consultée sur les projets de déclarations d'utilité publique prononcées par décret. Toutefois, il peut arriver que des opérations importantes fassent l'objet d'une annulation, comme ce fut le cas pour les travaux de construction de l'autoroute A 400, qui devait relier, sur une distance de 35 kilomètres, l'autoroute A 40, au sud d'Annemasse, à Thonon-les-Bains, et dont le coût financier, de plus de 2,6 milliards de francs, a été considéré comme excédant l'intérêt de l'opération au regard du trafic attendu, compte tenu de l'abandon du projet de prolongement de la liaison jusqu'à la frontière suisse (Ass. 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres*, p. 120).

<sup>113</sup> : Les cas d'invalidation pour cause de bilan négatif sont rares, et rarissimes lorsqu'il s'agit de l'État (pour un exemple cf. Conseil d'État, assemblée, du 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne* n° 170856 et n° 170857, publié au recueil Lebon). Les cas d'invalidation concernent essentiellement les collectivités locales : une opération peut être considérée comme ne se justifiant pas compte tenu des besoins de la population ou parce que les ressources financières ne sont pas suffisantes au regard de son coût.

<sup>114</sup> : Marc Neuberger, « *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* », chapitre : « Responsabilité », Monique Canto-Sperber (éd.), PUF, Paris, , 1679-1687, 2004.

<sup>115</sup> : Paul Ricœur, Op.cit., p. 30.

Le problème, comme le relève Patrice Duran, c'est qu'on ne peut analyser l'action des gouvernants uniquement sur la base de leurs intentions – lesquelles correspondent à une responsabilité morale – et il convient de prendre en compte la réalité de ce qu'il advient de celles-ci, ce qui serait l'empreinte d'une véritable responsabilité politique. Il en ressort que ce qui fait la responsabilité serait « moins à chercher dans un *a priori* des valeurs que dans un *a posteriori* des conséquences »<sup>116</sup>. Outre les réalisations elles-mêmes, les effets indirects et secondaires des actions engagées (incluant les externalités négatives) sur les individus ou les groupes, ainsi que sur d'autres activités et sur l'environnement, voire les conséquences d'une absence d'action ou d'une absence de décision entrent également en ligne de compte dans cette approche plus globale de la responsabilité.

Dès lors que toute action procède d'un choix qui lui-même découle généralement de la perception et de la résolution d'un problème, l'approche en termes d'action publique induit un déplacement de focus : la catégorie centrale d'analyse des conséquences est alors davantage celle des résultats (*outcomes*) que des réalisations (*outputs*). En rapportant la production d'actions publiques à ses conséquences telles qu'elles peuvent être mises à jour dans un espace social déterminé, l'analyse des politiques publiques, qui s'est beaucoup développée au cours des dernières années, introduit des modifications considérables dans la gestion des affaires publiques comme dans les justifications sur lesquelles celle-ci doit construire sa légitimité<sup>117</sup>.

La conception traditionnelle de la responsabilité dans la conduite des affaires publiques doit beaucoup à l'idée de confrontation duelle entre l'État et ses assujettis. Le changement de paradigme induit par l'accent mis sur les conséquences consiste à passer d'une notion de service public conçu comme fourniture de services selon une logique de production, à une logique de problèmes, par nature collectifs et contextualisés, auxquels les politiques publiques sont censées apporter des solutions. Ce changement concerne aussi bien les termes des problèmes posés, le niveau d'analyse utilisé (les politiques publiques), que la manière d'appréhender et de traiter les problèmes (données statistiques et/ou intégration croissante des sciences sociales).

De fait, si la responsabilité est une dimension constitutive de l'action publique, c'est bien à travers le lien existant entre, d'une part, les problèmes considérés comme relevant de la compétence d'autorités publiques et, d'autre part, leur

---

<sup>116</sup> : Patrice Duran, Op.cit., p. 595.

<sup>117</sup> : Patrice Duran, « L'évaluation des politiques publiques : les sciences sociales comme sciences de gouvernement », *Idée économiques et sociales*, n° 193, septembre 2018, pp.6-27.

règlement, ce dernier conditionnant sa légitimité. L'attention portée aux conséquences modifie fondamentalement l'approche, car l'idée d'action publique responsable part d'un effet de connaissance qui conduit à tenir compte de l'ensemble des effets susceptibles d'être produits<sup>118</sup>. Par ailleurs, au travers de la place qu'occupe aujourd'hui l'évaluation des politiques publiques, l'action publique détermine une responsabilité empirique et non uniquement normative<sup>119</sup>. Cela conduit aussi à repositionner le rôle du politique, considéré comme essentiel pour relever le défi de l'action publique responsable, notamment dans sa relation complémentaire et coordonnée avec l'administration pour la création de la valeur publique<sup>120</sup>. À ce sujet, Moore met l'accent sur trois préoccupations qui doivent animer les élus et les dirigeants publics : la définition de la valeur publique (pour clarifier les finalités des services tout autant que leurs processus de production et de relation aux usagers), le besoin de légitimation (basée sur l'autorité publique et les autres parties prenantes,) et les capacités opérationnelles de réalisation des biens et services publics. La responsabilité qui en découle se trouve ainsi portée par un ensemble de parties prenantes, au sein duquel l'articulation entre les politiques et les représentants de l'administration joue un rôle important<sup>121</sup>.

## **2- Un changement d'échelles temporelles et spatiales :**

Appliquée à l'ensemble des dimensions de l'action publique, l'application du concept de responsabilité se trouve confrontée à une pluralité de parties prenantes et de finalités partiellement concurrentes, ainsi qu'à la prise en compte des effets de l'action publique à plus ou moins long terme. Cela concerne l'environnement pris au sens large (qui n'est plus seulement constitué d'individus en général, mais des individus situés dans le contexte de la nature), mais aussi la responsabilité vis-à-vis des générations futures (c'est-à-dire non pas seulement les individus ou les groupes vivants, mais aussi ceux à venir).

Avec ce que certains observateurs qualifient de « mutation des temporalités combinée au bouleversement des espaces et territoires »<sup>122</sup>, l'action publique connaît en effet un double mouvement qui modifie la portée de sa

---

<sup>118</sup> : Patrice Duran, Op.cit.

<sup>119</sup> : Patrice Duran, Op.cit., p.7.

<sup>120</sup> : John Benington et Mark Moore, « *Theory and Practice Public Value* », Palgrave,UK, 2011.

<sup>121</sup> : Mark Moore, « *Recognizing Public Value* », Harvard University Pres, 2013.

<sup>122</sup> : Jacques Commaille, « Jacques Chevallier, *L'État Postmoderne* », 4<sup>e</sup> édition, LGDJ-Lextenso, Paris, p.4 (préface), 2017.

responsabilité. Tout d'abord, la territorialisation de l'action publique s'est traduite par un effort de spatialisation synonyme de contextualisation ; tout problème s'enracine en effet dans un territoire, même si, on le sait, les échelles de territoires peuvent considérablement varier selon la nature des enjeux concernés<sup>123</sup>. En outre, les différents processus qui accentuent la fragmentation des organisations gouvernementales provoquent une recomposition des échelles spatiales et spatio-temporelles<sup>124</sup>.

Ces transformations expliquent l'émergence de ce que Pierre Rosanvallon qualifie dans son ouvrage « Le bon gouvernement »<sup>125</sup> de responsabilité d'engagement face à l'avenir. Si, dans le cas où on ne dispose pas de capacité à agir sur le monde, on ne peut être tenu pour responsable de ce qui advient, il est en revanche impossible – comme nous l'avons évoqué plus haut – de faire abstraction des effets à long terme de l'action publique et des nouveaux problèmes qu'ils posent. En retour, ce phénomène soulève la question de la volonté et, derrière elle, celle de l'intentionnalité des actes ou de leurs effets. On voit là apparaître une interprétation complémentaire de la conception traditionnelle de la responsabilité qui, dans le prolongement des travaux de Hans Jonas (*Le principe responsabilité*, 1991 [*Das Prinzip Verantwortung*, 1979]) et afin de prendre en compte les implications éthiques de la science et de la technologie moderne, se définirait en fonction du pouvoir accru et potentiellement destructeur de l'Être humain sur son environnement<sup>126</sup>.

Cette conception élargie de la responsabilité fait écho à l'idée de limitation de la liberté inscrite à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. » L'idée d'une responsabilité plus globale s'appuie sur la conscience d'une double limite : tout d'abord en tant que maillon parmi d'autres dans la chaîne des générations, et également en tant qu'habitants d'une même planète dont les ressources apparaissent comme finies et dont l'écosystème subit les effets désormais irréversibles des activités humaines. Tout cela induit une

---

<sup>123</sup> : Patrice Duran, Op.cit., p.12.

<sup>124</sup> : Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès, Op.cit., p.24.

<sup>125</sup> : Ed Le seuil, Paris, 2015, p.275.

<sup>126</sup> : Marc Neuberg, Op.cit., p. 1680.

responsabilité quant à la manière dont nous utilisons les ressources naturelles, de même que par rapport au climat.

Dans cette optique, la question des effets de l'action publique se pose désormais moins au plan individuel que collectif, et prend même dans certaines circonstances une dimension mondiale. Dans le même temps, le concept d'action publique responsable comporte une dimension prospective : la responsabilité n'est désormais plus uniquement tournée vers le passé (ce qui a été fait), ni seulement centrée sur la conformité de l'acte présent par rapport aux règles et politiques en vigueur, mais vers les conséquences à venir. Elle correspond de ce fait à une idée de volonté projective, dans le double sens des effets produits par une action et des effets attendus selon la perspective stratégique qui avait été définie en amont<sup>127</sup>.

### **3- Les facettes multiples de l'action publique responsable**

Les différentes facettes que peut prendre le concept d'action publique responsable sont bien illustrées par les trois exemples suivants :

#### **a) La diffusion du principe de précaution**

Dès 1992, le traité de Maastricht prévoyait – par l'évocation du principe de précaution et d'action préventive dans son titre XVI – que les exigences en matière de protection de l'environnement devaient être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté<sup>128</sup>. Sur le plan français, la Charte de l'environnement adoptée en 2004 prévoit en son article 5 que « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Le 28 février 2005, la Charte de l'environnement a été incorporée au bloc de constitutionnalité. L'idée de responsabilité entraînée par la survenance d'un risque collectif ainsi énoncée est sensiblement différente de celle présente dans la responsabilité administrative (qui reste classiquement un risque individuel) : la réflexion moderne sur l'action publique pose ainsi clairement la question du rapport au

---

<sup>127</sup> : En ce sens, elle dépasse la simple prise en compte *ex ante* des effets d'une politique publique (études d'impact) ou de l'absence d'action de la puissance publique, et n'est pas seulement une correction *a posteriori* des dommages survenus à l'issue d'une intervention.

<sup>128</sup> : Article 130 R, Traité sur l'Union européenne.



collectif qui est en fait celui de la communauté politique de référence et de son assise territoriale<sup>129</sup>.

Le Grenelle de l'environnement, tant dans la démarche engagée que dans le contenu, a de la sorte représenté une approche en rupture avec la conception traditionnelle de la responsabilité. L'implication de parties prenantes multiples (représentants de l'État, des collectivités territoriales, des ONG, des entreprises, des partenaires sociaux...) pour se saisir de questions relatives aux risques et implications des actions présentes à l'égard des générations futures, ainsi que les traductions juridiques et réglementaires qui en ont découlé, ont matérialisé ce changement d'échelle aux plans temporel et spatial.

### **b) Les obligations relatives à la lutte contre le changement climatique**

La définition d'obligations relatives à la lutte contre le changement climatique constitue une autre illustration de ce changement d'échelle. Dans le préambule à l'Accord de Paris approuvé le 12 décembre 2015 à l'issue de la Conférence sur le climat (COP 21), les parties signataires déclarent que, soucieuses d'atteindre l'objectif de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, leur volonté d'apporter une riposte efficace et progressive à la menace pressante des changements climatiques en se fondant sur les meilleures connaissances scientifiques disponibles, se trouve guidée par le principe « de l'équité et des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux différentes situations nationales ». Conscientes que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière, elles insèrent leur volonté d'agir dans le cadre de leur souci de respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives par rapport à un certain nombre de grands principes, notamment « l'équité entre les générations »<sup>130</sup>.

Les engagements pris par les États signataires de l'Accord de Paris ne sont pas exempts de conséquences. Certaines organisations de protection de l'environnement choisissent la voie de la judiciarisation pour lutter contre les manquements aux obligations climatiques. Aux Pays-Bas, à l'été 2015, une ONG et 900 citoyens hollandais sont en effet parvenus à faire condamner l'État néerlandais et surtout, à le contraindre officiellement à réduire de 25 % les

---

<sup>129</sup> : Patrice Duran, Op.cit. : « La responsabilité administrative au prisme de l'action publique », *Revue française d'administration publique*, n° 147, 2013, p. 598.

<sup>130</sup> : Préambule à l'Accord de Paris, p. 1 et 2, [https://unfccc.int/sites/default/files/french\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf). L'objectif principal tel qu'énoncé à l'article 2 est de « contenir le réchauffement climatique nettement en dessous de 2 ° C par rapport aux niveaux préindustriels et de poursuivre l'action menée pour limiter l'élévation des températures à 1,5 ° C ».

émissions de gaz à effet de serre dans le pays d'ici à 2020. La décision rendue par le juge néerlandais le 24 juin 2015 constitue une évolution significative, en ce qu'elle retient la responsabilité d'un État du fait de son inaction face au changement climatique, laquelle se trouve qualifiée de violation des droits de l'homme<sup>131</sup>. Plus généralement, l'éclosion d'une « responsabilité climatique », souhaitée par les environnementalistes réinterroge les conceptions traditionnelles de la redevabilité, puisque dans cette logique, la responsabilité des États pourrait ainsi être engagée toutes les fois où ils n'auront pas fait assez d'efforts pour atteindre les objectifs de réduction du réchauffement climatique.

### **c) La soutenabilité de la dette**

Outre la protection de l'environnement et la préservation des populations contre des risques avérés ou potentiels, une autre conception intergénérationnelle de la responsabilité prend forme. Elle porte sur les conséquences économiques et financières que fait peser le poids de la dette contractée par rapport aux générations montantes ou à venir. Dans le cadre de l'Union économique et monétaire, le traité de Maastricht limite la dette publique des États membres à 60 % du PIB<sup>132</sup>. Outre l'objectif de cohésion propre à l'espace de solidarité qu'est la zone Euro, et donc d'une responsabilité de chaque État par rapport aux autres ainsi que pour la stabilité de la monnaie commune, la question de la soutenabilité de la dette publique se pose également au niveau national en termes de responsabilité économique et sociale. Sont mis en cause le caractère irresponsable d'un niveau d'endettement trop élevé et le poids reporté sur les générations montantes et à venir. Aux yeux de certains économistes, « la dette publique a donc bien à voir avec les générations futures, mais d'une façon plus complexe et ambivalente que le simple legs d'un engagement futur. La responsabilité de la génération qui laisse une dette publique est engagée vis-à-vis des autres générations, par les conséquences redistributives de la dette publique et de la créance sur la collectivité »<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> : [http://www.lemonde.fr/planete/article/2015/06/25/la-justice-condamne-les-pays-bas-a-agir-contre-le-rechauffement-climatique\\_4661561\\_3244.html](http://www.lemonde.fr/planete/article/2015/06/25/la-justice-condamne-les-pays-bas-a-agir-contre-le-rechauffement-climatique_4661561_3244.html).

<sup>132</sup> : Articles 2, 4, 98 à 104 CE, introduits par le Traité de Maastricht.

<sup>133</sup> : Xavier Timbeau, « Solidarité intergénérationnelle et dette publique », *Revue de l'OFCE*, n° 116, janvier 2011, pp.191-212.

Pour Timbeau, notre responsabilité ne se limite pas à n'avoir aucun lien avec les générations futures, en leur laissant par exemple un environnement immaculé, mais consiste à intégrer le lien intergénérationnel.

#### **4- La responsabilité revisitée des organisations publiques :**

Qu'elle soit individuelle ou collective, la responsabilité est le corrélat de l'autonomie des acteurs et de leur capacité d'agir, et, de ce fait, des choix (ou parfois de l'absence de choix) qu'ils font. Pour ce qui est des organisations en charge du pilotage et de la mise en œuvre de l'action publique et qui, à ce titre, sont délégataires d'une partie de l'autorité étatique et bénéficiaires de ressources et moyens financés par les contributions publiques, leur responsabilité découle des fonctions qu'elles sont censées assurer, mais aussi de la portée de leur intervention. C'est surtout à leur niveau que se manifestent les conséquences du changement d'échelles précité.

L'existence de deux sources de la responsabilité que sont les politiques publiques d'une part, et les valeurs qui leur confèrent du sens (dont la solidarité, la sécurité à travers le principe de précaution...) d'autre part, ont produit, au travers de transformations mutuelles, deux figures de la responsabilité : l'une qui serait fonctionnelle, l'autre subjective. Dans la seconde, on passe d'une idée de la responsabilité avec une visée d'efficacité dans la recherche d'une fin définie, à une responsabilité ayant une visée avant tout morale, autrement dit, d'un désinvestissement à un réinvestissement moral du sujet<sup>134</sup>. On peut donc distinguer un volet gestionnaire ou managérial de la responsabilité des organisations publiques, et un autre qui serait d'ordre sociétal.

---

<sup>134</sup> : Éric Gagnon et Francine Saillant, « Sources et figures de la responsabilité aujourd'hui », *Éthique publique*, vol. 6, n° 1, 2004, Chapitre : « Que reste-t-il du bien commun ? ».

## **B. La dimension managériale de l'action publique responsable :**

La responsabilité des organisations publiques à l'égard de la société fait partie intégrante de leur vocation et de leur mission en tant qu'instrument de la puissance publique, ce qui signifie qu'elle pourrait être considérée comme « allant de soi ». Toutefois, les modalités de mise en œuvre de l'action publique soulèvent des questions et des options qui peuvent aller au-delà du contenu même des missions qui les fondent, voire dans certains cas les compromettre. En complément de ses dimensions institutionnelles et juridiques, la responsabilité de l'action publique peut également être comprise comme celle du pilotage de ses processus et des résultats qu'elle produit de manière plus ou moins performante. En outre, la responsabilité porte également sur l'effectivité de la mise en œuvre des politiques publiques et des décisions politiques, sachant que l'écart entre le discours et la réalisation peut s'avérer important.

Si l'on admet que les organisations, qu'elles soient publiques ou privées, nécessitent d'être gérées afin de mener à bien leur mission fondamentale et tenir compte des attentes et intérêts de leurs principales parties prenantes, il apparaît que la dimension managériale de leur responsabilité concerne également les conséquences dans le temps et dans l'espace des méthodes et modalités de gestion choisies et mises en œuvre.

C'est dans cette optique qu'il faut interpréter le fait que la responsabilité de la puissance administrative ne répond plus seulement à une fonction de réparation voire de sanction, mais qu'elle a également une vertu incitative en ce qu'elle permet justement à l'administration d'envisager de tirer les enseignements de ses dysfonctionnements pour parfaire ses méthodes dans la voie d'une bonne ou meilleure administration<sup>135</sup>. Une action publique responsable doit donc également s'intéresser aux processus de réalisation opérationnelle de l'activité publique (laquelle est consommatrice de moyens humains, financiers, matériels ou informationnels pour produire des résultats), ainsi qu'aux modalités de définition et de mise en œuvre des politiques publiques et à la prise en compte de leurs conséquences, notamment lorsque celles-ci sont sources de difficultés imprévues<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> : Hafida Belrhali-Bernard, « Les rapports publics annuels du Conseil d'État, de la Cour de Cassation et de la Cour des Comptes », in : La pédagogie au service du droit (sous la direction de : Philippe Raimbault, Maryvonne Hecquard-Théron), Presse de l'université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2010, p.438.

<sup>136</sup> : Patrice Duran, Op.cit. : « *Penser l'action publique* », 2<sup>e</sup> Édition, Paris, LGDJ.

En effet, tout comme l'entreprise marchande, les organisations publiques sont des organismes de production d'activités, avec des acteurs multiples contribuant à leur réalisation dans des systèmes sociopolitiques et organisationnels complexes. Des processus managériaux de finalisation, organisation, animation, et contrôle, y sont à l'œuvre, ce qui conduit à un fonctionnement et à la génération concomitante de dysfonctionnements plus ou moins bien anticipés et régulés<sup>137</sup>. Ces processus managériaux renvoient ainsi à une chaîne de responsabilités, en vue de produire les actions visées de la façon la plus conforme et performante possible, en tenant compte de leurs effets tant internes qu'externes.

---

<sup>137</sup> : Annie Bartoli et Cécile Blatrix, « *Management dans les organisations publiques. Défis et logiques d'action* », Dunod, Paris, 2015.

### **C. La dimension sociétale de la responsabilité des organisations publiques :**

Dans la mesure où dans la logique de recherche de la performance, la catégorie centrale d'analyse de l'action publique est celle des réalisations, alors la question de la responsabilité de gestion des services publics est supposée se rapporter d'abord aux résultats immédiats ou intermédiaires, avant la prise en compte de ses effets à long terme. Cependant, pour Pierre Rosanvallon<sup>138</sup>, cette approche très comptable de la responsabilité publique est à rapprocher du recours de plus en plus fréquent à la notion à connotation managériale de gouvernance (qui tend à remplacer celle plus politique de gouvernement). Cela témoigne aussi de la difficulté à savoir qui est vraiment responsable d'une décision, son imputabilité étant minée par l'opacité croissante des processus de décision, lesquels sont souvent caractérisés par des itérations, et par la complexification des structures gouvernementales.

Paul Ricœur rappelle à ce sujet la place qu'occupe la métaphore du compte (dans le sens de « mettre une action sur le compte de quelqu'un ») dans le jugement d'imputation, puisque le verbe latin *putare* implique le calcul (*comput*), « suggérant l'idée d'une étrange comptabilité morale des mérites et des défaillances, comme dans un livre de compte à deux entrées : recettes et dépenses, débit et crédit »<sup>139</sup>.

On peut objecter à cette conception étroite de l'imputabilité que la responsabilité dans les organisations publiques comme privées n'est pas uniquement de nature gestionnaire, c'est-à-dire liée à la réalisation d'objectifs à échéance proche ou à la manière dont sont menées les activités de l'organisation et gérés ses personnels. Outre la dimension politique, administrative et gestionnaire de l'action publique, il existe en effet une responsabilité des organisations publiques envers la société, qui fait écho au concept de responsabilité sociale des entreprises (RSE) pour les organisations du secteur marchand. Cette dimension sociétale demande elle aussi à ce que les individus ou organisations agissant sur leur environnement répondent de leurs actes, y compris quand ceux-ci, par les effets qu'ils produisent, dépassent le périmètre immédiat de leur domaine d'activité (service marchand ou public, objectif d'une politique publique donnée) et peuvent avoir des répercussions

---

<sup>138</sup> : Op.cit., p.265.

<sup>139</sup> : Paul Ricœur, Op.cit., p.31.

plus larges. Ce faisant, on passe d'une logique de responsabilité dans le sens de devoir rendre des comptes (*being accountable*) par rapport aux ressources confiées et objectifs assignés, à celle plus étendue d'une action publique qui serait en elle-même responsable car se rapportant au pouvoir d'agir directement ou indirectement sur le réel, au nom de l'intérêt général et à travers des politiques publiques et services publics.

En participant à l'énoncé et la mise en œuvre de politiques publiques, les organisations publiques engagent donc leur responsabilité tant au niveau des choix que des réalisations et des conséquences<sup>140</sup>.

Les questions soulevées précédemment font ressortir en creux les problèmes qui découlent de l'application à l'action publique du concept de responsabilité, concept pris dans cette thèse pour bien mettre l'accent sur le fait que la responsabilité est bel et bien le fer de lance sur lequel s'appuie le contrôle institutionnelle et juridictionnelle notamment celui du conseil d'État (institution et/ou juridiction objet).

Tout d'abord, outre une forme globale (et par conséquent difficilement imputable) de responsabilité collective qui concernerait essentiellement les États en tant que référents traditionnels de l'action du gouvernement et principaux acteurs de l'action publique, on note l'émergence de ce qu'un observateur avisé qualifie de « responsabilité spécifique du dirigeant ministériel », responsabilité d'ordre managérial qui n'est ni celle d'ordre politique – classiquement attribuée au ministre –, ni la responsabilité administrative de l'agent public. Cette responsabilité du cadre dirigeant est liée au bon emploi des moyens dont il a la charge, à la mise en œuvre de processus appropriés, et à l'obtention des résultats escomptés : en France, les dispositifs introduits par la loi organique relative aux lois de finances et de la rémunération modulable des directeurs d'administration centrale visent à aller dans ce sens.

Ce qui ferait ainsi son apparition serait une double identité du fonctionnaire comme acteur central de l'action publique : celle, héritée de l'époque moderne, de l'agent responsable qui doit répondre de ses actes et peut en conséquence être exposé à diverses sanctions, et celle, produit de la « postmodernité », de l'agent responsabilisé par le management participatif qui l'amène à être considéré comme membre d'une équipe, et par la déontologie qui vise à prévenir les conflits et les fautes<sup>141</sup>. Dès lors, on peut se demander

---

<sup>140</sup> : Patrice Durand, Op.cit., p.594.

<sup>141</sup> : Christian Garbar, « De la responsabilité à la responsabilisation des fonctionnaires : propos introductifs », *La semaine juridique*, Édition administrations et collectivités territoriales, n° 10-11, 9 mars 2015, pp. 18-19.

dans quelle mesure la transformation des rôles qui a lieu en lien avec la dimension managériale de la responsabilité contribue à une redéfinition du rapport traditionnel entre fonctionnaires et politiques et pose éventuellement un problème de légitimité.<sup>142</sup>

Dans la même veine, la question des conséquences, désirées ou non, qui découlent des politiques publiques et de leurs réalisations ne peut ignorer les modalités conduisant à ces mêmes réalisations. Aussi, les processus de consultation des parties prenantes, l'implication de l'encadrement dans les démarches de modernisation, les objectifs de maîtrise des dépenses de l'administration, tant dans leurs réussites que dans leurs échecs ou difficultés, la perspective stratégique visant la création d'un futur favorable, et le pilotage du changement pour y parvenir, toutes ces pratiques renvoient à l'étroite imbrication des dimensions internes (managériales) et externes (sociétales) de la responsabilité de l'action publique.

L'action publique pouvant à la fois être comprise comme un vaste espace de négociation et de relations de pouvoir entre une multitude d'acteurs privés et publics, et comme un commandement visant à résoudre des problèmes au nom du bien commun<sup>143</sup>, la pluralité des parties prenantes de l'action publique et la complexité des interactions entre elles rendent particulièrement difficiles l'imputabilité et la reddition de compte, de même que les éventuelles sanctions.

De fait, élément structurant majeur de la relation entre gouverné et gouvernant, le principe de responsabilité ne peut être compris qu'en étant resitué dans le cadre d'une économie générale de la puissance et de la vulnérabilité constitutive de la démocratie<sup>144</sup>. Dans l'optique du passage éventuel d'une démocratie de représentation à une démocratie d'interaction ou d'appropriation (Rosanvallon, 2005), le concept d'action publique responsable n'en prend que plus d'importance car il soulève *in fine* la question du bien commun et de sa définition. C'est encore plus le cas dans des circonstances où, en voulant trouver des solutions à un problème donné, à un moment donné, et pour une catégorie de publics donnée, on crée d'autres problèmes. À cela s'ajoute le fait que la logique des conséquences met fin à l'égalité des usagers et produit une

---

<sup>142</sup> : Analysant les politiques de modernisation de l'administration, Mathilde Collin identifie trois types de responsabilisation : par la contractualisation, par l'autonomie administrative et la participation des agents, et par la performance et l'évaluation.

Mathilde Collin, « Politiques de modernisation et responsabilisation », *La semaine juridique*, Édition administrations et collectivités territoriales, n° 10-11, 9 mars 2015, pp.38-42.

<sup>143</sup> : Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès, Op.cit., p.25.

<sup>144</sup> : Pierre Rosanvallon, Op.cit., p.253.



particularisation des publics<sup>145</sup>, ce qui renforce les incertitudes et indéterminations qui se posent dans la définition du bien commun. À la difficulté récurrente que rencontre l'imputabilité dans un contexte marqué par une grande pluralité et hétérogénéité de parties prenantes de l'action publique (*too many hands*)<sup>146</sup>, s'ajoute la difficulté de la diversité des expressions sociales à prendre en compte dans la conduite des politiques publiques (*too many voices*)<sup>147</sup>.

Dans un cadre d'élargissement spatio-temporel de la responsabilité, en multipliant considérablement les intérêts en présence et en renforçant les incertitudes, la question du choix inhérent à la décision d'agir ou non, au nom de la collectivité et avec ses moyens, devient donc encore plus problématique. Le double souci d'une interdépendance potentiellement positive entre les générations et de responsabilités réciproques peut en effet se heurter à l'absence d'homogénéité et à des écarts sociaux concernant les populations en question, y compris entre groupes d'âge. Ce choix devient particulièrement délicat quand certaines décisions publiques portant sur des questions sociales, économiques ou politiques comportent des enjeux distributifs, redistributifs ou de régulation.

Tout cela nous renvoie paradoxalement à la nature politique de la responsabilité de toute action collective. En effet, si la raison d'être de l'action publique intègre la création d'un ordre social et politique par la régulation des tensions et l'intégration des individus et des groupes au sein d'une société, se pose alors la question des arbitrages entre les priorités de ces différents groupes et de la définition de l'intérêt général. Face à la pluralité des représentations légitimes concernant ce qu'est ou devrait être l'intérêt général, de même qu'au dépassement du cadre de l'État-nation qui le définissait historiquement, son interprétation n'est plus univoque et ne peut plus seulement être portée du point de vue de la seule administration, comme cela a pu être le fait par le passé. Cela engendre une difficulté particulière pour définir la portée exacte de la responsabilité et par conséquent pour définir des mécanismes d'imputabilité et de mise en cause<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> : Patrice Durand, Op.cit., p.597.

<sup>146</sup> : D'où la question posée par Alexandre Siné dans : « Responsabilité politique : de la fin du modèle weberien aux nouvelles figures de légitimation de l'action publique », Op.cit., p. 49. de savoir si, compte tenu du fait que l'autorité politique n'a pas le monopole du pouvoir et que le pouvoir est diffus, on peut accepter que la responsabilité politique soit elle-même diffuse.

<sup>147</sup> : Pierre Rosanvallon, Op.cit., p.272.

<sup>148</sup> : Nicolas Kada et Mathieu Martial, Op.cit., p. 23.

Par ailleurs, si la question de la coordination de l'action n'a jamais été aussi délicate et obsédante du fait de sa complexité, le règlement de problèmes collectif par des mesures prises au nom du bien commun et en mobilisant des ressources publiques n'a, lui aussi, jamais autant posé le problème de la définition de la responsabilité : à savoir, comment identifier qui est responsable (individuellement et collectivement), de quel choix (à supposer qu'une décision puisse être isolée d'autres dont elle dépend), devant qui (et quel lien avec l'espace de représentation politique) et avec quelle possibilité de sanction.

Parce qu'elle combine les dimensions juridique, politique, éthique et managériale de ladite action, ce que pourrait – ou devrait – être une action publique responsable soulève, on le voit, de nombreux défis. Le plus important est certainement la nécessaire articulation des différentes sphères de responsabilisation (*corporate, hierarchical, collective and individual accountability*) identifiées par Mark Bovens<sup>149</sup> (1998), qui pose la question de la gouvernance de l'action publique, notamment en termes d'architecture organisationnelle et de modes de régulation.

En cela, ces défis nous invitent à nous interroger sur ce qu'est le sens d'une action publique responsable. Pour reprendre des catégories d'analyses utilisées par Aristote, il apparaît que le travail administratif, comme celui de gestion, qui permettent aux différentes mesures constitutives de l'action publique de voir le jour et d'être mises en œuvre, relèvent de la *poièsis*<sup>150</sup> du fait de leur caractère instrumental, car elles débouchent sur une création nouvelle. En revanche, l'action publique qui en est le résultat est, en soit, un exercice du politique (*politikè*). Celui-ci se manifeste en effet dès que des personnes se rassemblent pour parler d'une situation commune et décider d'agir ensemble afin de changer cette situation, donc de se mobiliser pour mener une action collective<sup>151</sup>. Loin d'être marginalisée par la dimension managériale de

---

<sup>149</sup> : Mark Bovens, « *The Quest for Responsibility: Accountability and Citizenship in Complex Organisations* », Cambridge University Press, 1998.

<sup>150</sup> : Action de faire en fonction d'un savoir, est la production d'un objet artificiel, posé en dehors de moi: une oeuvre. L'acte est production, technique comme savoir-faire qui s'abolit dans le produit (une fois l'objet produit l'action cesse). En ce sens l'action est dévalorisée par rapport au but, elle vaut moins que l'objet produit. Elle est laissée par les anciens aux esclaves. Elle est aliénation à et en vue d'un produit.

<sup>151</sup> : Dans « *Qu'est-ce que la politique ?* », Hannah Arendt (éd Le Seuil, Paris, 2014) souligne à juste titre que « du pouvoir surgit partout où les hommes agissent ensemble, et l'agir-ensemble des hommes se produit essentiellement dans l'espace politique ». L'essence de la politique se trouve dans la pluralité et dans la manière dont les êtres humains la gèrent, notamment en ce qui concerne l'action collective. Arendt rappelle par ailleurs qu'en grec, les mots *arkhein* et *pratein* désignaient les deux moments de l'action : son commencement et son aboutissement ; le premier, en référence au « guide » qui initie l'action, ayant également pris le sens de commandement. Dans la pratique, ces deux fonctions distinctes (commandement et exécution) sont étroitement mêlées.

la production d'activités, la question politique est au centre l'action publique responsable et les enjeux qui en découlent ne sauraient être ignorés, dont une forme très prononcée de contrôle de l'action gouvernementale qui s'assimile à l'action publique responsable notamment celui (le contrôle nldr) pratiqué par le Conseil d'État en tant que conseiller du dit gouvernement ou en tant que plus haute juridiction de l'ordre administratif.

## **Section 02 : *Les actes de gouvernement et leur immunité.***

Les actes de gouvernement sont des actes qui échappent à l'emprise du principe de légalité, dans la mesure où ils jouissent de l'immunité juridictionnelle totale. Ils ne sont pas contrôlés par le Conseil Constitutionnel, car celui-ci ne dispose en principe que d'une compétence d'attribution, or la Constitution, qui ne les mentionne même pas, ne lui confie nullement leur examen. Ceci dit ils ne sont pas non plus contrôlés par le Conseil d'État, qui s'estime incompétent pour apprécier la légalité d'actes qu'il ne considère pas comme des actes administratifs, bien qu'ils émanent d'autorités administratives.<sup>152</sup>

### **A. La genèse des actes de gouvernement :**

L'existence d'actes du pouvoir exécutif échappant au recours pour excès de pouvoir, à l'exception d'illégalité et à la recherche de la responsabilité pécuniaire de l'État en raison de leurs conséquences dommageables, n'a pas été constatée dès l'apparition de la juridiction administrative.

Certes, sous la Révolution, en toute hypothèse, la matière des actes de Gouvernement était inconnue : la règle de la séparation des pouvoirs protégeait l'administration du seul contrôle juridictionnel existant, celui du juge judiciaire. Lorsque fut créé, en l'An VIII, puis en 1806, un véritable contentieux administratif, le système de la justice retenue fit porter devant l'Empereur, statuant en Conseil d'État, les différents recours : l'autorité gouvernementale, appelée à apprécier elle-même les procès dirigés contre elle demeurait maîtresse de la limite de la censure qu'elle acceptait.

En réalité, la notion d'acte de Gouvernement commença à apparaître sous la Restauration et la Monarchie de Juillet.

Le Conseil d'État, au retour des Bourbons, attaqué par les libéraux parce que de création impériale et par les ultras, en tant que conservateur des biens nationaux, dû, malgré le maintien du système de la justice retenue, adopter une attitude de prudence. Il restreignit volontairement la portée de son contrôle. En abandonnant une partie de sa compétence aux tribunaux judiciaires et en affirmant l'irrecevabilité devant lui, des actions dirigées contre des actes pris dans

---

<sup>152</sup> : Gilles Lebreton, Op.cit., p.99

les domaines où l'activité gouvernementale pouvait s'avérer particulièrement soucieuse de son indépendance.

C'est donc essentiellement une raison profonde d'opportunisme qui a donné naissance à ce domaine réservé.

La situation particulièrement délicate du Conseil d'État, sous l'empire de la justice retenue et en des périodes où l'idée de légalité était loin d'avoir l'audience de tous les milieux politiques et même juridiques, conduisit la Haute assemblée à donner la plus extrême souplesse à son attitude : chaque fois qu'un acte de l'exécutif paraissait sous-entendu par une raison politique, il était qualifié « acte de haute police administrative » ou « acte politique » ou « acte de gouvernement ».

Le Conseil d'État se refusait à apprécier sa légalité, aussi bien que les préjudices qu'il avait pu engendrer.

C'était, en réalité, s'incliner devant la raison d'État.<sup>153</sup>

Ce fut la théorie dite « du mobile » consacrée par une jurisprudence constante<sup>154</sup> et reconnue par la doctrine<sup>155</sup>.

Mais, à partir de 1872, on devait abandonner cette théorie dangereuse pour la légalité et pour la liberté, puisqu'elle recèle la possibilité d'une extension, que

---

<sup>153</sup> : Maxime Mignon, « L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement: Progrès nécessaire du concept de légalité », *La Revue administrative*, 4e Année, No. 19 (JANVIER FÉVRIER 1951), Publié par: Presses Universitaires de France, p.32 .

<sup>154</sup> : CE, 01 mai 1822, Sr LAFFITTE, Rec., p. 376 : la princesse BORGHESE avait reçu de NAPOLEON une rente dont les arrérages étaient échus mais non versés lorsqu'intervint la loi du 12 janvier 1816 privant la famille BONAPARTE de tous ses biens, titres et pensions. Le concessionnaire de la créance de la princesse, le banquier LAFFITTE, réclame à l'État le paiement au moins des arrérages échus avant 1816. Saisi du refus, le Conseil d'État rejeta la requête au motif qu'elle tenait « à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement » ; CE, 18 juin 1852, héritiers d'ORLEANS, rec. p. 252 : le décret du 22 janvier 1852 déclarant que les biens meubles et immeubles, objet de la donation faite le 7 août 1830 par le roi Louis-Philippe à ses enfants sont restitués au Domaine de l'État « est un acte politique et de gouvernement » ; CE, 9 mai 1867, duc d'AUMALE et Michel LEVY, rec. p. 472, S. 1867, 2.124 : la saisie d'un ouvrage du duc d'AUMALE par le préfet de police et la confirmation de cette mesure par le ministre de l'Intérieur « sont des actes politiques qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir en notre Conseil d'État par la voie contentieuse ».

<sup>155</sup> : Gabriel Dufour, « Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence », tome V, Garnier, Paris, 1856, p. 128 : « Ce qui fait l'acte de gouvernement, c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même ou personnifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement... Le chef de l'État, dans la sphère de ses mesures suprêmes, n'a ni contrôle à subir, ni assistance à demander. Sa force est dans l'autorité dont il est investi comme souverain ; il se suffit à lui-même et son frein est dans l'autorité gouvernementale : les citoyens n'ont de protection à rechercher que dans les garanties constitutionnelles » ; Rodolphe Dareste, « La justice administrative en France », Librairie- Éditeur : Auguste Durand, Paris, 1862, p. 235 : « De même que les actes législatifs, les actes de gouvernement ne peuvent donner lieu à aucun recours contentieux, ni direct en annulation, ni indirect à fin d'indemnité, sauf le droit, dont les tribunaux ne peuvent être dépouillés, de garantir l'état civil, la liberté et la propriété des citoyens, contre toute voie de fait qui ne rentre pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels ».

rien ne limite, des actes de gouvernement, c'est-à-dire, en définitive, de ceux où l'autorité exécutive échappe à tout contrôle juridictionnel.

En doctrine, cette attitude nouvelle correspondit à un progrès de l'idée libérale aussi bien que de la technique juridique. En jurisprudence, elle coïncida avec le retour au système de la justice déléguée, qui avait fait une courte apparition sous la seconde République et qui allait donner au Conseil d'État une indépendance et une autorité accrues.

Le processus utilisé fut double. En premier lieu, on s'efforça de donner des titres juridiques à la théorie des actes de gouvernement. En second lieu, on soutint qu'il existe des actes de gouvernement par nature, formant un domaine nettement délimité, soustrait au contrôle juridictionnel. Ainsi était rejetée l'idée que tout acte administratif peut, s'il est inspiré par un mobile politique, devenir acte du gouvernement.

D'une part, on observa que l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 dispose que : « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse et administrative, et sur les demandes en annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes de diverses autorités administratives ».

Dès lors, tout acte qui n'est pas administratif échappe à la connaissance du Conseil d'État.

Or, l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 stipule que « les ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ».

Certes, de prime abord, cette règle ne paraît pas consacrer par elle-même l'existence des actes de gouvernement. Certains avaient même proposé de n'y voir qu'une procédure de conflit permettant d'enlever aux tribunaux administratifs la connaissance de litiges relevant normalement du contentieux judiciaire. Mais on rétorqua que cette interprétation, concevable dans l'hypothèse où le seul Garde des Sceaux, ministre de la Justice, eût pu utiliser cette technique en réciprocité des arrêtés préfectoraux de conflit, perdait toute signification si elle venait à être utilisée par d'autres ministres dont les raisons de défendre les prérogatives de l'autorité judiciaire n'apparaissent pas à l'évidence.

Mais surtout on fit observer que l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 n'est que la reproduction littérale de l'article 47 de la loi du 3 mars 1849 dont le sens avait été très nettement expliqué par son rapporteur Vivien : « Il est des droits

dont la violation ne donne pas lieu à un recours par voie contentieuse... Dans un gouvernement représentatif, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant les pouvoirs politiques. Les rendre justiciables des tribunaux administratifs, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif. On ne saurait sans danger, les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque. » Ce raisonnement conserve sa valeur sous le régime de l'ordonnance du 31 juillet 1945, dont l'article 32 a repris à peu de choses près les stipulations de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872<sup>156</sup>, et dont l'article 88 a laissé subsister le titre IV de la loi de 1872, c'est-à-dire notamment l'article 26 de cette dernière.

D'autre part, abandonnant la théorie du mobile, avec ses redoutables conséquences, on cantonna les actes de gouvernement dans une réserve étroite. Important progrès de l'idée de légalité, aussi bien par la détermination précise des domaines ouverts ou fermés au contentieux, que par l'énumération relativement restreinte des actes, reconnus de gouvernement par nature. Après quelques arrêts de principe<sup>157</sup>, la jurisprudence n'a plus évolué. Il existe donc un certain nombre d'activités de l'autorité exécutive qui échappent à tout contrôle, par la voie directe sur recours en illégalité, indirecte par l'exception d'illégalité, détournée sur recours en responsabilité, et « sans que cela puisse s'expliquer par l'application des règles normales de la procédure ».

## **B. La notion d'actes du gouvernement en toute objectivité :**

Si l'accord des auteurs est agréable à constater par la reconnaissance de l'existence d'actes de gouvernement, la diversité des classifications proposées témoigne du caractère artificiel de cette énumération d'actes dont il est pourtant affirmé que leur nature intrinsèque les désigne gouvernementaux et comme tels, insusceptibles de supporter un contrôle ou d'engager une responsabilité ailleurs que devant le Parlement.

---

<sup>156</sup> : Les dispositions de l'article 32 étaient comme suit : « Le Conseil d'État, statuant au contentieux, est le Juge de droit commun en matière administrative, il statue souverainement sur les recours en annulation, pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ».

<sup>157</sup> : CE, 19 février 1875, prince NAPOLEON Joseph Bonaparte, rec. p. 155, s. 1875.2.95 ; TC, 5 novembre 1880, BOUFFIER DP. 1880.3.121 ; CE, 20 mai 1887, duc d'AUMALE et prince Joachim MURAT. S. 1889.3.19 ; CE, 25 mars 1889. DUFUILLIE contre préfet de police, Rec, p. 411 ; CE, 2 décembre 1902, Sté Immob. de Saint-Just, Rec, p. 713 et les concl. de M. le commissaire du gouvernement Romieu.

Louable, certes, l'effort de systématisation accompli. Les juristes aiment les constructions cartésiennes. Mais les résultats demeurent médiocres. La raison en tient peut-être dans le fait qu'en réalité l'énumération retenue par le Conseil d'État est encore, pour une part, imprégnée d'un opportunisme qui, pour ne plus être, sans doute, témoin d'une prudence politique qui ne serait plus de mise nécessaire, s'analyse toutefois déférence de la Haute juridiction administrative pour « la majesté du chef de l'État » et les responsabilités gouvernementales dans le domaine international ou en période de crise. Peut-être le Conseil d'État marque-t-il aussi une certaine timidité à livrer au contrôle de la légalité l'ensemble de l'activité étatique et cette réticence demeure-t-elle, dans sa pensée, comme, la rançon de la justice déléguée.

Enfin, et en raison même de la volonté de la doctrine et de la jurisprudence de restreindre, autant que faire se peut, le domaine des actes de gouvernement, se produit un effritement des secteurs où il règne et le reste des parcelles échappent à une synthèse logique et coordonnée.

Sous le bénéfice de cet aveu d'impuissance à une présentation unitaire des actes de gouvernement, les classifications proposées se rapprochent de celles retenues par monsieur le commissaire du gouvernement "Rivet"<sup>158</sup> dans ses conclusions sous le célèbre arrêt Couitéas<sup>159</sup> : « Actes destinés à

---

<sup>158</sup> : Maxime Mignon, Op.cit., p.33.

<sup>159</sup> : CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, requêtes n° 38284 48688, publié au recueil Lebon, p789 :

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu 1/ la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour le sieur Basilio X..., demeurant à Tunis, rue de Russie n° 14, ladite requête et ledit mémoire enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'État les 6 août 1909 et 11 mai 1910, sous le numéro 38284, et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision en date du 7 juin 1909 par laquelle le ministre des affaires étrangères a rejeté la demande d'indemnité qu'il avait formé contre l'État français à raison du refus par l'autorité française en Tunisie de mettre à exécution deux jugements rendus par le tribunal civil de première instance de l'arrondissement judiciaire de Sousse ordonnant l'expulsion du domaine du requérant des indigènes qui s'y étaient installés sans droit ;

Vu 2° sous le n° 48.688, la requête du sieur X... tendant à ce qu'il plaise au Conseil d'État annuler une décision en date du 11 mars 1912, par laquelle le ministre des Affaires étrangères a rejeté la demande d'indemnité formée par le requérant contre l'État français à raison de l'expropriation de son domaine de Tabia et Houbira, expropriation résultant en fait d'une série d'actes et de mesures qui engageraient la responsabilité de l'État français ; Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Considérant que les deux requêtes susvisées tendaient à faire condamner l'État français à payer au sieur X... diverses indemnités pour le préjudice que lui aurait causé une série d'actes et de mesures ayant eu pour effet de le priver tant de la propriété que de la jouissance du domaine de Tabia et Houbira ; que, à raison de la connexité existant entre les faits qui leur servaient de base, il y a lieu de les joindre pour y être statué par une seule décision ; Sur l'intervention du Crédit foncier et agricole d'Algérie et de Tunisie : Considérant que cette Société, à raison de l'ouverture de crédit qu'elle a consentie au sieur X..., a intérêt à l'annulation des décisions déférées qui ont contesté le droit à indemnité de son débiteur ; que, dès lors, son intervention doit être admise ;

Sur les requêtes du sieur X... : Considérant que, dans ses dernières productions et notamment dans son mémoire du 10 février 1914, le sieur X..., abandonnant une partie des demandes antérieurement formulées par lui, réclame à



---

l'État français une indemnité de 4.600.000 francs, en fondant cette prétention exclusivement sur le préjudice qu'il aurait subi jusqu'au 31 décembre 1917 du fait, par le gouvernement, d'avoir refusé de prêter mainforte à l'exécution de jugements rendus à son profit par le tribunal civil de Sousse le 13 février 1908, préjudice consistant dans la privation du droit de jouissance que ces décisions lui reconnaissaient sur le domaine de Tabia et Houbira et dans la ruine consécutive de sa situation commerciale ; qu'il y a lieu, par suite, de ne statuer que sur lesdites conclusions ;

Considérant, il est vrai, que le Crédit foncier et agricole d'Algérie et de Tunisie a déclaré, dans son mémoire du 20 juillet 1914, maintenir aux débats et vouloir faire juger les demandes primitivement introduites par son débiteur et retirées par ce dernier ;

Mais considérant que ladite société, simple intervenante aux pourvois, n'est pas recevable à reprendre les conclusions auxquelles la partie principale a expressément renoncé ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par jugements en date du 13 février 1908, le tribunal civil de Sousse a ordonné "le maintien en possession du sieur X... des parcelles de terrain du domaine de Tabia et Houbira dont la possession lui avait été reconnue par l'État" et lui a conféré "le droit d'en faire expulser tous occupants" ; que le requérant a demandé, à plusieurs reprises, aux autorités compétentes, l'exécution de ces décisions ; mais que, le gouvernement français s'est toujours refusé à autoriser le concours de la force militaire d'occupation reconnu indispensable pour réaliser cette opération de justice, à raison des troubles graves que susciterait l'expulsion de nombreux indigènes de territoires dont ils s'estimaient légitimes occupants, depuis un temps immémorial ;

Considérant qu'en prenant, pour les motifs et dans les circonstances ci-dessus rappelées, la décision dont se plaint le sieur X..., ledit gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique dans un pays de protectorat ;

Mais considérant que le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré ; que si, comme il a été dit ci-dessus, le gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité ;

Considérant que la privation de jouissance totale et sans limitation de durée résultant, pour le requérant, de la mesure prise à son égard, lui a imposé, dans l'intérêt général, un préjudice pour lequel il est fondé à demander une réparation pécuniaire ; que, dès lors, c'est à tort que le ministre des Affaires étrangères lui a dénié tout droit à indemnité ; qu'il y a lieu de le renvoyer devant ledit ministre pour y être procédé, à défaut d'accord amiable et en tenant compte de toutes les circonstances de droit et de fait, à la fixation des dommages-intérêts qui lui sont dus ;

DECIDE : Article 1er : L'intervention du Crédit foncier et agricole d'Algérie et de Tunisie est déclarée recevable.

Article 2 : Les décisions du ministre des Affaires étrangères en date des 7 juin 1909 et 11 mars 1912 sont annulées.

Article 3 : Le sieur X... est renvoyé devant ledit ministre pour y être procédé, à défaut d'accord amiable à la liquidation, en capital et intérêts, de l'indemnité à laquelle il a droit, à raison de la privation de jouissance qu'il a dû subir jusqu'au 31 décembre 1917 par suite du refus du Gouvernement français de prêter le concours de la force armée pour l'exécution des jugements sus rappelés.

Article 4 : Les conclusions du Crédit foncier et agricole d'Algérie et de Tunisie tendant à reprendre les conclusions auxquelles la partie principale a renoncé, sont rejetées. Article 5 : Les dépens sont mis à la charge de l'État. Article 6 : Expédition au ministre des Affaires étrangères. »

**Analyse du CE** : « Le justiciable, nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire, est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution de son titre, et si le gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution, et le droit de refuser le concours de la force armée, s'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant à l'intéressé, et il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité. - Décidé, dans l'espèce, que le gouvernement ne faisait qu'user de ses pouvoirs en refusant, à raison des troubles graves que cette opération susciterait, le concours de la force armée pour assurer l'exécution d'un jugement reconnaissant à un particulier la légitime possession d'un domaine en Tunisie et ordonnant l'expulsion des nombreux indigènes qui l'occupaient, mais l'intéressé est fondé à demander à l'État la réparation du préjudice que lui cause, dans l'intérêt général, la privation de jouissance totale et sans limitation de durée résultant du refus du gouvernement d'exécuter le jugement ; renvoi devant le ministre des Affaires étrangères pour la liquidation de l'indemnité. »

assurer le fonctionnement constitutionnel des pouvoirs publics par la collaboration du Gouvernement et du Parlement... actes concernant, soit pendant les hostilités, la conduite de la guerre, soit en tout temps, les rapports de l'État français avec les États étrangers ».

Cependant le Conseil d'État fait l'effort à chaque fois qu'il lui est possible, pour donner à sa décision d'irrecevabilité, un fondement rationnel au lieu d'une pure affirmation à démontrer. Sans doute, faut-il y voir l'annonce d'évolutions jurisprudentielles restrictives, soit qu'elles expliquent les actes de gouvernement par un jeu normal de la technique juridique, soit qu'elles battent en brèche ce dernier bastion de la raison d'État.

### **1- Rapports du pouvoir exécutif et du Parlement :**

La jurisprudence du Conseil d'État est unanime : « Les actes du pouvoir exécutif dans ses rapports avec le Parlement ne peuvent faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse »<sup>160</sup>

C'est ainsi qu'échappent à tout contrôle juridictionnel :

- **Les mesures prises par le Gouvernement en vue d'assurer le fonctionnement du Parlement :**

On ne cite ici une décision, relative à un décret de convocation d'un collège électoral sénatorial<sup>161</sup>. C'est un raisonnement hypothétique qui autorise la doctrine à y ajouter d'autres actes, notamment sous le régime de la Constitution de 1875, ceux par lesquels le président de la République convoquait le Parlement, l'ajournait, prononçait la clôture des sessions.

---

<sup>160</sup> : CE, 25 juillet 1947. Sté l'ALFA ; CE, 19 mars 1947, PANAGET, rec. p. 114 ; CE, 18 Juillet 1930, ROUCHE. p. 771 ; CE, 13 novembre 1896, JACQUOT, p.709 ; CE 17 février 1888, PREVOST, p. 148 et les conclusions du commissaire du Gouvernement LE VAVASSEUR DE PRECOURT.

<sup>161</sup> : CE, 6 août 1912, rec. 982. Sur ce point, il est à penser que la théorie de l'acte de gouvernement a opéré un recul décisif. D'une part, le Conseil d'État examine au fond un refus préfectoral de délivrance de récépissé de candidature (CE, 26 janvier 1912. Dame Durand. Sirey, 1912.3.89), d'autre part. Juge que le refus injustifié de déclaration de candidature peut- constituer une faute de service public engageant la responsabilité de l'État (CE. 26 octobre 1938, Lou- gnon, Sirey, 1939.3.32) ; enfin, déclare recevable le recours pour excès de pouvoir contre un décret ou un arrêté de convocation (CE, 18 octobre 1929, Pèlerin-S. 1930.3.47).

Si un autre arrêt (CE, 26 juillet 1946, Pebellier. S.. 1947.3.11), oppose l'irrecevabilité à un recours tendant à l'appréciation d'une décision préfectorale refusant d'enregistrer la déclaration d'une liste de candidats aux élections à l'Assemblée Constituante, c'est au motif que « l'Assemblée Constituante à qui appartient la vérification des pouvoirs de ses membres, est seule compétente, à moins d'un texte contraire, pour apprécier la légalité des actions qui sont le préliminaire des opérations électorales ». Il n'est plus question d'acte de gouvernement, mais de Jeu normal de la technique Juridique à savoir le recours parallèle.

La matière est bien réduite et la position jurisprudentielle s'explique par l'existence, d'une part, du contrôle politique immédiat sur le gouvernement par le Parlement, intéressé au premier chef par la régularité des mesures prises, et, d'autre part, par la reconnaissance au profit des Chambres d'un pouvoir propre de vérification des mandats de ses membres.

## - La participation du Gouvernement à l'œuvre législative :

Caractérisé notamment par :

- Le refus de déposer un projet de loi<sup>162</sup>, qu'il tende à l'érection en commune séparée d'une section de commune<sup>163</sup>, à l'octroi, de crédits

---

<sup>162</sup> : CE, 30 juillet 1949, Laingy, rec. P.621.

<sup>163</sup> : CE, 17 février 1888, Sieurs X et autres, concl. Levavasseur de Précourt, requête numéro 69182, Rec. p. 148

**Texte Intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête des sieurs X et autres, tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision du Min. de l'int., du 17 sept. 1887, portant que le Gouvernement s'abstiendra de donner suite à la demande déposée le 5 août 1884 par les susnommés et par d'autres électeurs des sections de Bellevue et du Bas-Meudon, formant les trois quarts des électeurs inscrits, à l'effet d'obtenir la distraction de la com. de Meudon et l'érection en une commune distincte des sections précitées ; attendu qu'il résulte des art. 5 et 6 de la loi du 5 avril 1884, que le Min. de l'int. n'est en aucun cas compétent pour statuer sur les modifications à la circonscription territoriale des communes ; que spécialement lorsqu'il s'agit de la création d'une commune nouvelle, il ne peut être statué que par une loi, le conseil général et le Conseil d'État entendus ; qu'ainsi le Min. de l'int., en rejetant la demande des requérants, sans même prendre l'avis du Conseil d'État, est sorti des limites de sa compétence ; que l'excès de pouvoirs est d'autant plus évident que la demande était de celles que l'administration est obligée d'instruire aux termes de l'art. 3 de la loi précitée, et que cette obligation implique nécessairement celle de soumettre les résultats de l'instruction à l'autorité compétente pour statuer ;

Vu les observations du Min. de l'int. Tendant à ce que le pourvoi soit rejeté, attendu que l'art. 5 de la loi du 5 avril 1884 ne dit pas que toutes les fois qu'une demande de création de commune sera formée, la législation devra statuer, mais seulement qu'il ne peut être procédé à l'érection d'une commune nouvelle, qu'en vertu d'une loi, et qu'aucune disposition n'oblige le gouvernement à saisir le parlement d'une demande qui ne lui paraîtrait pas susceptible d'être accueillie ;

Vu le mémoire en intervention de la com. de Meudon, tendant à ce que le pourvoi soit rejeté avec dépens, soit comme non recevable, attendu que la dépêche du Min. de l'int. Ne constitue pas une décision portant atteinte à des intérêts privés, et qu'en tout cas il n'appartient pas au Conseil d'État de statuer sur des questions qui se rattachent aux rapports des pouvoirs publics ; soit comme mal fondé, attendu qu'après l'accomplissement des formalités exigées par l'art. 3 de la loi du 5 avril 1884, il appartient à l'administration d'apprécier s'il y a lieu de donner suite à la demande ;

Vu la loi du 5 avril 1884 ;

Vu la loi des 7-14 oct. 1790 et celle du 24 mai 1872 ;

Sur la recevabilité de l'intervention de la com. de Meudon : Considérant que la com. de Meudon a dans la cause un intérêt de nature à rendre son intervention recevable ;

Sur le pouvoir des Sieurs X et consorts : Cons. Que par la décision attaquée, le Min. de l'int. S'est borné à faire connaître aux requérants qui sollicitaient l'érection en commune distincte des sections de Bellevue et du Bas-Meudon le refus du gouvernement de donner suite à leur demande, en présentant à cet effet un projet de loi, le Conseil d'État entendu ;

Cons. Que les actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse ; que, dès lors, la requête des sieurs X et consorts doit être rejetée comme non recevable ... (Intervention de la com. de Meudon admise. Requête des sieurs X et consorts rejetée. Frais de timbre exposés par la com. de Meudon supportés par les sieurs X et consorts.)

nécessaires à la création d'un emploi<sup>164</sup>, au fonctionnement d'un service<sup>165</sup> ou à l'augmentation d'une subvention accordée au théâtre national de l'Opéra<sup>166</sup> ;

- Décret de promulgation d'une loi<sup>167</sup>;
- Réponses présentées par une autorité ministérielle à une pétition transmise par le Parlement<sup>168</sup> (15).

## **2- Exercice des droits de souveraineté :**

Les recours en annulation ou en indemnité impliquant « l'examen de questions relatives à l'exercice des droits de souveraineté » ne sont pas recevables devant le Conseil d'État, statuant au contentieux. Il en est ainsi pour:

### **- Les litiges soulevés par les annexions de territoires et leurs conséquences :**

- Successibilité de l'État français aux dettes d'un État annexé<sup>169</sup> ;
- Décision de désannexion d'un territoire colonial<sup>170</sup>.
- Décision du Gouverneur Général d'une colonie — nouvellement annexée — consécutive à la suppression des souverainetés locales<sup>171</sup>.

### **- Les litiges soulevés, au cas de souveraineté conditionnée par certaines décisions de l'autorité exécutive :**

---

<sup>164</sup> : CE, 19 mars 1947, précité.

<sup>165</sup> : CE, 6 Juillet 1934. Préfets de police et de la Seine, rec., p. 787.

<sup>166</sup> : CE, 18 Juillet 1930, précité.

<sup>167</sup> : CE, 3 novembre 1933. DESREMAUX, rec., p. 793-S-1934.3.9, avec la note de M. Raphaël ALIBERT.

<sup>168</sup> : CE, 13 Juin 1902. Parquet 464.

<sup>169</sup> : CE, 5 août 1904, dame Ravero, rec., p. 663 : demande adressée au gouvernement français du remboursement du reliquat d'un prêt consenti par un particulier au gouvernement malgache avant la prise de possession de Madagascar par la France ; CE, 3 mars 1905, Mante et Borelli de Régis, rec., p. 226 : demande de paiement par la France de la prétendue dette qui aurait incombé avant l'annexion du Dahomey à l'ancien gouvernement de ce pays en raison des pillages dont les requérants ont été victimes.

<sup>170</sup> : CE, 18 mars 1898, Conseil général du Sénégal, rec., p. 233 : arrêté du gouverneur général du Sénégal désannexant et plaçant sous le régime du protectorat les territoires du premier arrondissement de la colonie.

<sup>171</sup> : CE, 13 décembre 1935, Ravanondahy, rec., p. 1.189: incorporation au domaine de la colonie de Madagascar d'un troupeau de bœufs provenant de la succession de Ramikolo, ancien roi Sattalave du Ménabé.

En principe, il s'agit du recours contre des actes qui se rattachent à l'exercice soit d'un mandat confié au Gouvernement français par la Société des Nations<sup>172</sup>, soit d'un protectorat<sup>173</sup>. Si le libellé des arrêts souligne que le jugement de telles espèces implique l'examen de questions relatives à l'exercice des droits de souveraineté de la France et décide, en conséquence, qu'il n'appartient pas au Conseil d'État d'en connaître, on observera qu'aussi bien il s'agit de l'appréciation de la portée de conventions internationales et qu'à ce titre encore, la juridiction administrative se refuse également à se déclarer compétente.

### **3- Actes de sûreté intérieure (mesures de police prises à l'égard des étrangers en temps de guerre) :**

L'internement dans un dépôt spécial d'un sujet belge, pour la durée des hostilités, relève de l'exercice du pouvoir qui appartient au gouvernement, chargé de veiller à la sécurité du territoire de la France et d'assurer la défense nationale, de prendre, en temps de guerre, à l'égard des étrangers, les mesures de police qu'il juge nécessaires à cette fin ces décisions n'étant pas de celles qui peuvent être déferées au Conseil d'État par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872<sup>174</sup>.

De même, l'expulsion d'un pharmacien de Wissembourg et le retrait de la concession d'une officine pharmaceutique, décidés, en attendant l'installation d'une autorité civile régulière, par l'autorité militaire, en vertu des pouvoirs très étendus de police qui lui appartenaient en Alsace après l'armistice, ne sont pas de nature à être discutés devant la juridiction contentieuse par un recours en annulation<sup>175</sup>, aussi bien qu'en indemnisation<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> : CE, 15 mai 1931, Houbron, rec., p. 531 : prétention d'un particulier au versement à son profit, en réparation du préjudice causé par une agression à Damas, du montant d'une amende collective infligée par le haut-commissaire de la République française auprès des États de Syrie du Grand Liban, des Alaouites et du Djebel Druze.

<sup>173</sup> : CE, 5 juillet 1907, Humblot. rec., p. 637 : qualité du président de la République pour exercer le pouvoir législatif en Grand Comore, pays de protectorat, au même titre que dans une colonie ordinaire ; CE, 21 juillet 1911, Said Ali Ben Said Omar, ibid 847 : qualité du gouverneur de la Réunion pour proclamer la déchéance du requérant de ses droits souverains en qualité de sultan de la Grande Comore.

<sup>174</sup> : CE, 5 mars 1926. Panisse, rec., p. 245.

<sup>175</sup> : CE, 13 juillet 1923, Keil. rec., p. 564.

<sup>176</sup> : CE, 26 décembre 1924, Kell, rec., p. 1.062.

#### **4- Actes se rattachant aux rapports internationaux de l'État avec les autres puissances et au fonctionnement du service diplomatique :**

C'est la partie la plus importante du domaine des actes de gouvernement ; celle qui paraît devoir résister avec le plus de succès aux tentatives doctrinales et jurisprudentielles d'amenuisement.

Trois raisons y contribuent : déférence que le Conseil d'État a toujours témoignée à l'égard de l'autorité gouvernementale dans l'exercice d'attributions qui touchent essentiellement à la souveraineté de la France ; difficulté de réunir tous les éléments, avoués ou non, d'appréciation d'affaires très souvent traitées avec une discrétion traditionnelle ou nécessaire qui s'accommoderait mal de la publicité du prétoire aussi bien que de la rigueur d'un raisonnement de droit ; indécision, enfin, qui plane encore sur la portée du droit international et la soumission des législations et juridictions internes à ses normes.

Aussi bien, fera-t-on remarquer que le Conseil d'État, incompetent pour apprécier le contrôle de la conformité de la loi aux règles constitutionnelles, est mal placé pour le faire vis-à-vis du droit international, lui-même supérieur aux lois constitutionnelles, et on concevrait mal qu'il contrôlât, sur les mêmes points, l'action du chef d'État, l'égal constitutionnel du Parlement dans la négociation et la ratification de certains traités.

Si la prise de conscience de la supériorité des règles internationales sur le droit interne est un postulat du droit public moderne, en suite du vieil adage des jurisconsultes latins ; si elle s'affirme parfois avec une émouvante solennité dans les énonciations des pactes, du moins n'est-elle pas encore une réalité tellement passée dans les mœurs qu'une autorité juridictionnelle interne se sente le pouvoir de contrôler largement la conformité des décisions du gouvernement avec les impératifs juridiques nés des stipulations internationales.

Conséquence plus lointaine, mais logique : échappent également au contrôle contentieux les actes du service diplomatique qui supposent une appréciation par l'autorité administrative du bien-fondé ou de l'opportunité de son action ou de son abstention, eu égard non seulement aux droits des ressortissants français à l'étranger, mais aussi aux obligations pratiques et aux contingences de fait, qui mettent en présence le gouvernement français et la nation étrangère intéressée.

De là, une double catégorie d'actes de gouvernement, dont l'examen de la légalité ou des conséquences dommageables impliquera, directement ou non, l'appréciation de l'attitude de la France dans ses rapports avec les autres puissances.

**a) *Élaboration et exécution des conventions internationales :***

Sont irrecevables devant le Conseil d'État les recours à l'appréciation:

- Les conséquences dommageables des négociations diplomatiques<sup>177</sup>;
- Les conséquences dommageables de la signature des traités<sup>178</sup>;
- La légalité du décret de ratification d'une convention<sup>179</sup>;
- La validité des traités<sup>180</sup>;
- Le sens et de la portée des conventions diplomatiques<sup>181</sup> dont l'interprétation ne peut être donnée que par le gouvernement français<sup>182</sup>, ce qui peut être une question préjudicielle entraînant sursis à statuer jusqu'à l'intervention de la décision ministérielle<sup>183</sup>;

---

<sup>177</sup> : CE, 5 mars 1926, général Gramat, rec., p. 245 : réparation du préjudice subi par les membres d'une mission militaire française auprès de l'armée hellénique en raison des fautes commises par le gouvernement français dans la conduite des négociations de l'accord mettant fin au rôle de cette mission.

<sup>178</sup> : CE, 5 décembre 1884, Sté Anonyme Belge des Chemins de fer, rec., p. 885 : demande en indemnité présentée par une société belge de chemins de fer, obligée de créer, au lieu d'une simple halte prévue à son contrat de concession, une gare douanière en raison des tracés de la frontière découlant du traité de Francfort.

<sup>179</sup> : CE, 5 février 1926, dame Caraco, rec. p. 125 : décret du président de la République en date du 28 Janvier 1924 ratifiant la convention passée le 22 janvier 1924 entre la France et la Tunisie.

<sup>180</sup> : CE, 5 août 1921, Goffart, rec., p. 833 ; CE, 9 Janvier 1925. D. P. 1925.3.65 et la note de M. Jean Devaux ; CE, 29 mars 1935, Sté Eudes. D. H. 1935, p. 368.

<sup>181</sup> : CE, 23 juillet 1924, Paulat, rec., p. 723 ; de la sentence arbitrale du 16 octobre 1875 maintenue par la convention additionnelle du 17 avril 1869 au traité franco-espagnol de délimitation du 2 décembre 1856 ; CE, 21 janvier 1927, commune de Lanne, rec., p. 80 et D. P. 1929.3.49 avec la note Jean Devaux ; de la charte, partie d'affrètement du vapeur *Maine*, passée entre l'Amirauté britannique et l'administration des Chemins de fer de l'État français : CE. 23 mars 1923, dame Mallet, rec., p. 308 ; d'une convention diplomatique franco-chinoise : CE, 27 janvier 1922, Compagnie Française de Tramways et d'Éclairage électrique de Shanghai, *ibid.* p.87 ; du traité de Versailles : CE. 10 janvier 1930. Société Française Radioélectrique et Compagnie Générale de T. S F., *ibid.* p. 25 ; du traité franco-sarde du 14 mars 1860: CE, 31 décembre 1861. Corso *ibid.* p.936.

<sup>182</sup> : CE, 26 janvier 1944, Wang-Yu-Kong. rec., p. 30.

<sup>183</sup> : CE, 11 Juin 1937, Sté des Établissements Alkan, rec., p. 581.

- L'interprétation donnée par le gouvernement français aux conventions internationales<sup>184</sup> ce qui comprend les décisions ministérielles rendues par interprétation des traités<sup>185</sup>;
- Les mesures d'application des conventions internationales, telles : le visa, pour promulgation et exécution des décrets beylicaux, donné par le Résident général en Tunisie, en vertu du décret du 10 novembre 1884, lui-même pris en application de la convention du 8 juin 1883 entre le gouvernement de la République et le Bey de Tunis<sup>186</sup>; la répartition d'une indemnité, fournie par l'Allemagne en vertu de l'arrangement de Baden-Baden, aux Alsaciens-Lorrains arrêtés, internés, expulsés ou condamnés pendant la guerre pour faits ou opinions politiques<sup>187</sup>; le versement des sommes dues à un particulier en exécution d'accords franco-polonais<sup>188</sup>; la remise aux autorités anglaises du gouvernement des Détroits des objets saisis par un commis des douanes dans les bagages d'un fraudeur<sup>189</sup>; l'extradition d'un particulier accordée au gouvernement belge en violation alléguée de la convention franco-belge du 15 août 1874<sup>190</sup>;
- La fixation par le directeur de l'Office des Biens, et Intérêts privés du montant de la créance d'un particulier sur la Banque de Crédit Hongrois en prétendue méconnaissance des droits que le créancier tiendrait du traité de Trianon du 4 juin 1920 et de la convention franco-hongroise du 31 janvier 1921<sup>191</sup>;

---

<sup>184</sup> : Au sujet de la convention franco-espagnole du 13 janvier 1862 : CE, 11 juin 1920, Rodrigo, rec. Conseil d'État, p.571 ; de l'arrangement rhénan du 28 juin 1919, CE, 22 novembre 1933, Mamon ibid. P. 1071.

<sup>185</sup> : Au sujet du traité de Versailles : CE, 9 janvier 1925, Baléchat, rec. p. 26 et D. H. 1925.123 ; de la convention franco-espagnole du 7 janvier 1862 : CE, 26 novembre 1926, Société Maison Manuel Misa, rec. p. 1028 ; de la convention d'armistice, des traités de Versailles et de Saint-Germain : CE, 9 Janvier 1927, Cosmetto ibid. p. 54.

<sup>186</sup> : CE. 20 novembre 1929, société des phosphates tunisiens et Compagnie des phosphates de Dyr, rec. p. 1006 ; CE, 11 mai 1938. Gondal ibid.p . 412.

<sup>187</sup> : CE, 22 juillet 1921, Huter, ibid. p.727.

<sup>188</sup> : CE, 11 aout 1944, Boussac, ibid. p. 229

<sup>189</sup> : CE, 22 décembre 1922, Foitzer, ibid. p.992

<sup>190</sup> : CE, 28 mai 1937, Assemblée Decerf, ibid. p. 584 et Sirey. 1937.3.73, note de M. Pierre Laroque.

<sup>191</sup> : CE, 10 mars 1933, Reitlinger, ibid. p. 299.



- L'indemnisation d'un particulier en réparation du préjudice subi par l'occupation de sa propriété par l'armée allemande du fait des Traités des 26 février et 10 mai 1871<sup>192</sup>

Mais, réciproquement, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'activité d'un service public qui, bien que fonctionnant dans un condominium franco-britannique, demeure placé sous la seule autorité du gouvernement français, soumis à la seule législation française, le Conseil d'État demeure compétent<sup>193</sup>.

### ***b) Fonctionnement du Service diplomatique :***

L'irrecevabilité de toute critique contentieuse ici est affirmée dans un triple domaine :

#### 1° Protection diplomatique des ressortissants français à l'étranger :

Tout Français à l'étranger a droit à la protection des agents diplomatiques et consulaires français, cependant, le Conseil d'État se refuse à examiner la légalité des décisions prises dans ce domaine et à statuer sur les recours en indemnité qu'elles peuvent susciter.

« Se rattachent à l'exercice du pouvoir souverain dans les matières de gouvernement et dans les relations internationales » et, dès lors, « ne sont pas de nature à être portées devant le Conseil d'État par la voie contentieuse », les requêtes soulevant des questions relatives « soit à la protection que les agents consulaires français doivent accorder aux résidents français en pays étrangers, soit à l'obligation qui existerait pour le gouvernement français de réclamer auprès des gouvernements étrangers la réparation du préjudice causé à des résidents français par les agents ou les sujets de ces gouvernements »<sup>194</sup>.

Parfois, le Conseil d'État précise son incompétence au regard de la loi en proclamant que les actes consulaires « se rattachant à l'exercice des pouvoirs reconnus à la France par les traités et conventions internationaux... ne

---

<sup>192</sup> : CE, 23 juillet 1875, Villebrun, *ibid.* p.717.

<sup>193</sup> : CE, le 1<sup>er</sup> avril 1949. Cassagne, *ibid.* p. 158 ; CE, 1<sup>er</sup> juillet 1938, Javin-Dudognon, *ibid.* p.607.

<sup>194</sup> : CE, 12 janvier 1877, Dupuy, *ibid.* p.48.

sont pas des actes administratifs et ne peuvent, comme ces derniers, donner ouverture à un recours devant le Conseil d'État par la voie contentieuse »<sup>195</sup>.

La jurisprudence est nettement fixée, que les recours soient dirigés contre le retrait de la protection française accordée par lettre patente sous l'ancien régime à un requérant de nationalité étrangère, dans les Échelles du Levant<sup>196</sup>, ou contre le refus de protection par l'État français de ressortissants français contre les abus commis à leur égard par l'autorité publique étrangère<sup>197</sup> ; ou même par des particuliers étrangers<sup>198</sup> ; ou contre le refus des autorités diplomatiques ou consulaires à appuyer des réclamations présentées par des ressortissants français lésés auprès des gouvernements étrangers, qu'il y ait simple abstention ou diligence insuffisante<sup>199</sup> ; ou enfin contre les négligences ou fautes du service diplomatique<sup>200</sup>.

2° Instructions adressées par le gouvernement français à ses ressortissants à l'étranger pour assurer la sauvegarde du crédit de la France<sup>201</sup> ;

3° Mesure de police des ressortissants français à l'étranger<sup>202</sup>.

---

<sup>195</sup> : CE, 12 février 1904, Bachatori, *ibid.* p.105

<sup>196</sup> : CE, 12 février 1904. Bachatori, *préc.*

<sup>197</sup> : CE, 8 avril 1921, Compagnie de la N'Goko, Sangha, *rec.*, p. 351 ; CE, 18 juillet 1934, Rousset, *ibid.* p.817.

<sup>198</sup> : CE, 10 février 1893. Thubé-Lourmand, *rec.* p. 114, avec conclusion de Mr. le commissaire du gouvernement Le Vasseur.

<sup>199</sup> : CE, 11 février 1916, Monunot, *rec.* p.79 ; CE, 12 mai 1911, Époux Olszenski, *ibid.* p.551.

<sup>200</sup> : CE, 12 janvier 1887, Dupuy, *rec.* p. 47 ; CE, 2 novembre 1878, Million, *ibid.* p.775 ; CE, 1<sup>er</sup> juin 1854, Frêret, *ibid.* p.522 ; CE, 6 décembre 1855, Dumeste. *ibid.* p.701 ; CE, 8 janvier 1875, Compagnie russe de navigation à vapeur d'Odessa, *ibid.* p.21 ; CE, 8 avril 1927, Arnaudon. *ibid.* p.458.

<sup>201</sup> : CE, 24 décembre 1926, Arnaud, *rec.* p. 1149.

<sup>202</sup> : CE, 8 décembre 1882, Laffon, *rec.* p. 983 : renvoi d'une Française en France par un consul en vue d'un intérêt international, par application de l'Édit de juin 1778 et de la loi du 28 mai 1836.

## **5- Actes de l'autorité administrative française accomplis en exécution de décisions prises par des autorités étrangères :**

Le Conseil d'État se refuse à apprécier les actes internationaux tant par respect pour l'exercice de la souveraineté française que pour éviter des interprétations nécessairement unilatérales et, de ce fait, contestables par les puissances étrangères cocontractantes.

Pour éviter d'être conduit indirectement à une recherche de la portée ou à un examen de la légalité de ces conventions, il étend naturellement son incompetence à la connaissance des litiges portant sur des actes internes de l'autorité exécutive "française, pris en leur application.

La présence d'un élément juridique étranger, de cette nature, emporte donc irrecevabilité des recours et définit l'acte, dans son ensemble, acte de gouvernement.

Dès lors, la logique commande qu'échappent également au contrôle contentieux les mesures prises par l'autorité administrative française, mais sur injonction ou, tout au moins, en application de décisions étrangères, unilatéralement imposées ou conventionnellement admises, et insusceptibles, bien entendu, de tout droit de regard par le Conseil d'État.

Ce qui est certain, c'est que le Conseil d'État décide que « ne sauraient être considérés comme des actes administratifs » ou « comme des actes d'une autorité administrative française », susceptibles d'être déférés au Conseil d'État par la voie contentieuse :

### ***a) Les dommages causés, en France, par une autorité étrangère :***

La position jurisprudentielle est logiquement commandée, dans cette hypothèse, par les faits. Ce n'est pas une autorité française qui a agi. Mais on eût pu concevoir la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique française. C'est d'ailleurs la réserve faite, car l'irrecevabilité du recours est liée à l'absence de stipulations législatives françaises ou de conventions internationales mettant à la charge de la France la réparation des préjudices constatés.

Entrent dans cette catégorie, les accidents causés par des voitures militaires étrangères allemandes<sup>203</sup> et les pillages de propriétés par des soldats étrangers<sup>204</sup>;

***b) Les réquisitions opérées par un Gouvernement étranger en temps de guerre, pour le compte des armées françaises :***

Ici encore, l'irrecevabilité du recours est facilement compréhensible, bien que le lien entre l'acte incriminé et le gouvernement français apparaisse plus net. Il en est ainsi notamment pour certaines réquisitions<sup>205</sup>;

***c) Les décisions prises par des organismes institués en vertu de conventions internationales :<sup>206</sup>.***

***d) Les décisions du Président de la République agissant comme coprince des vallées d'Andorre<sup>207</sup>.***

***e) Les actes accomplis par les autorités françaises en France, mais pour le compte des autorités étrangères :***

Tels les réquisitions de fournitures pour le commandement en chef interallié<sup>208</sup>; la reconnaissance de responsabilité consécutive aux accidents de la circulation causés par les véhicules des forces britanniques en France<sup>209</sup> ; l'achat de mobilier et de marchandises par un préfet, pour le logement des autorités d'occupation<sup>210</sup> ; la décision ministérielle de classement d'un hôtel en vue du

---

<sup>203</sup> : CE, 28 mai 1943. Bro. rec. p.137 ; CE, 29 Juillet 1943, Dame veuve Métin. ibid. p.404.; CE, 29 octobre 1943, Dame veuve Bembassat, ibid. p.404 ; CE, 31 décembre 1943, dame veuve Fouchère, ibid. p.404 ; CE, 28 février 1947, Demoulin, ibid. p.88.

<sup>204</sup> : CE, 22 février 1922, Perchât, ibid. p.181.

<sup>205</sup> : CE, 11 février 1931. Sobieszczanski, rec. p. 157 : réquisition de charbon opérée par le gouvernement de l'amiral Koltchak pour les besoins de l'exploitation du chemin de fer de Tomsk eu du Trans baïkalien pour transport de troupes françaises.

<sup>206</sup> : CE, 19 janvier 1927. Cosmette. rec. p. 54: pour la Commission internationale du Danube : 25 février 1940, Scholtès, ibid. p.78 : pour la haute commission interalliée dans les territoires rhénans ; 11 février 1938. les petits-fils de François Wendel. Ibid. p.141 : pour les offices de vérification et de compensation institués en exécution du traité de Versailles.

<sup>207</sup> : CE, 1<sup>er</sup> décembre 1933, Le Nickel, rec. p.1132. Dalloz. 1934.3.56.

<sup>208</sup> : CE, 3 juillet 1946. Société Lotti. rec. p.190 : application du mémorandum du 25 août 1944.

<sup>209</sup> : CE, 22 février 1950. Dle Herraéz. rec. p. 118 ; CE, 18 mai 1949, dame veuve Rolland, ibid.p. 229 : les autorités françaises n'agissent dans ce domaine que pour le compte de la Grande-Bretagne qui, contractuellement tenue par ses accords de rembourser à l'État français les sommes avancées par lui à ce titre, s'est réservé de ne le faire qu'après avoir accordé son visa au principe et au quantum de l'indemnité allouée.

<sup>210</sup> : CE, 12 novembre 1949. Société Maison René Guérin, rec. p. 473.

paiement des dépenses de cantonnement des troupes d'occupation<sup>211</sup>; les réquisitions de bois par un maire<sup>212</sup>; le paiement accompli par l'administration française pour le compte de l'État allemand<sup>213</sup> ; l'injonction municipale adressée à un particulier d'accorder un droit de passage aux autorités militaires allemandes<sup>214</sup>.

En revanche, le Conseil d'État demeure compétent pour examiner la légalité des mesures prises par l'administration française, en l'espèce l'autorité municipale « malgré l'occupation, si et dans la mesure où cette appréciation ne nécessite pas l'interprétation d'actes internationaux et ne porte pas sur les pouvoirs de la puissance occupante »<sup>215</sup>.

***f) Les décisions prises par fies autorités françaises agissant en vertu soit d'un mandat international. Soit d'un traité de protectorat, soit comme autorité administrative appliquant une législation étrangère :***

Il en est ainsi des actes faits par le Résident supérieur au Tonkin réputé, en l'espèce, exercer, par substitution au roi de l'Annam, les pouvoirs de souveraineté de celui-ci<sup>216</sup>; l'adjoint au général commandant en chef des troupes au Maroc agissant comme autorité administrative du protectorat<sup>217</sup>; le commandant du Service régional des Camps en Tunisie, appliquant des décrets beylicaux<sup>218</sup>; le Résident général du Maroc appliquant un dahir<sup>219</sup>; un contrôleur civil en Tunisie, agissant comme une autorité administrative du protectorat

---

<sup>211</sup> : CE, 23 décembre 1947, Société des Grands Magasins du Louvre, rec. p. 40 : l'irrégularité consistant dans la dérogation à une instruction qui n'était qu'une notification, accompagnée d'un document pour leur exécution des prescriptions de l'autorité militaire allemande.

<sup>212</sup> : CE, 27 Juillet 1949, dame Heulin, rec. p. 373 : « Simple mesure d'exécution d'une décision des autorités allemandes d'occupation »

<sup>213</sup> : CE, 17 août 1945, Sieur Charoillet. Rec. p. 181.

<sup>214</sup> : CE, 22 novembre 1944. Hiriart, rec. p. 303 : « Simple mesure d'exécution d'une décision prise par les autorités d'occupation ».

<sup>215</sup> : CE, 18 février 1921, Dao-Mong-Kanh. Ly Truong. rec. p. 187.

<sup>216</sup> : CE, 14 mai 1924. Le Xuan Cao. ibid. p. 464.

<sup>217</sup> : CE, 18 juillet 1941, sieur Rovera. Rec. p. 141.

<sup>218</sup> : CE, 21 février 1947. Consorts Bessis. rec. p. 65 ; CE, 7 juin 1946. Sté Sud-Marocaine d'Exportation, ibid. p.354.

<sup>219</sup> : CE, 18 avril 1947, Lemalgre Dubreuil. rec. D. p.149 ; CE, 16 décembre 1949 Marchal, ibid. p.554.

tunisien<sup>220</sup>; le Haut-Commissaire de la République française auprès des États de Syrie, du Grand Liban, des Alaouites, en exécution du mandat confié au gouvernement français par la Société des Nations<sup>221</sup>.

## **6- Les faits de guerre :**

Ils occupent une place à part dans la liste des actes de gouvernement et intéressent essentiellement le contentieux de la responsabilité.

Le Conseil d'État s'est trouvé en présence d'une difficulté juridique aux énormes conséquences pécuniaires.

Admettre le principe de la responsabilité de la puissance publique sur la base de la faute eût obligé la juridiction à un impensable contrôle du déroulement des opérations militaires : impossibilité prévisible des enquêtes et des investigations nécessaires ; caractère hautement exceptionnel des circonstances de fait des litiges et, en dernier lieu, danger d'être conduit non seulement à apprécier juridiquement des actes de guerre, mais encore d'atteindre indirectement le domaine réservé des rapports internationaux.

Admettre une réparation fondée sur le risque, exclusive de toute recherche d'une faute de service, était soumettre l'État à des obligations financières telles qu'il n'aurait manqué de s'y dérober par une décision législative et qu'on aurait, au surplus, reproché à la Haute assemblée une initiative de la compétence normale du pouvoir parlementaire : c'est à la nation d'envisager l'étendue de la prise en charge collective de la totalité ou de partie des préjudices individuels nés des hostilités. Le Conseil d'État l'a fort bien compris. Ses décisions ont été dans le sens de l'irrecevabilité de tout recours.

Sous l'identité de leur portée, elles offrent cependant des aspects nuancés et des distinctions s'imposent.

### ***a) Dommages causés par les opérations militaires conduites sur le territoire national :***

Avant la guerre de 1914, les recours en indemnité étaient déclarés recevables, mais, en règle presque absolue, rejetés au fond, par le jeu de la théorie de la force majeure : tout préjudice apparaissant comme la conséquence nécessaire et inéluctable des combats demeurés à la charge de la victime.

---

<sup>220</sup> : CE, 18 janvier 1947. Nicod. rec..D. p.142.

<sup>221</sup> : CE, 15 mai 1931, Houbron, rec. p.531 ; CE, 12 octobre 1939, Lyrin, ibid. p.535.

Mais le législateur intervint. La collectivisation des risques de guerre fut largement admise pour les deux dernières guerres mondiales. Des lors, il n'appartenait plus au Conseil d'État d'étendre, en dehors des limites strictement précisées par le législateur, quant à la désignation des dommages réparables et l'étendue de l'indemnisation possible, la prise en charge collective des préjudices à d'autres catégories de faits ou à d'autres personnes.

Mais tout dommage rattachable aux opérations militaires n'est pas nécessairement fait de guerre. Il peut s'avérer simple faute du service public de l'armée.

Dès lors, en présence d'un dommage qui paraît se rattacher aux opérations militaires, une triple solution est possible : ou le Conseil d'État le proclame simple conséquence du fonctionnement du service public de l'armée et l'apprécie selon les principes traditionnels de la responsabilité de la puissance publique, c'est-à-dire de la faute, ou bien il s'agit d'un « fait de guerre », insusceptible, à priori, de toute critique juridique comme rentrant dans les actes de gouvernement, à moins qu'il ne relève d'un cas prévu par la législation sur les dommages de guerre ou la réparation des préjudices subis par les victimes civiles de la guerre ; hypothèse où, très généralement, ce sont des tribunaux spéciaux, institués par la loi, de qui relève la connaissance du litige.

La discrimination entre la faute de service et le fait de guerre est laissée à l'appréciation souveraine du Conseil d'État. « Eu égard aux circonstances de temps et de lieu où ils se sont produits », selon la formule d'une extrême souplesse retenue par la Haute juridiction administrative, ont été ainsi énoncés « faits de guerre », éventuellement justiciables d'une législation spéciale sur la responsabilité de la puissance publique et, en son absence, incapables d'engager la responsabilité de l'État; les dommages causés par : le mauvais fonctionnement du service des engagements<sup>222</sup> ; l'explosion de bombes tombées d'un avion militaire<sup>223</sup> , ou de grenades<sup>224</sup> ; des coups de feu accidentels tirés par un soldat en cantonnement<sup>225</sup> ou assurant un service d'ordre<sup>226</sup>, un incendie dû aux

---

<sup>222</sup> : CE, 26 mars 1920. Cazeilles, rec. p.356.

<sup>223</sup> : CE, 17 décembre 1930, Époux Levrat, rec. p.1084.

<sup>224</sup> : CE, 21 mai 1920, Braillon, rec. p.531.

<sup>225</sup> : CE, 13 février 1920, Besegher, ibid. p.165 ; CE, 29 octobre 1920, époux Demsbourg-Bara, ibid. p.891

<sup>226</sup> : CE, 30 janvier 1948, Fanni, rec. p.51.

troupes en cantonnement<sup>227</sup>; des pillages effectués par des membres des F.F.I.<sup>228</sup>; le sabotage a un matériel de battage<sup>229</sup>; les accidents dus à des véhicules militaires<sup>230</sup>; des vols commis par des militaires étrangers<sup>231</sup>; la perte de bagages personnels lors de l'évacuation d'un aérodrome<sup>232</sup>; les sévices exercés par un groupe de gardes républicains -et des membres des F.F.I.<sup>233</sup>; des meurtres ou exécutions sommaires<sup>234</sup>; l'arrestation puis la déportation<sup>235</sup>.

En revanche, ne constituent pas des faits de guerre, mais des fautes du service public se détachant des opérations de guerre et relevant dès lors du contentieux général de la responsabilité sur le fondement de la théorie de la faute: les accidents causés à des personnes par des voitures militaires<sup>236</sup> ou des chevaux de l'armée<sup>237</sup>; des coups de feu accidentels tirés par un gardien de la paix<sup>238</sup>, ou par un membre du service d'ordre<sup>239</sup>; des vols et pillages commis par un membre des F.F.I.<sup>240</sup>; des sévices au cours d'arrestation ou de détention<sup>241</sup>.

---

<sup>227</sup> : CE, 30 avril 1920, Époux Bélaton, rec. p.429.

<sup>228</sup> : CE, 16 décembre 1949, Sté Légumia, rec. p.558.

<sup>229</sup> : CE, 6 février 1946, Merle, rec. p.43.

<sup>230</sup> : CE, 19 mai 1948, Beaux, rec. p.221 ; CE, 30 janvier 1948, dame veuve Bordet, rec. p.49 ; CE, 30 janvier 1948, sieur Varry, *ibid.* p.49.

<sup>231</sup> : CE, 26 décembre 1923, Bonneau, rec. p.891.

<sup>232</sup> : CE, 23 mars 1949, Zegah, rec. p.143.

<sup>233</sup> : CE, 22 juillet 1949, dame Alazard, rec. p.372.

<sup>234</sup> : CE, 16 décembre 1949, dame veuve Allard, *ibid.* p.558.

<sup>235</sup> : CE, 30 novembre 1945, dame Chpolansky, rec. p.224.

<sup>236</sup> : CE, 13 février 1920, dame Errard, rec. p.166 ; CE, 9 juillet 1920, Bord-Tridon, *ibid.* p.688 ; CE, 2 juillet 1920, Mahalin, *ibid.* p.660.

<sup>237</sup> : CE, 6 février 1920, Vanderhaegen, *ibid.* p.142 ; CE, 5 mars 1920, Bessette, *ibid.* p.256.

<sup>238</sup> : CE, 30 janvier 1948, dame Buffevant, rec. p.51.

<sup>239</sup> : CE, 20 octobre 1948, Compagnie d'assurance La foncière, *ibid.* p.402.

<sup>240</sup> : CE, 20 octobre 1948, De Santis, *ibid.* p.401.

<sup>241</sup> : CE, 16 décembre 1949, Demai, *ibid.* p.558.



***b) Dommages éprouvés au cours d'opérations militaires conduites en territoire étranger :***

Ici, la rigueur de la jurisprudence du Conseil d'État redevient entière et l'acte de gouvernement retrouve son domaine.

Les difficultés relatives à l'exercice par le commandement « du pouvoir qui lui appartient de prendre toutes mesures qu'il juge nécessaires pour la conduite des opérations militaires » ne sont pas des actes administratifs susceptibles d'être discutés, soit en eux-mêmes, soit dans leurs conséquences, par la voie des recours contentieux, et notamment les dommages éprouvés au cours des opérations militaires en territoire étranger<sup>242</sup>.

Il en est ainsi notamment : des réquisitions et prises de possession opérées en pays ennemi par les troupes françaises<sup>243</sup>; des mesures prises par l'autorité militaire en vue d'assurer la garde puis l'évacuation d'une usine en Sarre où l'autorité allemande avait installé un important dépôt de munitions<sup>244</sup>; des pillages de propriétés au cours d'opérations militaires conduites en territoire étranger<sup>245</sup>, ou pendant l'occupation d'un tel territoire<sup>246</sup>.

***c) Dommages subis par les propriétaires ou armateurs de navires en raison des opérations de guerre :***

Le Conseil d'État estime que « sont exclusivement relatives à l'exercice, par le gouvernement, du pouvoir qui lui appartient de prendre, à la veille ou pendant la durée des hostilités, à l'égard des navires ou des cargaisons appartenant à des étrangers, les mesures de police qu'il juge nécessaires à la défense nationale ; et que, dès lors, se rattachent tout à la fois à la conduite de la guerre et aux rapports internationaux de l'État français avec les autres puissances et... à ce double titre, échappent à la compétence du Conseil d'État statuant au contentieux » le déroutement et l'immobilisation de navires, soit à

---

<sup>242</sup> : CE, 16 décembre 1886, Saccoman, rec. p.173.

<sup>243</sup> : CE, 15 juin 1928, Tokatlian, rec. p.754 ; CE, 22 février 1907, sieur et dame Lechartier, rec. p.185.

<sup>244</sup> : CE, 31 octobre 1930, Consorts Klein, rec. p.874.

<sup>245</sup> : CE, 3 mars 1905, sieur Mante frères et Borelli de Régis, rec. p.226 ; CE, 5 mars 1926, sieur Paniss, rec. p.245 ; CE, 27 février 1929, Pancrazi, rec. p.240.

<sup>246</sup> : CE, 18 juillet 1934, Rousset, rec. p.817.

la veille<sup>247</sup>, soit au cours des hostilités<sup>248</sup>: la saisie de navires et de marchandises<sup>249</sup>; la réquisition de bateaux<sup>250</sup> ; les avaries, accidents ou naufrages causés aux navires par abordage ou fausse manœuvre en convoi<sup>251</sup>.

***d) Certaines mesures prises par le Gouvernement français et concernant la protection des intérêts français à l'étranger :***

Entrent dans cette catégorie : la réquisition de la cargaison d'un navire yougoslave alors que la Yougoslavie venait d'entrer en guerre avec l'Italie et qu'il s'agissait de soustraire les marchandises intéressées à l'emprise de la commission italienne d'armistice<sup>252</sup> ; la reconnaissance par décret du droit pour l'État français de retenir des brevets français possédés par des ressortissants allemands<sup>253</sup> ; le refus de visa ministériel au paiement d'un chèque tiré sur des sommes portées par la Banque de France au compte de l'État russe et ce, en exécution d'une décision du gouvernement français interdisant à la banque d'effectuer sans autorisation quelque paiement que ce soit sur ce compte en raison de la révolution russe et de la cessation consécutive des paiements<sup>254</sup> .

Ainsi s'achève ce cycle qu'est l'énumération des actes du gouvernement. Il met en évidence la disparité de leur nature juridique, de leurs objets et de l'étendue des domaines qu'ils recouvrent.

---

<sup>247</sup> : CE, 2 juin 1922, De Poorter, rec. p.198.

<sup>248</sup> : CE, 31 janvier 1919, Tatem-Steam navigation Company Limited, rec. p.114 ; CE, 5 juillet 1919, Albyn Line Limited, *ibid.* p.594 ; CE,17 juin 1921, Société de Navigation Maritime Romania, *ibid.* p.583 ; CE, 23 février 1923, Swendsen et Christensen. *ibid.* p.185 ; CE, 7 février 1925, Compagnie Royale Néerlandaise de Navigation à Vapeur, *ibid.* p.132.

<sup>249</sup> : CE, 25 juillet 1919, Continental Petroleum Company, *ibid.* p.694 ; CE, 7 août1920, Internationale Crediet en Handels Vereeniging, *ibid.* p.869 ; CE, 3 mars 1922, Company Vam den Bergh' Limited, *ibid.* p.189.

<sup>250</sup> : CE, 3 novembre 1922, consorts Lichiardopoulos. rec. p.793.

<sup>251</sup> : CE, 6 mai 1921, Pithis et Dallas, rec. p.450 ; CE,29 juin 1923, The Océan Steamship Company, rec. p.534 ; CE, 30 décembre 1921, Framiee Sons, rec. p.1134 ; CE,8 août 1921, Société Scottish Stipowners, rec. p.352 ; CE,18 Juin 1920, Société d'Assurances Maritimes Mutuelles des Caboteurs Bretons, rec. p.607

<sup>252</sup> : CE, 12 novembre 1949, Sohr, rec. p.493.

<sup>253</sup> : CE, 10 janvier 1933, Sté Française Radioélectrique et Compagnie Générale de T.S.F., rec. p.25.

<sup>254</sup> : CE, 1<sup>er</sup> juin 1923, Sté des Forges et Acieries électriques Paul Girod , rec. p.433

C'est une sorte de rebut qui échappe au contrôle des recours juridictionnels. Aucune raison juridique réellement valable ne justifie Leur immunité.

Les considérations de prudence politique et, de nécessité pratique, peuvent seules être loyalement invoquées.

Elles ne sauraient faire obstacle à une recherche d'une emprise accrue du principe de légalité.

La logique juridique et la volonté de protection des libertés individuelles l'exigent.

Mais, dans ce domaine, comme dans bien d'autres, on conçoit qu'on ne puisse les rayer d'un trait de plume, sur la seule pétition d'une théorie de synthèse. Il faut adapter l'impératif du droit aux contingences du réel. C'est donc un émiettement, un effritement de ce bastion de l'irresponsabilité de la raison d'État auquel nous allons assister. La doctrine le souhaite, unanime. La Haute juridiction administrative s'y emploie, avec cette sage lenteur qui est la garantie la plus certaine de son autorité et de l'exécution de ses décisions. C'est un combat à mener sur plusieurs fronts, suivant des techniques différentes, à des allures variées et des chances-dissemblables. Corollaire naturel de la plus ou moins grande densité des actes de gouvernement selon leur catégorie, et du caractère plus ou moins artificiel de leur reconnaissance.<sup>255</sup>

### **C. Les justifications théoriques de l'existence des actes de gouvernement :**

Au premier abord l'existence des actes de gouvernement constitue un mystère, dans la mesure où depuis 1875 le Conseil d'État renonce à l'expliquer. Heureusement la doctrine propose trois types d'explications : certains nient l'existence des actes de gouvernement en tant que catégorie autonome, d'autres expliquent l'existence des actes de gouvernement par une raison extra-juridique « la survivance de la raison d'État », et un troisième courant doctrinal distingue la fonction gouvernementale de la fonction administrative comme justificatif de l'existence de tels actes.

---

<sup>255</sup> : Maxim Mignon, Op.cit., p.39

## 1- La théorie de l'inexistence des actes de gouvernement en tant que catégorie autonome :

Un premier groupe d'auteurs nie l'existence des actes de gouvernement en tant que catégorie autonome<sup>256</sup>. Selon eux, le refus du juge administratif de les contrôler s'expliquerait par le jeu normal des compétences. Il s'agirait d'actes hétéroclites, relevant tantôt du droit parlementaire, tantôt du droit international public. Le recours à la notion d'actes de gouvernement serait donc superflu.

Deux raisons permettent de douter de l'exactitude de cette analyse. Tout d'abord elle est manifestement inapte à expliquer l'immunité juridictionnelle de certains actes, qu'on ne peut rattacher sans artifice au droit parlementaire ou au droit international public : on songe notamment à la décision de recourir à l'article 16 de la constitution de 1958<sup>257</sup>. Ensuite et surtout, elle a été clairement désavoué par la jurisprudence, qui a pris un malin plaisir à réemployer l'expression « actes de gouvernement », auparavant tombée en désuétude, afin de signifier la réalité de la notion<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> : Michel Virally, « L'introuvable "acte de gouvernement" », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1952 (58<sup>ème</sup> année), p.317 ; Georges Vedel, « *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel* », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 1, N°3, Juillet-septembre 1949.

<sup>257</sup> : Historiquement, l'article 16 s'inspire de la théorie des circonstances exceptionnelles.

Il dispose : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée. »

— *Article 16 de la Constitution, version en vigueur au 18 juillet 2019*

Note : Cet article fut publié avec une erreur de grammaire. Le mot « menacés » devrait en effet s'écrire « menacées ».

Concrètement, il s'agit d'intégrer au mieux la gestion de crise : pour sauvegarder les institutions de la République dans des situations d'une gravité particulière (comme la guerre ou les catastrophes naturelles), cet article vise à accroître temporairement les pouvoirs de l'exécutif et à le rendre plus réactif.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 est, à l'heure actuelle, la dernière modification de cet article.

## **2- La théorie de la survivance de la raison d'État :**

Un second courant doctrinal ramène l'existence des actes de gouvernement à une raison extra-juridique : « la survivance de raison d'État »<sup>259</sup>. Leur immunité juridictionnelle s'expliquerait par des raisons politiques. Il s'agirait d'actes particulièrement « sensibles », que le juge administratif s'abstiendrait de contrôler par peur de voir son autorité bafouée. Rien n'aurait donc fondamentalement changé par rapport à avant 1875. Le critère de la raison d'État se serait simplement déplacé. Du mobile (critère psychologique) on serait passé à la nature intrinsèquement sensible (critère matériel) de l'acte.

Cette explication par la raison d'État est inacceptable dans un État de droit. Du fait qu'elle entérine la prétention des gouvernants à arracher la politique à l'emprise du droit, au nom des « intérêts supérieurs de l'État<sup>260</sup> ». Par là même, elle tend à pérenniser l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement.

## **3- La théorie du dédoublement fonctionnel :**

En définitive c'est vers un troisième courant doctrinal qu'il faut se tourner pour trouver la justification de l'existence des actes de gouvernement. Dans la ligné de Maurice Hauriou<sup>261</sup>, plusieurs auteurs pensent que les titulaires du pouvoir exécutif – Président de la république et gouvernement- exercent chacun deux fonctions distinctes : la fonction « administrative » et la fonction « gouvernementale »<sup>262</sup>, c'est précisément ce dédoublement

---

<sup>258</sup> : TC, 24 juin 1954, Barbaran, Recueil Lebon, p.712 ; CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens, GAJA : où le Conseil d'État précise que la décision de mettre en œuvre les pouvoirs exceptionnels est « un acte de gouvernement dont il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application ».

<sup>259</sup> : Titre d'un ouvrage de Gros, Dalloz, 1932 ; thèse reprise par André de Laubadère, Jean-Claude Vénézia et Yves Gaudmet dans leurs manuels.

<sup>260</sup> : Expression utilisée par le gouvernement français à propos du refus d'extrader deux terroristes iraniens vers la Suisse, Le Monde, 16 décembre 1994.

<sup>261</sup> : Précis de droit administratif, Op.cit., p.15

<sup>262</sup> : René Chapus, « *L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?* », Dalloz, 1958, chron., p.5.

fonctionnel qui explique la coexistence des actes administratifs et des actes de gouvernement.

La fonction administrative consiste à satisfaire les besoins du public, et s'exprime par des actes administratifs. La fonction gouvernementale a au contraire pour objet de participer à l'exercice de la souveraineté, et se traduit par l'édition d'actes de gouvernement. Si on observe l'existence de deux catégories d'actes de gouvernement, c'est parce que cette participation concerne tantôt l'exercice de la souveraineté dans l'État par recours au peuple (référendum) ou à la « dictature » (art.16 de la constitution française), par la collaboration avec le Parlement (initiative et promulgation des lois), ou l'exercice de la souveraineté de l'État (par les relations diplomatiques).

Cette analyse simple est convaincante depuis l'entrée en vigueur de la constitution de 1958, dont on sait qu'elle a renforcé la participation de l'exécutif à l'exercice de la souveraineté. Elle a l'immense mérite de montrer que les actes de gouvernement ne sont ni des monstres (contre le second courant doctrinale) ni des fantômes (contre le premier courant doctrinale), mais la manifestation normale de la fonction gouvernementale. Elle permet aussi d'expliquer leur régime juridique : si le juge administratif est incompétent pour les contrôler, c'est en effet parce qu'il est le juge de la fonction administrative, et de seulement de cette dernière.<sup>263</sup>

---

<sup>263</sup> : Gilles Lebreton, Op.cit. p.109.



## ***Titre II\_ La portée de l'action gouvernementale :***

À l'époque moderne, les interventions de l'administration sont multiples ; elles présentent des degrés et des objets innombrables ; elles portent sur des domaines très variés, notamment sur le domaine de la vie économique. L'administration intervient dans la vie des particuliers chaque jour d'avantage : tantôt elle se borne à la réglementer, tantôt elle cherche à l'aider et l'encourager (par exemple en la subventionnant), tantôt elle la contrôle et la surveille (par exemple en la soumettant à des déclarations ou des autorisations), tantôt enfin elle prend en mains, pour l'assurer elle-même, l'exercice d'une activité (c'est alors le service public proprement dit).<sup>264</sup>

On se bornera ici à traiter de deux grandes "théories classiques" du droit administratif : celle du service public et celle de la police administrative en tant que vecteurs de préservation de la paix social par l'action administrative ou à fortiori l'action public représentative de l'initiative gouvernementale.<sup>265</sup>

Et sur le plan économique on s'attardera sur le régime des subventions et sur les contrats administratifs comme moyens financiers de l'action gouvernementale.

---

<sup>264</sup> : André de Laubadère, « Traité de droit administratif », tome 1, 9<sup>ème</sup> édition par : Jean-Claude VENEZIA & Yves GAUDEMET, LGDJ, Paris, 1984, p.627.

<sup>265</sup> : La présentation distinct de ces deux théories est habituelle dans le cadre du droit administratif, elle ne doit cependant pas être comprise comme impliquant une séparation de nature entre la police administrative et le service public, bien que ce point est pu donner à discussion ; on reconnait en général aujourd'hui que, par son caractère d'activité administrative d'intérêt général, la police administrative constitue elle-même un service public (en ce sens : CE 12 avril 1957, Mimouni, D. 1657. p.413, concl. Tricot).



## **Chapitre I : *Sur le plan Social***

L'action gouvernementale dans son aspect d'activité administrative doit être d'abord considéré dans ses fins. Elle apparaît alors comme exercée (comme l'a bien mis en lumière Charles Eisenmann<sup>266</sup>) en vue de deux objectifs remplissant deux « fonctions sociales ».

D'une part, l'activité administrative tend à réaliser la distribution de prestations aux divers ayants droit. Exerçant sa fonction de prestation mise en œuvre par le service public, ou l'administration fournit biens et services, dont elle a ou non le monopole, aux membres de la collectivité comme : l'aide sociale, la sécurité sociale, la distribution d'eau, de gaz, d'électricité, transport des voyageurs et marchandises, distribution de courrier et acheminement des communications téléphoniques, fourniture d'accès à internet, enseignement des élèves et étudiants, traitement des malades...

D'autre part, l'activité administrative en tant qu'action gouvernementale tend à soumettre la vie sociale à un ordre juridique déterminé : à une réglementation précise. À cette fin les autorités administratives compétentes édictent les normes juridiques appropriées, qui s'ajoutent aux normes constitutionnelles, législatives et jurisprudentielles, ainsi qu'à celle d'origine internationale. L'administration contribue ainsi à déterminer le contenu de l'ordonnement juridique de la société et remplit une fonction normative dont les conséquences directes visent à prescrire certains comportements et à en interdire d'autres, d'autres en revanche seront autorisés, c'est l'application de la police administrative.

---

<sup>266</sup> : Dans son ouvrage : « Cours de droit administratif », Édition L.G.D.J, tome 2, Paris, 1983, p.15.

## Section 01 : Le service public

Le service public est une notion qui ne peut pas être figée dans une théorie exclusivement juridique. Il est certain que les juristes ont joués un rôle déterminant dans son apparition et dans sa formulation, mais la notion de service public ne prend corps que par sa mise en œuvre, laquelle traduit avant tout un projet social et politique. Le service public est une idée élaborée dès l'origine dans le but de résoudre des questions neuves, de promouvoir des projets de grande ampleur qui nécessitent une implication citoyenne dans le sens où elle traduit une conception que chacun se fait du devenir de la cité. Au XX<sup>ème</sup> siècle l'apogée d'une action politique inspirée par la notion de service public et dotée de moyens technique juridique sophistiqués permettant son accomplissement, c'est la libération.<sup>267</sup>

Notion juridique, le service public a joué un rôle structurant dans l'élaboration du droit public, notamment français. Notion également politique, il traduit une certaine conception de l'étendue et des modalités de l'intervention de la puissance publique. Aussi les débats juridiques et politiques sur la place du service public sont-ils vifs en France depuis plus d'un siècle.

Fondement du droit administratif français, source de polémique dans la vie politique et sociale, le service public apparait parfois comme une composante de l'exception française. Le terme est d'ailleurs difficile à traduire dans les autres langues, notamment en anglais.

Fruit d'une riche histoire juridique, le service public demeure en conséquence au centre de l'actualité dans le droit public français et européen, il y a la trois étapes qui jalonnent l'histoire du service public en droit public français, qui montrent à quel point la notion juridique est inséparable du contexte politique et social.<sup>268</sup>

De la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle à la guerre de 1914-1918, le service public est la pierre angulaire du droit administratif alors en construction. L'entre-deux-guerres est l'époque de la crise du service public. Puis, après la seconde guerre mondiale, le service public renaît de ses cendres. S'il ne peut prétendre à être la

---

<sup>267</sup> : Gilles J. Gugliemi et Geneviève Koubi, « Droit du service public », Montchrestien, collection "Domat droit public", Paris, 2000, p.1 (dans : avertissement : le sens du service public).

<sup>268</sup> : Bernard Stirn et Yann Aguila, « Droit public français et européen », Presse science po et Dalloz, collection "Amphi", imprimé en Belgique, 2014, p.431.

seule clef explicative du droit public, il en est, en dépit de certaines hésitations, une notion centrale : au déclin succède la renaissance du service public.

## **A. Le service public, pierre angulaire du droit administratif :**

Illustrations jurisprudentielles et controverses doctrinales se conjuguent pour placer le service public au cœur du droit administratif dont le conseil d'État et le Tribunal des conflits posent les fondements. Jusqu'en 1918, ce droit repose pour l'essentiel sur le service public.<sup>269</sup>

### **1- Fondements jurisprudentiels :**

Dès l'arrêt Blanco du 8 février 1873, le Tribunal des conflits se fonde sur le service public pour décider que la responsabilité de la puissance publique relève d'un régime qui lui est propre, en affirmant : « 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. » La jurisprudence définit le champ du service public et, par-là, celui de l'application du droit public et la compétence du juge administratif. Par sa décision *Terrier* du 06 février 1903, le Conseil d'État juge qu'un département remplit une mission de service public lorsqu'il se préoccupe, dans un but de salubrité publique, de la destruction des vipères. Les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sur cette affaire sont éclairantes de la manière dont le service public est placé au centre des constructions qui commencent à s'édifier : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics... constituent une opération administrative, qui est, par nature, du domaine de la juridiction administrative... Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ses personnes publiques elle-même, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative.» quelques années plus tard, le Conseil d'État juge de Même, dans son arrêt *Thérond*, du 04 mars 1910<sup>270</sup>, conformément aux conclusions du commissaire

---

<sup>269</sup> : Bernard Stirn et Yann Aguila, Op.cit., p.432.

<sup>270</sup> : CE, 04 mars 1910, *Thérond*, requête numéro :29373 , Publié au recueil Lebon :

---

**Texte intégral** : «Vu la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour le sieur X..., concessionnaire du service de la capture et mise en fourrière des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes à Montpellier, y demeurant ..., ladite requête et ledit mémoire enregistrés au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'État les 13 septembre et 28 novembre 1907 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté, en date du 6 février 1907, par lequel le conseil de préfecture du département de l'Hérault a rejeté sa demande en 120.000 francs de dommages-intérêts qu'il avait formée contre la ville pour le préjudice que lui avait causé l'inexécution par cette dernière des clauses et conditions de l'article 11 du cahier des charges qui régit la concession ; Vu la loi des 2-17 mars 1791 ; Vu la loi du 21 juin 1898 ; Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Sur la compétence : Considérant que le marché passé entre la ville de Montpellier et le sieur X... avait pour objet la capture et la mise en fourrière des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes ; qu'à raison de cet objet, ce contrat ne saurait être assimilé à un marché de travaux publics dont il aurait appartenu au conseil de préfecture de l'Hérault de connaître par application de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ; que ce conseil était, par suite, incompétent pour statuer sur la demande du sieur X... et que son arrêté doit être annulé ;

Considérant qu'en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées avec le sieur X..., la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public ; qu'ainsi les difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence du Conseil d'État ;

Considérant qu'à l'appui de la demande d'indemnité dont il a saisi le maire de Montpellier, le sieur X... soutenait que la ville aurait porté atteinte au privilège qu'il prétend tenir de son contrat et lui aurait ainsi causé un préjudice dont il lui serait dû réparation ; que du refus du maire et du conseil municipal de faire droit à cette réclamation il est né entre les parties un litige dont le Conseil d'État, compétent comme il vient d'être dit, est valablement saisi par les conclusions prises devant lui et tendant à la résiliation du marché et à l'allocation d'une indemnité ;

Au fond : Considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 1er, 6 et 7 du cahier des charges de l'entreprise que la ville de Montpellier a concédé au sieur X... le privilège exclusif de la capture des chiens et de l'enlèvement tant des bêtes mortes dans les gares de chemins de fer, à l'abattoir, sur la voie publique ou au domicile des particuliers, qui n'auraient pas été réclamées par leurs propriétaires, que de celles qui auraient été reconnues malsaines par le service de l'inspection sanitaire ; que dans l'un et l'autre cas, la chair des bêtes malsaines doit être dénaturée par les soins du concessionnaire ; que les dépouilles des bêtes mortes de maladies non contagieuses seront délivrées aux propriétaires qui les réclameront, moyennant le paiement de taxes prévues à l'article 7 du marché, le concessionnaire gardant la disposition des dépouilles des bêtes mortes de maladies contagieuses et de celles qui ne seront pas réclamées par leurs propriétaires ; que ces taxes et la valeur de ces dépouilles constituent la rémunération qui est assurée par le marché au concessionnaire ;

Mais considérant que les dispositions ci-dessus rappelées établissent au profit du sieur X... un véritable monopole, en violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, inscrit dans la loi du 17 mars 1791 ; qu'elles sont, en outre, contraires aux articles 27 et 42 de la loi susvisée du 21 juin 1898, qui autorisent les propriétaires de bêtes mortes à en opérer eux-mêmes la destruction par un des procédés énumérés à ces articles ; qu'il suit de là que la ville n'a pu légalement obliger les propriétaires de bêtes mortes à les faire enlever et dénaturer par les soins du concessionnaire et n'a pas pu, par suite, assurer à ce dernier les produits qu'il était en droit d'attendre de sa concession ; qu'elle est donc dans l'impossibilité de satisfaire à ses engagements ; que, dans ces conditions, il y a lieu, faisant droit aux conclusions de la requête, de prononcer la résiliation du marché au profit du sieur X... et de condamner la ville de Montpellier à l'indemniser des dommages résultant pour lui de la non-exécution du marché ; Considérant que l'état de l'instruction ne permet pas d'apprécier l'étendue du préjudice qui a été causé au sieur X... et qu'il y a lieu d'ordonner une expertise à cet effet ;

DECIDE : Article 1er : L'arrêté ci-dessus visé du Conseil de préfecture de l'Hérault en date du 6 février 1907 est annulé. Article 2 : Il sera par trois experts nommés l'un par le sieur X..., l'autre par la ville de Montpellier, le troisième par le président de la section du contentieux du Conseil d'État, à moins que les parties ne s'entendent pour la désignation d'un expert unique, procédé à une expertise contradictoire. Faute par l'une des parties d'effectuer la désignation de son expert dans le délai d'un mois à dater de la notification de la présente décision, il y sera procédé d'office par le président de la section du contentieux ; le ou les experts auront à évaluer le montant de l'indemnité due au concessionnaire en réparation du préjudice qui est résulté pour lui de l'inexécution du contrat. Cette indemnité devra comprendre : 1° le montant des diverses perceptions dont le concessionnaire a été privé depuis le 24 juillet 1905 jusqu'au jour de la présente décision, sauf déduction des dépenses d'exploitation correspondant à ces perceptions ; 2° la part des dépenses exposées par le sieur X... pour satisfaire aux obligations du contrat et qui ne serait pas amortie soit par les perceptions diverses par lui effectuées, soit par celles qui sont prévues au paragraphe ci-dessus ; le ou les experts prêteront serment soit devant le secrétaire du contentieux du Conseil d'État, soit devant le président du conseil de préfecture de l'Hérault. Ils devront transmettre leurs rapports

du gouvernement Pichat, qu'en passant un marché en vue de la capture de la mise en fourrière des chiens errants, la ville de Montpellier « a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public ». Il en conclut que « les difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service » relèvent de la compétence du juge administratif.

## **2- Controverses doctrinales :**

Débats et controverses ont animés les polémiques qui ont opposé Léon Duguit (1859-1928), doyen de la faculté de droit de Bordeaux, et Maurice Hauriou (1856-1929), doyen de la faculté de droit de Toulouse, l'école de Bordeaux (Léon Duguit) est l'école du service public, dans son traité de droit constitutionnel, Duguit définit l'État comme « une coopération de services publics organisés et contrôlés par le gouvernement ». Professeur à la faculté de droit de Paris, Gaston Jèze poursuit dans cette optique, notamment dans un article intitulé « Le service public », publié en 1926 dans la "Revue roumaine de droit public". Maurice Hauriou conteste une telle conception, qui refuse en définitive à l'État sa qualité de puissance souveraine pour n'y voir qu'un ensemble de services publics. Dans la préface de son « Précis de droit administratif », il écrit que tant que les nouvelles doctrines inspirées du seul service public « planent dans les généralités » et ne descendent pas au contact des analyses juridiques sincères, leur apparente simplicité et leur envolée peuvent séduire les esprits. Mais on voit combien il est dangereux d'essayer de

---

au secrétariat du contentieux du Conseil d'État dans le délai de trois mois à partir de la prestation du serment. Article 3 : Les dépens sont réservés pour être statué ce qu'il appartiendra en fin de cause. Article 4 : Expédition Intérieur. »

### **Analyse du CE :**

« Un marché, passé entre une ville et un particulier, ayant pour objet la capture et la mise en fourrière des chiens errants, ainsi que l'enlèvement des bêtes mortes constitue-t-il un contrat devant être assimilé à un marché de travaux publics ? - Rés. nég. - En conséquence, le conseil de préfecture n'est pas compétent pour connaître d'une demande en résiliation dudit marché. Cette demande rentre-t-elle dans la compétence du Conseil d'État, en tant que juge de droit commun du contentieux administratif ? - Rés. aff. - Il s'agit, en effet, d'un contrat conclu en vue d'assurer un service public.

Une ville a-t-elle pu légalement concéder à une personne le privilège exclusif de l'enlèvement des bêtes mortes tant dans les lieux publics qu'au domicile des particuliers ? - Rés. nég. - Ce monopole est contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi qu'à la loi du 21 juin 1898, qui autorise les propriétaires de bêtes mortes à en opérer eux-mêmes la destruction. La ville ne pouvant ainsi remplir ses engagements vis-à-vis du concessionnaire, il y a lieu de prononcer au profit de ce dernier la résiliation du marché et d'ordonner une expertise à l'effet d'apprécier l'indemnité qui lui est due. »

les faire atterrir.<sup>271</sup> Pour Hauriou, elles ont négligé les prérogatives de puissance publique, dans lesquelles il voit le facteur véritablement explicatif du droit administratif.

Ces controverses théoriques, dont Maurice Hauriou, aussi brillant polémiste que grand juriste, a écrit « qu'elles n'ont pas moins bouleversés le monde du droit que les schismes religieux n'ont bouleversés la chrétienté », se doublent de débats sur l'étendue du service public. Même s'il couvre, au-delà des activités régaliennes, la salubrité et l'hygiène, au travers des arrêts *Terrier*<sup>272</sup> et *Thérond*, le service public conserve, avant 1918, un champ restreint : par un

---

<sup>271</sup> :Maurice Hauriou, « Précis de droit administratif et de droit public »,12<sup>ème</sup> ed (mise à jour par André Hauriou), Réédition présentée par : Pierre Delvolvé et Franck Moderne, Dalloz, Paris, 2002, p.XIV (dans : Préface de la onzième édition).

<sup>272</sup> : CE, 6 février 1903, *Terrier*, requête numéro 07496, publié au recueil, p.97

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour le sieur Adrien X..., demeurant à Villevieux Jura , ladite requête et ledit mémoire enregistrés au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'État les 7 septembre et 16 novembre 1901 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 17 juillet 1901 par lequel le Conseil de Préfecture du département de Saône-et-Loire s'est déclaré incompétent pour statuer sur sa demande tendant à obtenir du département le paiement d'un certain nombre des primes allouées par le Conseil Général pour la destruction des vipères ; Vu la loi du 22 juillet 1889 ; Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Sur la compétence : Considérant que le sieur X... défère au Conseil d'État une note rédigée en chambre du conseil par laquelle le secrétaire-greffier lui fait connaître que la requête adressée par lui au conseil de préfecture du département de Saône-et-Loire à l'effet d'obtenir du département le paiement d'un certain nombre de primes allouées pour la destruction des animaux nuisibles aurait été soumise à ce conseil qui se serait déclaré incompétent ;

Considérant que la note dont s'agit ne constitue pas une décision de justice et ne peut à ce titre être déférée au Conseil d'État ;

Mais considérant que, dans son pourvoi, le requérant a pris, en vue de l'incompétence du conseil de préfecture, des conclusions directes devant le Conseil d'État pour être statué sur le bien-fondé de sa réclamation ;

Considérant qu'étant donné les termes dans lesquels a été prise la délibération du conseil général allouant des primes pour la destruction des animaux nuisibles et a été voté le crédit inscrit à cet effet au budget départemental de l'exercice 1900, le sieur X... peut être fondé à réclamer l'allocation d'une somme à ce titre ; que du refus du préfet d'admettre la réclamation dont il l'a saisi il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'État de connaître et dont ce conseil est valablement saisi par les conclusions subsidiaires du requérant ;

Au fond : Considérant que l'état de l'instruction ne permet pas d'apprécier dès à présent le bien-fondé de la réclamation du sieur X... et qu'il y a lieu, dès lors, de le renvoyer devant le préfet pour être procédé à la liquidation de la somme à laquelle il peut avoir droit ;

DECIDE : Article 1er : Le sieur X... est renvoyé devant le Préfet du département de Saône-et-Loire pour être procédé à la liquidation de la somme à laquelle il peut avoir droit. Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête susvisée du sieur X... est rejeté. Article 3 : Expédition de la présente décision sera transmise au Ministre de l'Intérieur. »

Décision citée par :

Jean Romieu, « Conclusions Romieu sur l'arrêt Terrier »

Maurice Hauriou, « L'extension du contentieux administratif aux affaires départementales et communales et à tout ce qui est exécution d'un service public »

Pierre Tifine, « Droit administratif français » – Deuxième Partie – Chapitre 1 – Section IV

arrêt du 07 avril 1916, *Astruc*<sup>273</sup>, le conseil d'État juge que la ville de Paris n'assure pas un service public lorsqu'elle exploite le théâtre des Champs-Élysées. Cette conception restrictive du champ du service public est chaudement approuvé par Maurice Hauriou dans le commentaire qu'il fait de cette arrêt : « Le théâtre représente l'inconvénient majeur d'exalter l'imagination, d'habituer les esprits à une vie factice et fictive et d'exalter les passions de l'amour, qui sont aussi dangereuse que celles du jeu et de l'intempérance ». Aussi le doyen Hauriou se félicite-il que le Conseil d'État « condamne la conception qui consisterait à ériger le service public, comme la période de la décadence romaine, les jeux du cirque ». Le service public, s'il forme alors la pierre angulaire du droit administratif, a une assise restreinte.

### **3- Personne public, service public, droit public : L'identité parfaite**

Dans ce cadre, une identité complète existe entre trois notions qui se recouvrent entièrement : les personnes publiques, le service public, le droit public. Le service public est assuré par des personnes publiques sous un régime de droit administratif. Si l'une de ces notions est présente, les deux autres le sont également. En ce sens le service public est bien la pierre angulaire du droit administratif : coïncidant avec lui, il en explique l'étendue et en justifie

---

<sup>273</sup> : CE, 07 avril 1916, *Astruc et société du théâtre des Champs-Élysées c. ville de Paris*, requête numéro :49011, Publié au recueil, p.164 : « Le Conseil d'État; — Considérant que la requête, dont le sieur Astruc et la Société du Théâtre des Champs-Élysées ont saisi le conseil de préfecture de la Seine, tendait à faire condamner la ville de Paris à leur payer une indemnité, à raison de l'inexécution d'une promesse de concession d'un emplacement sis aux Champs-Élysées, pour la construction d'un « Palais philharmonique »; — Considérant que si, à raison de l'emplacement que devait occuper le palais projeté, le conseil municipal a inséré, dans sa délibération du 12 juillet 1906, certaines prescriptions relatives aux dimensions de cet immeuble et à ses aménagements, et si cet immeuble devait, en fin de concession, dans le cas où celle-ci serait réalisée, devenir la propriété de la ville de Paris, le palais dont il s'agit n'était pas destiné à assurer un service public ni à pourvoir à un objet d'utilité publique; que, d'autre part, il résulte de l'ensemble des dispositions de la délibération précitée que la convention à intervenir comportait une attribution de jouissance au sieur Astruc, moyennant le paiement d'une redevance annuelle de 20.000 francs et d'une redevance proportionnelle; que le projet de convention participait ainsi de la nature d'un contrat de droit commun, rentrant dans la compétence de l'autorité judiciaire; que c'est donc à tort que le conseil de préfecture, assimilant l'affaire à un débat sur une concession de travaux publics, en a retenu la connaissance et a statué au fond;

— Art. 1er. L'arrêté du conseil de préfecture susvisé, en date du 27 mars 1912, est annulé pour incompétence. — Art. 2. Les dépens de première instance et d'appel sont mis à la charge du sieur Astruc et de la Société du Théâtre des Champs-Élysées.

Du 7 avril 1916. — Cons. d'État. — MM. Wurtz, rapp.; Corneille, comm. du gouv. »

Décision citée par : Maurice Hauriou, *Exploitation théâtrale et Service public : nature juridique d'une convention portant sur la concession d'un emplacement pour la construction d'un « Palais philharmonique »*

l'application. La crise, qui va dissocier ces trois notions, n'en sera que plus forte.

## **B. La crise du service public :**

Résultant de deux processus juridiques distincts, la crise du service public découle, dans l'entre -eux-guerres, d'une même évolution politique, marqué par l'extension des interventions de collectivités publiques, en particulier en matière économique et sociale.

### **1- Le service public industriel et commercial :**

Par sa décision du 22 janvier 1921, "société commerciale de l'ouest africain "<sup>274</sup>, le Tribunal des conflits donne naissance à une nouvelle catégorie de services publics, le service public industriel et commercial. Il constate que la personne publique qu'était alors la colonie de Côte d'Ivoire exploitait un bac,

---

<sup>274</sup> : TC, 22 Janvier 1921, Requête n° 00706, dit arrêt « Bac d'Eloka », Publié au recueil Lebon, M. Pichat, rapporteur, M. Matter, commissaire du gouvernement

Texte intégral : « Vu l'arrêté, en date du 13 octobre 1920, par lequel le lieutenant-gouverneur de la colonie de la Côte-d'Ivoire a élevé le conflit d'attributions dans l'instance pendante, devant le juge des référés du tribunal civil de Grand-Bassam, entre la Société commerciale de l'Ouest africain et la colonie de la Côte-d'Ivoire ; Vu l'ordonnance du 7 septembre 1840, le décret du 10 mars 1893, le décret du 18 octobre 1904 ; Vu les décrets des 5 août et 7 septembre 1881 ; Vu les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III ; Vu l'ordonnance du 1er juin 1828 et la loi du 24 mai 1872 ;

Sur la régularité de l'arrêté de conflit : Considérant que si le lieutenant-gouverneur de la Côte-d'Ivoire a, par un télégramme du 2 octobre 1920, sans observer les formalités prévues par l'ordonnance du 1er juin 1828, déclaré élever le conflit, il a pris, le 13 octobre 1920, un arrêté satisfaisant aux prescriptions de l'article 9 de ladite ordonnance ; que cet arrêté a été déposé au greffe dans le délai légal ; qu'ainsi le tribunal des conflits est régulièrement saisi ;

Sur la compétence : Considérant que par exploit du 30 septembre 1920, la Société commerciale de l'Ouest africain, se fondant sur le préjudice qui lui aurait été causé par un accident survenu au bac d'Eloka, a assigné la colonie de la Côte-d'Ivoire devant le président du tribunal civil de Grand-Bassam, en audience des référés, à fin de nomination d'un expert pour examiner ce bac ;

Considérant, d'une part, que le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public ; d'autre part, 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 ; que, par suite, en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué, que celui-ci ait eu pour cause, suivant les prétentions de la Société de l'Ouest africain, une faute commise dans l'exploitation ou un mauvais entretien du bac. Que, - si donc c'est à tort qu'au vu du déclinatoire adressé par le lieutenant-gouverneur, le président du tribunal ne s'est pas borné à statuer sur le déclinatoire, mais a, par la même ordonnance désigné un expert contrairement aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er juin 1828, - c'est à bon droit qu'il a retenu la connaissance du litige ;

DECIDE : Article 1er : L'arrêté de conflit ci-dessus visé, pris par le lieutenant-gouverneur de la Côte-d'Ivoire, le 13 octobre 1920, ensemble le télégramme susvisé du lieutenant-gouverneur n° 36 GP, du 2 octobre 1920, sont annulés. »



le bac d'Eloka, qui transportait, moyennant rémunération, piétons et voitures, d'une rive à l'autre de la lagune, « dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ». Il en déduit que les litiges auxquels peut donner lieu cette activité relèvent du droit privé et donc des tribunaux judiciaires.

Dès lors, une distinction est établie entre deux catégories de services publics. Dans ces conclusions sur l'affaire bac d'Eloka, le commissaire du gouvernement Matter l'explique ainsi : « Certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique. D'autres services, au contraire, sont de nature privée et, s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'accessoirement, accidentellement ». La dualité des services publics est instituée, avec, d'un côté le service public administratif, et de l'autre, le service public commercial et industriel. Le conseil d'État adhère très rapidement à cette jurisprudence en se référant aux "services publics industriels"<sup>275</sup>.

La frontière entre les deux catégories est déterminée à partir d'un faisceau d'indices, qui tient compte de l'objet du service, de son organisation et de son

---

<sup>275</sup> : CE, 23 Décembre 1921, *Société générale d'armements*, Requête n°66689, Publié au recueil Lebon, p.1109.

Texte intégral : « PROCÉDURE. CONSEIL D'ÉTAT. — COMPÉTENCE. :— RISQUES MARITIMES DE GUERRE.

ASSURANCE DE L'ÉTAT. ACCORDS PASSÉS PAR LA COMMISSION VISEE PAR LES DÉCRETS

DES 11 ET 13 AOÛT 1914. — CONTRATS DE DROIT COMMUN DE LA C'OMPÉTENCE JUDICIAIRE. "" , (23 déc. —

66.686. Société générale d'armements. —MM. Edmond Laurent, rapp.; Rivet, c. dujg.; M" de Ségogne et Labbé, av.)-.

Vu LA REQUÊTE présentée pour la société générale d'armement, dont le siège esta Nantes, 1, place Graslin..., et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision du 14 janv. 1919, par laquelle le ministre des Finances a rejeté sa demande en paiement de la somme assurée par l'Etat français contre les risques maritimes de guerre sur corps du voilier « Général de Boisdeffre » ;

Vu (les décrets desli-13 août, 10 oct. et 12 nov. 1914, ensemble les lois du 10 avr. 1915 et 24 mai 1872); .

CONSIDÉRANT que la. requête tend à faire résoudre par le Conseil d'État la question de savoir si la société générale d'armement est en droit de réclamer à l'État la somme assurée sur corps du voilier « Général de Boisdeffre » contre tous dommages survenant à ce navire par accident et fortune de, guerre, selon contrat passé, le 20 avr. 1917, entre cette Compagnie et le président de la "commission executive des assurances contre les risques maritimes de guerre, à ce délégué par le ministre des Finances; . '

Cons. que, dans l'exploitation des services publics industriels dont il croit devoir assumer la gestion, l'État se trouve vis-à-vis des usagers dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire, à moins que la nature propre du service ou des clauses spéciales ne donnent aux accords individuels passés avec lesdits usagers le caractère de véri- tables contrats administratifs ;\*

Cons. que si l'État," par les décrets des 11 et 13 août 1914, ratifiés par la loi du 10 avr. 1915, en vigueur lors de la passation dudit contrat, a, dans le but de faciliter le ravitaillement du pays, créé un service national d'assurance et institué à cet effet une commission executive; il n'a pas entendu gérer ce. service dans des conditions juridiques différentes de celles où fonctionnent les entreprises d'assurances privées; que les accords passés par l'intermédiaire de cette commission, avec les assurés n'ont pas le caractère administratif,- mais constituent des contrats de droit commun; qu'ainsi la requête soulève un débat qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître et, dès lors, n'est pas recevable;... (Rejet). »

financement<sup>276</sup>, La qualification donnée par le législateur s'impose au juge<sup>277</sup>. En revanche une qualification donnée à tort par un texte réglementaire peut être écartée par le juge<sup>278</sup>.

De nombreux services publics ont un caractère industriel et commercial, en particulier dans les domaines de la poste et télécommunications, du transport public, de l'alimentation en eau, du ramassage et du traitement des ordures ménagères. Certains services publics culturels peuvent avoir ce caractère.<sup>279</sup> Le service public industriel et commercial est principalement régi par le droit privé. Ses relations avec ses usagers en relèvent entièrement. À l'exclusion de son directeur, et de son comptable s'il a la qualité de comptable public, son personnel est constitué d'agents de droit privé<sup>280</sup>. Le droit public n'est toutefois

---

<sup>276</sup> : CE, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Publié au recueil Lebon, p.434.

**Résumé** : « Considérant que la Caisse de Compensation pour la décentralisation de l'industrie aéronautique, instituée par l'article 105 de la loi du 31 mars 1931 et dont le domaine d'activité avait été étendu par le décret du 24 mai 1938, avait essentiellement pour objet de subventionner des opérations d'intérêt général ; qu'elle tirait la plus grande partie de ses ressources d'une retenue de nature parafiscale, précomptée sur toutes les factures afférentes à des marchés passés par le Ministre de l'Air ou pour son compte, en vue de la livraison de matériels volants ou des fournitures nécessaires auxdits matériels ; que ses modalités de fonctionnement présentaient un caractère purement administratif ; que, dans ces conditions, ladite caisse ne constituait pas un établissement public à caractère industriel ou commercial ; que, dès lors, elle était au nombre des établissements publics qui sont visés par la disposition sus rappelée de l'article 7 de la loi du 17 août 1948 et qui, par suite, peuvent être supprimés par un décret pris dans les conditions prévues à l'article 6 de ladite loi ; »

<sup>277</sup> : TC, 29 décembre 2004, *Époux Blanckeman c/ Voies navigables de France* ; TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*.

<sup>278</sup> : TC, 24 juin 1968, *Fond d'Organisation et de Régulation des Marchés Agricoles*, Requête n°1917, Publié au recueil Lebon.

**Analyse du TC :**

« Bien que créé sous la dénomination d'établissement public à caractère industriel et commercial, le Fonds d'organisation et de régularisation des marchés agricoles exerce en réalité une activité purement administrative. Les contrats qu'il passe avec les exportateurs, comportant l'allocation d'une subvention financée sur des ressources provenant exclusivement de l'État, ont pour objet l'exécution même du service public et sont des contrats administratifs. Les litiges soulevés par leur exécution ressortissent à la compétence de la juridiction administrative. »

<sup>279</sup> : Par exemples : La comédie française et l'Opéra National de Paris, qui sont gérés dans des conditions voisines à l'exploitation d'un théâtre privé.

<sup>280</sup> : TC, 15 mars 1999, *Faucon*, Requête N°03097, Publié au recueil Lebon.

**Texte intégral** :« REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu, enregistrée à son secrétariat le 24 novembre 1997, l'expédition du jugement du 6 novembre 1997 par lequel le tribunal administratif de Poitiers, saisi d'une demande de M. Claude X..., tendant à l'annulation de la décision en date du 20 septembre 1993 par laquelle le maire de Châtellerault l'a licencié pour motif économique, a renvoyé au tribunal, par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu l'arrêt du 6 février 1996 par lequel la Cour d'appel de Poitiers s'est déclarée incompétente pour connaître de ce litige ;

Vu, enregistré le 26 décembre 1997, le mémoire présenté par la ministre de l'emploi et de la solidarité, tendant à ce que soit déclaré nul et non avenu l'arrêt d'incompétence rendu par la Cour d'appel de Poitiers ; qu'en effet, la régie

---

municipale des abattoirs de Châtellerault a le caractère d'un service public industriel et commercial et, à la date de la décision le licenciement pour motif économique, M. X... n'avait pas la qualité de directeur de ce service ;

Vu, enregistré le 23 janvier 1998, le mémoire présenté pour la commune de Châtellerault, tendant à ce que soit déclaré nul et non avenu le jugement de renvoi du tribunal administratif de Poitiers ; qu'en effet, la décision de licenciement prise à l'encontre de M. X... constitue une mesure de nature administrative car elle a été prise en application d'une décision générale d'organisation du service public municipal et concerne, en outre, une personne qui, par ses fonctions de direction, participe directement à l'exécution dudit service ;

Vu les pièces desquelles il résulte que la saisine du Tribunal des Conflits a été notifiée à M. X... qui n'a pas produit de mémoire ;

Vu les autres pièces du dossier ;

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

Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Vu le décret du 26 octobre 1849 modifié ;

Vu la loi n° 65-543 du 8 juillet 1965 ;

Vu le code des communes, notamment ses articles R. 323-81 et R. 378-4 ;

Vu le code du travail, notamment ses articles L. 122-12 et L. 122-12-1 ;

Vu la directive du Conseil des communautés européennes n° 77-187 du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Genevois, membre du Tribunal,

- les observations de Me Odent, avocat de la commune de Châtellerault,

- les conclusions de M. Sainte-Rose, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que la gestion des abattoirs municipaux de la commune de Châtellerault, qui avait été affermée par voie de convention à la société S.T.A.C., a, à la suite de la mise en liquidation judiciaire de cette société prononcée par un jugement du tribunal de commerce du 22 juin 1993, été reprise par la commune en régie directe en vertu d'une délibération du conseil municipal du 8 juillet 1993 ; que M. X..., antérieurement directeur de la société S.T.A.C., a, le 20 septembre 1993, été licencié par la commune pour motif économique ;

Considérant qu'il ressort des dispositions de la loi du 8 juillet 1965 relative à la gestion et à l'exploitation des abattoirs publics départementaux et municipaux éclairées par les travaux préparatoires, que le législateur a entendu faire des abattoirs publics des services publics à caractère industriel et commercial ; que du fait de la nature juridique de tels services, les litiges d'ordre individuel concernant leurs agents, **à l'exception de l'agent chargé de la direction du service ainsi que du chef de la comptabilité, lorsque ce dernier possède la qualité de comptable public, relèvent de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ;**

Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 122-12 du code du travail : "S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise" ;

Considérant qu'il résulte de la combinaison des règles et des principes susmentionnés, que la commune de Châtellerault, qui a repris en régie directe l'exploitation des abattoirs municipaux antérieurement affermée à une société, doit, pour la poursuite de l'exploitation du même service public industriel et commercial être considérée comme un nouvel employeur au sens de l'article L. 122-12 du code du travail, tenu en conséquence de respecter les contrats de travail en cours ; qu'il en va ainsi, y compris pour la personne investie d'un emploi de direction ; que, toutefois, en raison des prérogatives dont dispose une personne publique à l'égard des services publics placés sous son autorité, le maintien de l'intéressé à ce poste de responsabilité requiert la mise en oeuvre d'un régime de droit public ;

Considérant qu'à la date où a été prise la décision de licenciement pour motif économique de M. X..., **l'intéressé demeurait lié à la commune de Châtellerault par un contrat de travail ; qu'en raison de la volonté de la commune de ne plus recourir à son concours pour la direction du service public, il ne s'est pas trouvé placé sous un régime de droit public ; qu'ainsi, compte tenu de sa date d'intervention, la mesure de licenciement prise à son encontre se rattache à des rapports de droit privé ; que la juridiction de l'ordre judiciaire est, par suite, compétente pour en connaître ;**

Article 1er : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant M. X... à la commune de Châtellerault.

Article 2 : L'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 6 février 1996 est déclaré nul et non avenu. La cause et les parties sont renvoyées devant cette Cour d'appel.

pas entièrement absent, notamment dans les relations avec les tiers : le service public industriel et commercial peut passer des contrats administratifs ou provoquer des dommages de travaux publics. Les règles générales d'organisation du service ont en outre un caractère administratif<sup>281</sup>.

---

Article 3 : La procédure suivie devant le tribunal administratif de Poitiers est déclarée nulle et non avenue à l'exception du jugement rendu par ce tribunal le 6 novembre 1997.

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

**Analyse du TC :**

« COLLECTIVITES TERRITORIALES DISPOSITIONS GENERALES SERVICES PUBLICS LOCAUX .

Reprise en régie directe d'un service public à caractère industriel et commercial - Licenciement du directeur - Compétence de la juridiction judiciaire.

Une commune qui reprend en régie directe l'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial antérieurement affermé à une société doit, pour la poursuite de l'exploitation de ce service, être considérée comme un nouvel employeur au sens de l'article L. 122-12 du code du travail, tenu en conséquence de respecter les contrats de travail en cours. Il en va ainsi y compris pour la personne investie d'un emploi de direction. Toutefois, le maintien de l'intéressé à ce poste de responsabilité requiert la mise en œuvre d'un régime de droit public. Une mesure de licenciement prise deux mois et demi après la délibération du conseil municipal décidant la reprise du service en régie directe se rattache à des rapports de droit privé, dès lors que l'intéressé demeurait lié à la commune par un contrat de travail mais ne s'est pas trouvé placé sous un régime de droit public en raison de la volonté de la commune de ne plus recourir à son concours pour la direction du service. »

<sup>281</sup> :TC, 15 janvier 1968, *Compagnie air France/Époux Barbier*, Requête n°01908, Publié au recueil Lebon

**Texte intégral :** «REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu, enregistrée au Secrétariat du Tribunal des Conflits le 21 juillet 1967 une expédition de l'arrêt en date du 7 juin 1967 par lequel la Cour de Cassation, Chambre sociale, saisie du pourvoi formé par la Compagnie nationale Air-France, dont le siège est ..., en cassation d'un arrêt rendu le 30 avril 1963 par la Cour d'appel de Paris au profit des époux X..., demeurant à la Laiterie par Moisenay Seine-et-Marne, défendeurs à la cassation, a renvoyé au Tribunal des Conflits le soin de décider si les Tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour apprécier la légalité du règlement par lequel la Compagnie nationale Air-France a, le 20 avril 1959, fixé les conditions de travail du personnel navigant commercial, et notamment a prévu, à l'article 72 de ce règlement, que le mariage des hôtesses de l'air entraînait, de la part des intéressées, cessation de leurs fonctions ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ; Vu le décret du 26 octobre 1849, modifié et complété par le décret du 25 juillet 1960 ; Vu la loi du 24 mai 1872 ; Vu le Code de l'aviation civile et commerciale, résultant de la codification opérée par le décret n° 55-1590 du 30 novembre 1955 ; Vu le Code du travail ; Considérant que si la Compagnie nationale Air-France, chargée de l'exploitation de transports aériens, est une société anonyme c'est-à-dire une personne morale de droit privé, et si, par suite, il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer au fond sur les litiges individuels concernant les agents non fonctionnaires de cet établissement, les juridictions administratives demeurent, en revanche, compétentes pour apprécier, par voie de question préjudicielle, la légalité des règlements émanant du Conseil d'administration qui, touchant à l'organisation du service public, présentent un caractère administratif ; qu'aux termes du décret n° 50-835 du 1er juin 1950 et de l'article 143 du Code de l'aviation civile et commerciale alors en vigueur, le personnel de la Compagnie Air-France est soumis à un statut réglementaire, arrêté par le Conseil d'administration et approuvé par le Ministre chargé de l'aviation civile et commerciale et par le Ministre des finances et des affaires économiques ; que, dès lors, en application de ces dispositions, combinées avec celles de l'article 31 du Livre 1er du Code du travail, les conditions de travail de ce personnel ne sont pas fixées par voie de convention collective ;

Considérant que le règlement, établi le 20 avril 1959, dans le cadre des prescriptions ci-dessus analysées, par la Compagnie nationale Air-France pour fixer les conditions de travail du personnel navigant commercial, comporte, notamment en son article 72 - lequel dispose que le mariage des hôtesses de l'air entraîne, de la part des intéressées, la cessation de leurs fonctions - des dispositions qui apparaissent comme des éléments de l'organisation du service public exploité ; que ces dispositions confèrent audit acte dans son intégralité un caractère administratif et rendent compétentes les juridictions administratives pour apprécier sa légalité ;

DECIDE : Article 1er - Il est déclaré que les juridictions administratives sont compétentes pour apprécier la légalité

## 2- Les personnes privées chargées de la gestion d'un service public :

Une deuxième évolution jurisprudentielle consacre, quelques années après la jurisprudence du Bac d'Eloka, la gestion de services publics par des personnes privées mais sous un régime de droit public. Elle trouve son origine dans la création des nouvelles caisses d'assurances sociales. Par sa décision du 20 décembre 1935<sup>282</sup>, le Conseil d'État juge que les organismes chargés par la loi d'une mission de service public relèvent, dans l'exercice de leurs activités d'intérêt général, d'un régime de droit public. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Caisse primaire aide et protection*, la commissaire du gouvernement Roger Latournerie éclaire le contexte dans lequel trouve cette évolution sa place : « L'aspect que notre droit offre à présent... n'est pas celui d'une séparation absolue et tranchée entre le domaine du droit public et celui du droit privé, mais celui d'une gradation, d'une hiérarchie des services, où, d'échelon en échelon, les deux droits se combinent et s'interpénètrent » cette jurisprudence n'a plus de portée pour la sécurité sociale qui a été placée, lors de sa création en 1945, sous un régime de droit privé. Elle a connu, en revanche, de nombreuses autres ramifications.

Durant la seconde guerre mondiale, le recours aux personnes privées gérant un service public s'est étendu, sous le double effet de l'économie dirigée par l'État corporatiste : les comités d'organisation<sup>283</sup> et les ordres

---

des dispositions du règlement, en date du 20 avril 1959, par lequel la Compagnie nationale Air-France a fixé les conditions de travail du personnel navigant commercial. Article 2 - Les dépens exposés devant le Tribunal des Conflits sont réservés pour qu'il y soit statué en fin d'instance. Article 3 - Expédition de la présente décision sera transmise au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, qui est chargé d'en assurer l'exécution. »

### **Analyses du TC :**

« Agents n'ayant pas la qualité d'agent public - Personnel de la Compagnie Air-France - Caractère administratif du règlement du 20 avril 1959 relatif notamment au mariage des hôtesses de l'air.

Compétence de la juridiction administrative pour apprécier, par voie de question préjudicielle, la légalité des règlements émanant du Conseil d'administration de la Compagnie Air-France, qui, touchant à l'organisation du service public, présentent un caractère administratif. Caractère réglementaire du statut du personnel d'Air-France dont les conditions de travail ne sont pas fixées par voie de convention collective. Dispositions du règlement du 20 avril 1959, relatives notamment au mariage des hôtesses de l'air, apparaissant comme des éléments de l'organisation du service public exploité et conférant audit acte dans son intégralité un caractère administratif. »

<sup>282</sup> : *Établissement Vézia*, qui concernait les sociétés indigènes de prévoyance créées dans les colonies d'Afrique noire, puis de manière plus générale par l'arrêt du 13 mai 1938.

<sup>283</sup> : CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Requête n°71398, Publié au recueil Lebon

### **Texte intégral :**

« REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête présentée pour le sieur X..., demeurant à Alfortville, agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de propriétaire des verreries et cristalleries d'Alfortville, ladite requête enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État le 2 juillet 1941, tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler pour excès de pouvoir une décision, en

---

date du 10 juin 1941, par laquelle le secrétaire d'État à la production industrielle a confirmé une décision du directeur responsable des industries du verre rejetant une demande de mise à feu du four des Etablissements Boralex, à Aumale Seine-Inférieure et ordonnant qu'en compensation l'entreprise requérante exécutera cinq tonnes de tubes par mois pour le compte des établissements Boralex, auxquels elle les livrera au tarif normal affecté d'un rabais de 20 % ; ensemble ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de cette décision ; Vu la loi du 16 août 1940, Vu le décret du 11 décembre 1940 ; Vu la loi du 18 décembre 1940 ; Vu la loi du 10 septembre 1940 ;

Sur la compétence : Considérant que la requête susvisée tend à l'annulation d'une décision du 10 juin 1941 par laquelle le secrétaire d'État à la Production industrielle a rejeté le recours formé par le sieur X... contre une décision du Comité d'organisation des industries du verre et des commerces s'y rattachant, en date du 25 avril 1941, déterminant les entreprises autorisées à fabriquer les tubes en verre neutre ou ordinaire pour ampoules et leur imposant de livrer à une usine, dont la demande de mise à feu du four n'avait pas été admise, un tonnage mensuel de verre à titre de compensation ;

Considérant qu'en raison des circonstances qui nécessitaient impérieusement l'intervention de la puissance publique dans le domaine économique, la loi du 16 août 1940 a aménagé une organisation provisoire de la production industrielle afin d'assurer la meilleure utilisation possible des ressources réduites existantes, préalablement recouvrées, tant au point de vue du rendement que de la qualité et du coût des produits, et d'améliorer l'emploi de la main-d'oeuvre dans l'intérêt commun des entreprises et des salariés ; qu'il résulte de l'ensemble de ses dispositions que ladite loi a entendu instituer à cet effet un service public ; que, pour gérer le service en attendant que l'organisation professionnelle ait reçu sa forme définitive, elle a prévu la création de comités auxquels elle a confié, sous l'autorité du secrétaire d'État, le pouvoir d'arrêter les programmes de production et de fabrication, de fixer les règles à imposer aux entreprises en ce qui concerne les conditions générales de leur activité, de proposer aux autorités compétentes le prix des produits et services. Qu'ainsi les comités d'organisation, bien que le législateur n'en ait pas fait des établissements publics, sont chargés de participer à l'exécution d'un service public, et que les décisions qu'ils sont amenés à prendre dans la sphère de ces attributions, soit par voie de règlements, soit par des dispositions d'ordre individuel, constituent des actes administratifs ; que le Conseil d'État est, dès lors, compétent pour connaître des recours auxquels ces actes peuvent donner lieu ;

Sur la légalité de la décision attaquée : Considérant que, par sa décision, en date du 25 avril 1941, le directeur responsable du Comité d'organisation des industries du verre et commerces s'y rattachant a mis en application, en raison de la pénurie de matières premières et de combustibles, un plan de fabrication intéressant l'industrie des tubes en verre neutre pour ampoules ; que le plan comportait, d'une part, le chômage d'une usine, d'autre part, un régime de compensation en nature au bénéfice de cette usine et à la charge de celles qui étaient autorisées à continuer leur activité, au nombre desquelles se trouvait l'entreprise dont le requérant est propriétaire ; qu'un tel plan entre dans le cadre des attributions données aux comités d'organisation par l'article 2 de la loi du 16 août 1940, notamment en ses paragraphes 2 et 4 ; qu'en s'inspirant pour l'établir de considérations tirées de la nécessité d'une judicieuse utilisation des matières premières, le directeur responsable n'a pas empiété sur les pouvoirs dévolus à l'Office central de répartition et aux sections dudit office par la loi du 10 septembre 1940, alors qu'il n'est même pas allégué qu'il ne se soit pas conformé aux règles édictées par ces organismes ;

Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'oblige les comités à régler l'activité des entreprises, lors de l'établissement des programmes de fabrication, suivant une référence à une période antérieure déterminée ; qu'il leur appartient de tenir compte de tous les éléments de la situation du secteur industriel dont ils ont la charge, à l'époque de la décision, et, en particulier, de la capacité des entreprises qui demandent à continuer ou à reprendre leur production ; que, le sieur X... n'est donc pas fondé à arguer de la situation des Etablissements Boralex antérieurement au 1er septembre 1935 pour contester la légitimité de la compensation en nature prescrite au profit de cette société ; que le requérant ne justifie pas que le directeur responsable des industries du verre ait fait une appréciation erronée des moyens dont disposait la Société Boralex à l'époque où son activité industrielle s'est trouvée arrêtée par la décision du 25 avril 1941 ; que, d'autre part, il n'est pas fondé à soutenir que la compensation dont elle bénéficie en vertu de cette décision constitue un enrichissement sans cause ;

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la décision attaquée ait été prise par le directeur responsable pour un but autre que celui en vue duquel ses pouvoirs lui ont été conférés tant par l'article 2 de la loi du 16 août 1940 que par l'article 2 du décret du 11 décembre 1940 constituant un Comité d'organisation des industries du verre et des commerces s'y rattachant ;

Article 1er : La requête susvisée du sieur X... est rejetée.

Article 2 : Expédition de la présente décision sera transmise au secrétaire d'État à la Production industrielle. »

**Analyse du CE :**

professionnels<sup>284</sup> en sont l'illustration. La formule s'est largement propagée par la suite, dans des domaines variés. Les interventions économiques et la

---

« En mettant en application, en raison de la pénurie des matières premières et des combustibles, un plan autorisant la fabrication de tubes en verre neutre pour ampoules, plan qui comportait, d'une part, le chômage d'une usine, d'autre part, un régime de compensation en nature au bénéfice de cette usine et à la charge de celles qui étaient autorisées à continuer leur activité, le directeur responsable des industries du verre n'a commis aucun excès de pouvoir.

Le Conseil d'État est compétent pour connaître des recours auxquels ces actes peuvent donner lieu. Ainsi jugé pour une décision du Comité d'organisation des industries du verre déterminant les entreprises autorisées à fabriquer les tubes en verre neutre pour ampoules et leur imposant de livrer à une usine, dont la demande de mise à feu du four n'avait pas été admise, un tonnage mensuel de verre à titre de compensation. »

<sup>284</sup> : CE, 2 avril 1943, *Bouguen*, Requête n°72210, Publié au recueil Lebon.

**Texte intégral :**

« REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête présentée pour le docteur X... Yves, demeurant à Saint-Brieuc, ladite requête enregistrée au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le 9 décembre 1941 tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision, notifiée le 10 juin 1940, par laquelle le Conseil supérieur de l'ordre des médecins a confirmé une décision du conseil départemental de l'ordre des médecins des Côtes-du-Nord lui refusant l'autorisation d'ouvrir un cabinet de consultations à Pontrieux ; Vu la loi du 7 octobre 1940 ; Vu la loi du 10 septembre 1942 ; Vu la loi du 18 décembre 1940 ; Sur la compétence : Considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions de la loi du 7 octobre 1940, en vigueur à la date de la décision attaquée, et notamment de celles qui prévoient que les réclamations contre les décisions du Conseil supérieur de l'Ordre des médecins prises en matière disciplinaire et en matière d'inscription au tableau seront portées devant le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir, que le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'exercice de la profession médicale un service public ; que, si le Conseil supérieur de l'Ordre des médecins ne constitue pas un établissement public, il concourt au fonctionnement dudit service ; qu'il appartient au Conseil d'État de connaître des recours formés contre les décisions qu'il est appelé à prendre en cette qualité et notamment contre celles intervenues en application de l'article 4 de la loi précitée, qui lui confère la charge d'assurer le respect des lois et règlements en matière médicale ; que, par suite, le docteur X... est recevable à déférer au Conseil d'État une décision par laquelle le Conseil supérieur a confirmé l'interdiction qui lui avait été faite de tenir des cabinets multiples et lui a ordonné de fermer son cabinet de Pontrieux ;

Sur la légalité de la décision attaquée : Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête : Considérant que les dispositions de l'article 27, alinéa 2, du code de déontologie arrêté par le Conseil supérieur de l'Ordre des médecins, en vertu desquelles il est interdit à un médecin installé dans une commune d'établir une consultation dans une autre commune, ont pour objet de déterminer l'une des règles générales applicables à la répartition géographique des cabinets médicaux ; qu'elles excèdent ainsi les limites des attributions conférées au Conseil supérieur de l'Ordre par l'article 4 de la loi précitée du 7 octobre 1940 qui le charge seulement d'édicter tous règlements d'ordre intérieur nécessaires pour atteindre les buts qui lui sont fixés ; que, par suite, en se fondant exclusivement, pour ordonner la fermeture du cabinet de consultations tenu à Pontrieux par le docteur X..., médecin otorhino-laryngologiste, sur ledit texte et sur les instructions émises pour son application, sans examiner d'ailleurs, ainsi que l'y invitaient expressément les dispositions mêmes de l'article précité, si la situation particulière dudit cabinet n'était pas de nature à justifier son maintien, le Conseil départemental de l'Ordre des médecins des Côtes-du-Nord a pris une décision qui manque de base légale ; que, dès lors, le docteur X... est fondé à soutenir qu'en confirmant ladite décision le Conseil supérieur a commis lui-même un excès de pouvoir ;

DECIDE : Article 1er : La décision susvisée du Conseil supérieur de l'ordre des médecins est annulée. Article 2 : Les frais de timbre exposés par le docteur X... s'élevant à 66 francs, ainsi que les frais de timbre de la présente décision, lui seront remboursés par le Conseil supérieur de l'ordre des médecins. Article 3 : Expédition de la présente décision sera transmise au Secrétaire d'État à la Santé. »

**Analyse du CE :** « Il appartient au Conseil d'État de connaître des recours formés contre les décisions que le Conseil de l'ordre est appelé à prendre et notamment contre celles intervenues en application de l'article 4 de la loi du 7 octobre 1940.

L'article 27, alinéa 2 du Code de déontologie interdisant à un médecin installé dans une commune d'ouvrir une consultation dans une autre commune est illégal. »

régulation des activités agricoles, avec notamment les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rurale créées par la loi d'orientation agricole du 5 août 1960<sup>285</sup>, sont des champs privilégiés. Elle est utilisée pour des activités aussi variées que la lutte contre le Cancer<sup>286</sup> ou l'organisation de la chasse par les fédérations départementales des chasseurs<sup>287</sup>.

Le droit du sport repose sur ce régime : les fédérations sportives sont des personnes privées chargées d'une mission de service public<sup>288</sup>.

Les personnes privées qui gèrent un service public relèvent du droit public dans l'exercice de leur mission de service public, en particulier lorsqu'elles font usage des prérogatives de puissance publique qui leur sont confiées pour la remplir. Si leur vie interne continue à être régie par le droit privé, les décisions unilatérales qu'elles ont reçu compétence pour prendre ont le caractère d'actes administratifs. Lorsqu'elle est mise en cause à l'occasion de l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, leur responsabilité obéit aux règles de la responsabilité administrative et ressortit donc à la compétence du juge administratif<sup>289</sup>.

---

<sup>285</sup> : Loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, toujours en vigueur à la rédaction de cette thèse.

<sup>286</sup> : TC, 20 novembre 1961, Centre régional de lutte contre le Cancer Eugène Marquis, publié au Recueil, p. 879.

<sup>287</sup> : CE, 4 avril 1962, *Chevassier*, Recueil Lebon, p. 244.

<sup>288</sup> : CE, 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport* ; 22 novembre 1976, *Fédération française de cyclisme* ; 15 mai 1991, *Association Girondins de Bordeaux football club.*, requête n° 89828, Publié au recueil Lebon.

<sup>289</sup> : CE, 13 octobre 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône*, Requête n°3335, publié au recueil Lebon.

**Texte intégral :**

« REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête présentée par l'Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône, dont le siège est à Lyon, 11 cours de Verdun, représentée par le sieur X..., son président en exercice, ladite requête enregistrée au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le 8 juin 1976 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler le jugement en date du 8 avril 1976 par lequel le Tribunal administratif de Lyon l'a condamnée à payer aux époux Y... une indemnité de 14000 F en réparation du préjudice qu'ils auraient subi à la suite de la prétendue communication par l'association de renseignements erronés sur l'application des textes régissant l'allocation de l'indemnité viagère de départ au taux majoré. Vu la loi de finances du 29 novembre 1965 ; Vu le décret n. 66-957 du 22 décembre 1966 créant le centre national d'aménagement des structures des exploitations agricoles ; Vu la Convention en date du 29 septembre 1967 entre le centre national précité et l'Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône ; Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ; Vu la loi du 30 décembre 1977 ; Sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête : Considérant qu'en vertu de l'article 59 de la loi de finances du 29 novembre 1965, le Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles a été chargé de la mise en œuvre des actions prévues par la législation et la réglementation régissant l'indemnité viagère de départ allouée à certaines catégories d'agriculteurs "avec le concours d'organismes professionnels



---

conventionnés". Que l'article 3 du décret 66-957 du 22 décembre 1966, pris pour l'application de l'article 59 de la loi de finances précitée, a prévu que le centre national peut, dans les régions et les départements où il n'estime pas nécessaire, pour la bonne exécution des actions dont il est chargé, de les mettre lui-même en œuvre, confier, par des conventions approuvées par le ministre de l'Agriculture, la responsabilité de l'exécution à l'échelon local, de certaines de ces actions à des organismes spécialement constitués à cet effet par des organisations, syndicats et établissements professionnels et familiaux agricoles et ruraux ; que ces organismes, agréés sur proposition du centre par le ministre de l'Agriculture, après approbation, s'ils relèvent du droit privé, de leurs statuts, sont soumis au contrôle administratif et financier de la puissance publique et tenus de se conformer, pour l'exécution des actions qui leur sont ainsi confiées aux instructions du centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions, que l'Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône, à laquelle le centre national, après agrément du ministre de l'Agriculture, a, par convention en date du 29 septembre 1967 dûment approuvée par le ministre, confié la responsabilité de l'information individuelle ou collective des chefs d'exploitations agricoles, des aides familiales et des ouvriers agricoles sur les mesures d'application de la législation et de la réglementation relative notamment à l'indemnité viagère de départ est un organisme remplissant, sous le contrôle de l'État et du centre national, des missions d'intérêt général et qui, régi par la loi du 1er juillet 1901, est constitué et fonctionne selon les règles du droit privé. Considérant, qu'en l'absence de dispositions de loi ou de règlement ou de stipulations de la convention du 29 septembre 1967, qui auraient conféré à l'Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône, dans l'accomplissement des missions qui lui sont ainsi confiées et qu'elle ne remplit pas pour le compte du centre national, des prérogatives de puissance publique, les actions tendant à la réparation des conséquences dommageables d'agissements qui auraient été commis par les agents de l'Association ressortissent à la compétence des tribunaux judiciaires alors même que les agissements dont s'agit ne seraient pas détachables de l'exécution de ces missions ;

Considérant qu'en tant qu'elle était dirigée contre l'Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône, la demande des époux Y... tendait à la condamnation de l'Association à leur payer une indemnité en réparation de la prétendue faute que ladite Association aurait commise en leur donnant de faux renseignements sur les mesures d'application des textes régissant l'indemnité viagère de départ ; qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il n'appartient qu'aux juridictions judiciaires de connaître du litige ainsi soulevé ; que, dès lors, il y a lieu d'annuler le jugement du Tribunal administratif de Lyon en date du 8 avril 1976 en tant que, par ledit jugement, le Tribunal administratif s'est reconnu compétent pour connaître de celles des conclusions de la demande sus analysée qui sont dirigées contre l'Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône et de rejeter, par voie de conséquence, comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître lesdites conclusions ;

Sur les sommes qui ont pu être versées à titre de dépens de première instance : Considérant que le jugement du Tribunal administratif de Lyon en date du 8 avril 1976 a été rendu avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 1977 ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'affaire, de mettre à la charge des époux Y... les sommes qui ont pu être versées à titre de dépens de première instance ;

DECIDE : Article 1er - Les articles 2 et 3 du jugement du Tribunal administratif de Lyon en date du 8 avril 1976 sont annulés.

Article 2 - Les conclusions de la demande présentée par les époux Y... devant le Tribunal administratif de Lyon et dirigées contre l'Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône sont rejetées comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître.

Article 3 - Les sommes qui ont pu être versées à titre de dépens de première instance sont mises à la charge des époux Y.... »

**Analyse du CE :**

« Une association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles, à laquelle le centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles a confié par convention la responsabilité de l'information individuelle ou collective des chefs d'exploitations agricoles, des aides familiales et des ouvriers agricoles sur les mesures d'application de la législation et de la réglementation relative notamment à l'indemnité viagère de départ est un organisme de droit privé remplissant, sous le contrôle de l'État et du centre national, des missions d'intérêt général. En l'absence de toute disposition ou stipulation de la convention, qui aurait conféré à cette association, dans l'accomplissement des missions qui lui sont ainsi confiées et qu'elle ne remplit pas pour le compte du centre national, des prérogatives de puissance publique, les actions tendant à la réparation des conséquences dommageables d'agissements qui auraient été commis par ses agents ressortissent à la compétence des tribunaux judiciaires. »

### 3- **Personne publique, service public, droit public : l'éclatement :**

Par rapport à l'unité de départ entre service public, personne publique et droit public, les deux évolutions que constituent, d'une part, le service public industriel et commercial, et d'autre part, la gestion du service public par des personnes privées, ont des conséquences différentes. Le service public industriel et commercial conserve le service public et souvent la personne publique, mais voit disparaître le droit public, qui s'efface, dans la plupart des cas, pour laisser place au droit privé. Avec les personnes privées chargées d'une mission de service public, sont conservés le service public et le droit public, tandis que l'aspect organique s'efface : la personne publique laisse la place à une personne privée. Tout en empruntant des chemins différents, ces jurisprudences mènent à une même définition du service public, conçu comme une activité d'intérêt général, exercée par l'administration ou, au moins, sous son contrôle, avec des prérogatives de puissance publique<sup>290</sup>. Les causes profondes de ces constructions jurisprudentielles se rejoignent également.

---

<sup>290</sup> : CE, 28 juin 1968, *Narcy*, Requête n° 67593, Publié au recueil Lebon

**Texte intégral :**

« REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

REQUETE DE LA SOCIETE MUTUELLE D'ASSURANCES CONTRE LES ACCIDENTS EN PHARMACIE, TENDANT A L'ANNULATION D'UN JUGEMENT DU 31 MARS 1965 PAR LEQUEL LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS A REJETE SA DEMANDE D'INDEMNISATION DU PREJUDICE QU'ELLE A SUBI DU FAIT DES FAUTES COMMISES PAR L'ÉTAT ET QUI ONT CONTRIBUE A LA REALISATION DES DOMMAGES DUS AU "STALINON" ;

VU LA LOI DU 11 SEPTEMBRE 1941, VALIDEE, ENSEMBLE LA LOI DU 22 MAI 1946 ; LE DECRET DU 24 JUIN 1942 VALIDE ET MODIFIE PAR LE DECRET DU 13 SEPTEMBRE 1945 ; L'ORDONNANCE DU 31 JUILLET 1945 ET LE DECRET DU 30 SEPTEMBRE 1953 ;

1° REQUETE DE LA SOCIETE DES ETABLISSEMENTS FEVRIER-DECOISY-CHAMPION, TENDANT A L'ANNULATION D'UN JUGEMENT DU 31 MARS 1965 PAR LEQUEL LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS A REJETE SA DEMANDE D'INDEMNISATION DU PREJUDICE QU'ELLE A SUBI DU FAIT DES FAUTES COMMISES PAR L'ÉTAT DANS LA DELIVRANCE ET LE MAINTIEN DU VISA DU "STALINON" ;

CONSIDERANT QU'IL RESULTE DE L'INSTRUCTION ET NOTAMMENT DES ELEMENTS D'INFORMATION CONTENUS DANS LE JUGEMENT DU TRIBUNAL CORRECTIONNEL DE LA SEINE DU 19 DECEMBRE 1957 ET DE L'ARRET DE LA COUR D'APPEL DE PARIS DU 3 JUIN 1958, QUE LE PREJUDICE INVOQUE PAR LA SOCIETE REQUERANTE, AGISSANT PAR SUBROGATION DU SIEUR X..., EST LA CONSEQUENCE DIRECTE DES ACTES DELICTUEUX COMMIS PAR CE DERNIER, AINSI QUE DES FAUTES DES ETABLISSEMENTS FEVRIER-DECAISY-CHAMPION, CHARGES DU FACONNAGE DU PRODUIT, DANS LA MISE AU POINT, LA FABRICATION, LE CONDITIONNEMENT ET LA MISE EN VENTE DE LA SPECIALITE PHARMACEUTIQUE DENOMMEE "STALINON A LA VITAMINE F" ; QU'EN PARTICULIER, LES ACCIDENTS PROVOQUES PAR CETTE SPECIALITE SONT DUS AU FAIT QUE LE SIEUR X... N'A PAS PROCEDE AUX RECHERCHES ET AUX ESSAIS INDISPENSABLES, A SOLLICITE LE VISA DU MINISTRE EN PRESENTANT LE "STALINON A LA VITAMINE F" COMME UNE SIMPLE MODIFICATION D'UNE SPECIALITE TOTALEMENT DIFFERENTE, N'A CONTROLE NI LES MATIERES PREMIERES NI LE PRODUIT FINI ET A AINSI LIVRE DES MEDICAMENTS DONT LA COMPOSITION FUT SOUVENT TRES DIFFERENTE DE CELLE DES ECHANTILLONS SOUMIS AU COMITE TECHNIQUE, ENFIN N'A PAS RETIRE LE PRODUIT DE LA VENTE LORSQUE LES PREMIERS DECES DUS A CETTE SPECIALITE ONT ETE SIGNALES PLUSIEURS SEMAINES AVANT QUE LES POUVOIRS PUBLICS EN FUSSENT A LEUR TOUR AVERTIS ; QUE, DANS CES CONDITIONS LA SOCIETE MUTUELLE D'ASSURANCES CONTRE LES ACCIDENTS EN PHARMACIE, QUI NE PEUT AVOIR PLUS DE DROITS QUE SON

Qu'il s'agisse du service public industriel et commercial ou de la gestion du service public par une personne de droit privée, l'éclatement du cadre qui faisait du service public, au travers de l'identité parfaite entre, service public, personne publique et droit public, la pierre angulaire du droit administratif, tient aux mêmes raisons. Après la première guerre mondiale, et plus encore après la crise économique de 1929, la puissance publique est conduite à intervenir dans un nombre croissant de domaines, très au-delà des missions régaliennes de l'État et même du champ, largement entendu, de l'ordre public, qui couvre notamment la sécurité, la santé, l'hygiène et la salubrité. Des actions publiques se développent dans tous les secteurs de la vie collective, économique, sociale, éducative et culturelle.

Encore marqué par une inspiration libérale, la jurisprudence s'en inquiète parfois. En réaction au « socialisme municipal », le Conseil d'État rappelle, dans l'arrêt du 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, « que les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réserver à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ». En dépit de ces restrictions, le champ d'action des collectivités publiques devient trop vaste pour que le service public soit dans tous les cas assuré par une personne publique et qu'il relève en toute hypothèse du droit public. Le service public perd en conséquence de sa valeur explicative. Il n'est plus la clef qui introduit aux autres portes du droit public. La notion risque de se diluer à mesure de son élargissement.

---

ASSURE AUQUEL ELLE EST SUBROGEE, NE PEUT POUR SOUTENIR QUE LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT SERAIT ENGAGEE A SON EGARD, SE PREVALOIR UTILEMENT DES FAUTES LOURDES QUE L'ÉTAT AURAIT COMMISES, EN ACCORDANT SANS CONTROLE ET EN NE RETIRANT PAS ASSEZ TOT LE VISA DU MINISTRE A LA SPECIALITE EN QUESTION OU EN N'ASSURANT PAS LA SURVEILLANCE DE LA FABRICATION ; QUE, DES LORS, ET SANS QU'IL SOIT BESOIN D'EXAMINER LES FINS DE NON-RECEVOIR OPPOSEES PAR LE MINISTRE DES AFFAIRES SOCIALES, LA SOCIETE REQUERANTE N'EST PAS FONDEE A SOUTENIR QUE C'EST A TORT QUE, PAR LE JUGEMENT ATTAQUE, LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS A REJETE SES DEMANDES ;  
REJET AVEC DEPENS. »

**Analyse du CE :**

« Les fautes commises par l'inventeur du "Stalinon" sont telles qu'il ne peut utilement se prévaloir de fautes lourdes que l'État aurait commises en accordant sans contrôle et en ne retirant pas assez tôt le visa du ministre à la spécialité en question et en n'assurant pas la surveillance de la fabrication. »

### **C. La renaissance du service public :**

Deux évolutions parallèles vont replacer le service public au cœur du droit public. La première est jurisprudentielle : par un courant jurisprudentiel d'autant plus marqué qu'il est très circonscrit dans le temps, puisqu'il se manifeste entre 1954 et 1956, le Tribunal des Conflits et le Conseil d'État, à défaut de donner au service public le pouvoir d'expliquer tout le droit administratif, vont en faire un élément important de la définition d'autres notions centrales de ce droit. La seconde est politique et sociale : après la libération le champ du service public couvre un large domaine dont l'étendue est largement admise.

#### **1- La renaissance jurisprudentielle :**

Dans un article publié en 1960 dans la revue *Études et Documents du Conseil d'État*, le président Roger Latournerie a pu qualifier le service public de « Lazare juridique », capable de renaître de ces cendres. En deux ans, en effet, le service public est placé par la jurisprudence au cœur de la définition de quatre grandes notions du droit public, l'agent public, les travaux publics, les contrats administratifs et le domaine public.

#### **2- L'élargissement du champ du service public :**

Ces solutions jurisprudentielles ne sont pas dissociables des évolutions politiques et sociales qui ont consacré le large champ couvert par le service public. Avec le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 (celui de la IV<sup>ème</sup> République), le service public est pour la première fois mentionné dans la constitution, au travers de dispositions qui, dans l'esprit qui prévaut à la libération, concernant au premier chef le service public : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Une seconde mention du service public sera insérée dans la constitution par les révisions constitutionnelles du 4 août 1995 et du 23 juillet 2008, qui élargissent le champ du référendum aux « réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent ».

Outre cette assise constitutionnelle, le service public voit son champ s'élargir de manière largement consensuelle. Il en va ainsi dans le domaine social :

l'ouverture d'un cabinet dentaire municipal répond à une mission de service public<sup>291</sup>. En matière culturelle, l'évolution est remarquable. Après avoir qualifié de service public l'organisation de « représentations théâtrales de qualité<sup>292</sup> », le Conseil d'État juge que le théâtre, même « de simple

---

<sup>291</sup> : CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Requête n°57435, Publié au recueil Lebon.

**Texte intégral** : « REQUETE de la ville de Nanterre, représentée par son maire en exercice, à ce dûment autorisé, tendant à l'annulation d'un jugement du 11 janvier 1962 par lequel le Tribunal administratif de Paris a annulé pour excès de pouvoir une décision implicite par laquelle le préfet de la Seine a, sur demande du sieur X..., refusé d'annuler une délibération du Conseil municipal de la ville relative à l'ouverture d'un cabinet dentaire municipal, déclaré nulle de droit cette délibération et annulé pour excès de pouvoir une décision implicite par laquelle le maire de Nanterre a rejeté la demande du sieur X... tendant à la fermeture dudit cabinet dentaire municipal, ensemble au rejet de la demande du sieur X... tendant à l'annulation pour excès de pouvoir desdites décisions ; Vu la loi du 15 juillet 1893 ; l'ordonnance du 31 juillet 1915 et le décret du 30 septembre 1953 ; l'article 698 ter du Code général des impôts ;

*Sur l'intervention du Comité de défense et de liaison des dispensaires et centres de santé* — CONSIDÉRANT que le Comité de défense et de liaison des dispensaires et centres de santé a intérêt à l'annulation du jugement attaqué ; qu'ainsi, son intervention est recevable ;

*Sur la requête de la ville de Nanterre* :

*Sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de la requête* ; — Cons. que, pour déclarer illégale la création par la ville de Nanterre d'un cabinet dentaire municipal ouvert sans réserve à la généralité de la clientèle locale, le Tribunal administratif s'est fondé sur ce que l'insuffisance de l'initiative privée n'était établie qu'à l'égard de la partie économiquement la plus défavorisée de la population et que l'intervention de la collectivité publique devait donc trouver sa limite dans celle de l'étendue du besoin particulier qui l'avait provoquée ;

Cons. qu'il résulte de l'instruction qu'en créant en 1919 au dispensaire municipal un cabinet dentaire ouvert à l'ensemble de la population locale, la ville de Nanterre a eu pour but, non pas tant de contribuer par ce moyen à l'exécution des obligations d'assistance qui lui incombent en vertu de la loi du 15 juillet 1893, alors surtout qu'à l'époque le règlement départemental d'aide médicale réservait à certains hôpitaux publics l'administration des soins dentaires aux bénéficiaires de l'assistance médicale gratuite, mais essentiellement de permettre à la population locale, composée en grande majorité de salariés modestes, de ne pas renoncer aux soins dentaires malgré la carence de l'équipement hospitalier et le nombre insuffisant de praticiens privés, alors surtout que ceux-ci pratiquaient en fait, pour la plupart du moins, des tarifs supérieurs aux tarifs de responsabilité de la Sécurité sociale ; que cette initiative répondait, dans cette ville et à l'époque envisagée, à un besoin de la population et, par suite, à un intérêt public local ;

Cons. d'autre part, qu'en ne limitant pas l'accès dudit cabinet municipal aux seuls assurés sociaux, la ville de Nanterre s'est bornée à appliquer le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics à l'égard des usagers ; qu'en effet, si ledit principe ne s'oppose pas à ce que les usagers d'un service public de la nature de celui dont s'agit supportent des tarifs différents ou même bénéficient éventuellement de la gratuité complète selon qu'ils sont ou non assurés sociaux, ou bénéficiaires de l'assistance médicale gratuite, il implique, en revanche, nécessairement que l'accès au service public communal ne soit pas interdit à un habitant de la commune pour le seul motif que ses revenus lui permettent de recourir aux soins de praticiens privés ;

Cons. enfin qu'il ne résulte pas de l'instruction que les conditions de fonctionnement du cabinet municipal et notamment le fait qu'il effectuait toutes les opérations et tous les travaux de prothèse relevant de la profession dentaire, y compris ceux qui ne sont pas pris en charge par la Sécurité sociale, aient été de nature à détourner l'activité dudit cabinet de son objet d'intérêt public ni, par suite, à porter une concurrence illégale aux chirurgiens-dentistes de la ville ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que la ville de Nanterre est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif a déclaré que la création du cabinet dentaire municipal était illégale, en tant que ledit cabinet était ouvert sans réserve à la généralité de la clientèle locale :

*Sur les dépens de première instance* : — Cons. que, dans les circonstances de l'affaire il y a lieu de mettre les dépens de première instance à la charge du sieur X... ;... (Intervention du Comité de défense et de liaison des dispensaires et centres de santé admise ; annulation des articles 1, 2 et 4 du jugement ; rejet de la demande du sieur X... ; dépens de première instance et d'appel mis à sa charge). »

distraction », peut constituer un service public<sup>293</sup> : la jurisprudence *Astruc* n'est plus qu'un vestige de l'histoire. La même évolution se manifeste en matière de tourisme et de loisirs. Sont qualifiés de services publics l'exploitation d'une plage<sup>294</sup> et la création d'un terrain de camping dans une station balnéaire<sup>295</sup>, la gestion d'un remonte-pente dans une commune de montagne<sup>296</sup>, la construction et l'entretien d'un casino municipal<sup>297</sup>, l'organisation d'un festival de bandes

---

<sup>292</sup> : CE, 21 janvier 1944, *Léoni*, Publié au recueil Lebon p.26, cité par : Véronique Alibert-Fabre, « La reconnaissance jurisprudentielle des services publics culturelles locaux », La revue Administrative, 42<sup>e</sup> année, n°251, p.416.

<sup>293</sup> : CE, 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, A.J.D.A. 1960, pages 86 à 89, cité par : Véronique Alibert- Fabre, Op.cit., p.416.

<sup>294</sup> : CE, 18 décembre 1936, *Prade.*, R., p. 1124 : « ça concernait le contrat d'exploitation d'une plage, qui a été passé par un syndicat d'initiative (personne morale de droit privé) avec un exploitant privé. Le syndicat d'initiative avait un mandat exprès de la part de la commune. De ce fait le contrat est administratif.

<sup>295</sup> : CE, 17 avril 1964, *Commune de Marceville-Franceville.*, R., p. 231.

<sup>296</sup> : CE, 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*. R., p. 67.

<sup>297</sup> : CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan*, Requétes n° 46504 46707 , publié au recueil Lebon, et avis de la section de l'intérieure du 4 avril 1995.

**Analyse du CE** : « Le contrat passé entre une commune et une société chargée d'édifier, d'entretenir et d'exploiter un casino municipal constitue une concession de service public conclue dans l'intérêt du développement de la station touristique et balnéaire.. L'interruption prolongée des travaux de reconstruction du casino a constitué une faute de nature à justifier la mise sous séquestre de la concession aux frais et risques de l'exploitant. »

dessinées<sup>298</sup>. De même la réalisation d'une piscine municipale<sup>299</sup> et, de manière générale, l'organisation et le développement des activités sportives<sup>300</sup> ont le

---

<sup>298</sup> : CE, 25 mars 1988, *Commune d'Hyères*, Requête n°61257, mentionné aux tables du recueil Lebon.

Texte intégral : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés les 30 juillet 1984 et 30 novembre 1984 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État, présentés pour la commune d'HYERES (Var), et tendant à ce que le Conseil d'État :

°1 annule le jugement du 29 mai 1984 par lequel le tribunal administratif de Nice l'a condamnée à verser la somme de 39 500 F à M. Y... en réparation du préjudice résultant pour lui de la non restitution de dessins originaux exposés dans le cadre du festival international de la bande dessinée organisé dans la commune d'HYERES en décembre 1980

;

°2 lui attribue le bénéfice de ses conclusions de première instance ;

°3 condamne M. Y... aux dépens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des tribunaux administratifs ;

Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ;

Vu la loi du 30 décembre 1977 ;

Après avoir entendu :

- le rapport de M. Honorat, Auditeur,

- les observations de la S.C.P. Boré, Xavier, avocat de la commune d'HYERES et de la S.C.P. Peignot, Garreau, avocat de M. Y...,

- les conclusions de M. Massot, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que la demande présentée au tribunal administratif par M. Y... tend à obtenir réparation du préjudice que lui a causé la disparition de dessins originaux exposés dans le cadre du "Festival international de la bande dessinée" qui s'est tenu à Hyères du 5 au 7 décembre 1980 ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. Y... a été invité à participer, en produisant ses dessins, à un "festival de la bande dessinée" qui s'est tenu à Hyères, en partie au casino municipal, du 5 au 7 décembre 1980 par une lettre du 23 juillet 1980 à en-tête de la "mairie d'Hyères - Affaires culturelles", signée par M. X... qui se qualifiait de "directeur du festival de la bande dessinée" et sur laquelle était apposé le cachet de la mairie d'Hyères ; qu'une seconde lettre de M. X..., en date du 13 octobre 1980, également à en-tête de la mairie, confirmait cette invitation et précisait que toutes les planches exposées seraient assurées ; que si la commune d'HYERES prétend qu'elle a participé aux "invitations" sans être responsable de l'"organisation" du festival, laquelle aurait été confiée à une association indépendante de la commune, il ressort des statuts de cette association, produits à la demande de la sous-section chargée de l'instruction, que cette association dite "Association bande dessinée à Hyères" n'a été constituée que le 25 juin 1981 ; qu'ainsi, et en tout état de cause, le festival de la bande dessinée était, à l'époque des faits invoqués par M. Y..., organisé par la commune d'HYERES ; qu'en égard à l'intérêt général d'ordre culturel et touristique que présente cette manifestation, l'organisation du festival avait le caractère d'une activité de service public ; que la circonstance, invoquée par la commune, que M. X... aurait commis une faute personnelle dans l'organisation du festival n'est pas de nature à écarter toute responsabilité de la commune envers M. Y... ; qu'enfin le défaut de restitution à M. Y... des dessins qui lui appartenaient et qui correspond à l'inexécution par la commune du contrat de prêt liant les intéressés ne saurait être regardé comme constitutif d'une voie de fait ; qu'il suit de là que la commune d'HYERES n'est pas fondée à prétendre que la demande de M. Y... échappe à la compétence du juge administratif, ni à soutenir que cette demande mettant en cause la responsabilité de la commune était mal dirigée ;

Considérant que la circonstance que la commune aurait rejeté le 29 décembre 1981 une demande d'indemnité présentée par l'éditeur de M. Y..., alors même que ce dernier aurait eu connaissance de ce rejet, n'est pas de nature à entacher de tardiveté l'action introduite le 9 décembre 1982 par M. Y... contre la commune devant le tribunal administratif ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment des témoignages produits par M. Y... et de la liste dressée par lui de 13 dessins en cause, que M. Y... a remis à M. X..., pour leur exposition au festival d'Hyères, des dessins originaux ; qu'il n'a pas, ce faisant, commis de faute, dès lors qu'il ressort des circonstances ci-dessus exposées qu'il pouvait tenir M. X... pour la personne chargée, pour le compte de la commune, de l'organisation du festival ; qu'il est constant que ces dessins n'ont pas été restitués à M. Y... par la commune ; que celle-ci n'est, par suite, pas

fondée à soutenir que sa responsabilité n'est pas engagée à l'égard de M. Y... en raison de la faute qu'elle a commise ;

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les premiers juges aient fait une appréciation excessive du préjudice subi par M. Y... en lui allouant une indemnité de 39 500 F ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la commune d'HYERES n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué qui n'est entaché d'aucune contradiction de motifs, le tribunal administratif de Nice l'a condamnée à verser à M. Y... une somme de 39 500 F avec intérêts à compter du 9 décembre 1982 ;

Article 1er : La requête de la commune d'HYERES est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la commune d'HYERES, à M. Y... et au ministre de l'intérieur . »

**Analyse du CE** : « Si la commune d'Hyères prétend qu'elle a participé aux "invitations" sans être responsable de "l'organisation" du "festival de la bande dessinée", qui s'est tenu à Hyères, en partie au casino municipal, du 5 au 7 décembre 1980, et que ladite organisation a été confiée à une association indépendante de la commune, il ressort des statuts de cette association, produits à la demande de la sous-section chargée de l'instruction, qu'elle n'a été constituée que le 25 juin 1981. Ainsi, et en tout état de cause, le festival de la bande dessinée était à l'époque des faits invoqués par M. S., organisé par la commune d'Hyères. Eu égard à l'intérêt général d'ordre culturel et touristique que présente cette manifestation, l'organisation du festival avait le caractère d'une activité de service public. »

<sup>299</sup> : CE, 23 juin 1972, *Société la plage de la forêt*, Requête n°81486, Publié au recueil Lebon

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

REQUETE DE LA SOCIETE "LA PLAGE DE LA FORET" TENDANT A L'ANNULATION DU JUGEMENT DU 17 JUIN 1970 PAR LEQUEL LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE VERSAILLES A REFUSE DE DECLARER NULLE DE DROIT UNE DELIBERATION DU 28 MAI 1964 DU CONSEIL MUNICIPAL DE FONTAINEBLEAU ;

VU LE CODE DE L'ADMINISTRATION COMMUNALE ; L'ORDONNANCE DU 31 JUILLET 1945 ET LE DECRET DU 30 SEPTEMBRE 1953 ; LE CODE GENERAL DES IMPOTS ;

CONSIDERANT QUE LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE VERSAILLES, SAISI DE CONCLUSIONS TENDANT, D'UNE PART, A L'ANNULATION DE LA DECISION DU "SOUS-PREFET CHARGE DE L'ARRONDISSEMENT DE MELUN" REJETANT LA DEMANDE ADRESSEE AU PREFET PAR LA SOCIETE "LA PLAGE DE LA FORET" ET SOLlicitANT QUE SOIT PRONONCEE LA NULLITE DE DROIT D'UNE DELIBERATION DU CONSEIL MUNICIPAL DE LA VILLE DE FONTAINEBLEAU EN DATE DU 28 MAI 1964, ET, D'AUTRE PART, A LA DECLARATION DE NULLITE DE DROIT DE CETTE DELIBERATION, APRES AVOIR ANNULE POUR INCOMPETENCE LA DECISION DU SOUS-PREFET, AVAIT L'OBLIGATION DE STATUER IMMEDIATEMENT SUR LA LEGALITE DE LA DELIBERATION DONT S'AGIT, SANS ATTENDRE QUE LE PREFET SE SOIT PRONONCE EXPLICITEMENT SUR LA DEMANDE QUI LUI AVAIT ETE SOUMISE ; QUE, PAR SUITE, LE TRIBUNAL N'A PAS EXCEDE LES LIMITES DE SA COMPETENCE EN REJETANT CES DERNIERES CONCLUSIONS ;

CONS., EN SECOND LIEU, QU'EN DECIDANT, PAR DELIBERATION DU 28 MAI 1964, LA REALISATION D'UN BASSIN DE PLEIN AIR ET D'UN BASSIN COUVERT AVEC EVENTUELLEMENT UN BASSIN ECOLE, LE CONSEIL MUNICIPAL DE FONTAINEBLEAU A ENTENDU AMELIORER L'EQUIPEMENT EN PISCINES DE LADITE VILLE ; QUE, CE FAISANT, IL N'A FAIT QU'USER DES POUVOIRS DONT IL DISPOSE EN VUE D'UN OBJET CONFORME A SA MISSION ; QUE LE PRINCIPE DE LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE NE PEUT PAS FAIRE OBSTACLE A UNE INTERVENTION MUNICIPALE EN CE DOMAINE ;

CONS., ENFIN, QUE LE DETOURNEMENT DE POUVOIR ALLEGUE N'EST PAS ETABLI ;

CONS. QU'IL RESULTE DE CE QUI PRECEDE QUE LA SOCIETE "LA PLAGE DE LA FORET" N'EST PAS FONDEE A SOUTENIR QUE C'EST A TORT QUE, PAR LE JUGEMENT ATTAQUE EN DATE DU 17 JUIN 1970, QUI NE COMPORTE AUCUNE CONTRADICTION DANS SES MOTIFS, LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE VERSAILLES A REFUSE DE DECLARER NULLE DE DROIT LA DELIBERATION DU CONSEIL MUNICIPAL DE FONTAINEBLEAU EN DATE DU 28 MAI 1964 ; REJET AVEC DEPENS. »

**Analyse du CE** : « EN CREANT UNE PISCINE POUR AMELIORER L'EQUIPEMENT DE LA VILLE, UN CONSEIL MUNICIPAL NE FAIT QU'USER DES POUVOIRS DONT IL DISPOSE EN VUE D'UN OBJET CONFORME A SA MISSION ; LE PRINCIPE DE LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE NE PEUT PAS FAIRE OBSTACLE A UNE INTERVENTION MUNICIPALE EN CE DOMAINE. »

<sup>300</sup> : CE, 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'article de sport*, Requête n° 89828, Publié au recueil Lebon.

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS



caractère de service public. L'extension n'est toutefois pas sans limites. Alors que la loterie nationale avait été regardée comme un service public<sup>301</sup>, il n'en va

---

VU LA REQUETE PRESENTEE PAR LA FEDERATION DES INDUSTRIES FRANCAISES DE SPORT, DONT LE SIEGE EST A ..., LADITE REQUETE ENREGISTREE AU GREFFE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS LE 25 AVRIL 1969 ET TENDANT A CE QU'IL PLAISE AU TRIBUNAL ANNULER POUR EXCES DE POUVOIR DES DECISIONS DE LA FEDERATION FRANCAISE DE TENNIS DE TABLE EN DATE DES 1ER ET 25 JUILLET 1967 INSTITUANT, POUR LA SAISON SPORTIVE 1967-1968, COMME CONDITION DE L'AGREMENT DONNE PAR LADITE FEDERATION AUX BALLES DE TENNIS DE TABLE UTILISEES POUR LES EPREUVES OFFICIELLES, UNE REDEVANCE FIXEE A 5.000 F;

VU L'ORDONNANCE EN DATE DU 20 DECEMBRE 1972 PAR LAQUELLE LE PRESIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS A TRANSMIS LA REQUETE SUSVISEE AU CONSEIL D'ÉTAT; VU L'ORDONNANCE DU 28 AOUT 1945; VU LE DECRET DU 26 OCTOBRE 1849 MODIFIE PAR LE DECRET DU 25 JUILLET 1960; VU LE DECRET DU 28 NOVEMBRE 1953; VU L'ORDONNANCE DU 31 JUILLET 1945 ET LE DECRET DU 30 SEPTEMBRE 1953; VU LE CODE GENERAL DES IMPOTS; SUR LA COMPETENCE: CONSIDERANT, D'UNE PART, QU'EN VERTU DE L'ARTICLE 1ER DE L'ORDONNANCE DU 28 AOUT 1945 RELATIVE A L'ACTIVITE DES ASSOCIATIONS, LIGUES, FEDERATIONS ET GROUPEMENTS SPORTIFS, TOUTE COMPETITION SPORTIVE AYANT POUR OBJET DE DESIGNER UNE ASSOCIATION, UNE EQUIPE, UN JOUEUR OU UN ATHLETE COMME VAINQUEUR NATIONAL OU REGIONAL OU COMME REPRESENTANT DE LA FRANCE OU D'UNE REGION DANS LES EPREUVES INTERNATIONALES DOIT ETRE AUTORISEE PAR LE MINISTRE DE L'EDUCATION NATIONALE QUI PEUT DELEGUER SES POUVOIRS A UN OU PLUSIEURS GROUPEMENTS DETERMINES; QU'EN CONFIAINT AINSI AUX FEDERATIONS SPORTIVES LA MISSION D'ORGANISER LES COMPETITIONS NATIONALES OU REGIONALES, LE LEGISLATEUR A CONFIE AUX FEDERATIONS SPORTIVES, BIEN QUE CELLES-CI SOIENT DES ASSOCIATIONS REGIEES PAR LA LOI DU 1ER JUILLET 1901, L'EXECUTION D'UN SERVICE PUBLIC ADMINISTRATIF; QUE, DES LORS, DANS LE CAS OU CES FEDERATIONS PRENNENT, EN APPLICATION DE LA DELEGATION AINSI CONSENTIE, DES DECISIONS QUI S'IMPOSENT AUX INTERESSES ET CONSTITUENT L'USAGE FAIT PAR ELLES DES PREROGATIVES DE PUISSANCE PUBLIQUE QUI LEUR SONT CONFEREES, LESDITES DECISIONS ONT LE CARACTERE D'ACTES ADMINISTRATIFS;

CONSIDERANT, D'AUTRE PART, QUE, PAR UN ARRETE DU 21 DECEMBRE 1966, LE MINISTRE DE LA JEUNESSE ET DES SPORTS A ACCORDE, JUSQU'AU 31 DECEMBRE 1967, DELEGATION DE POUVOIRS A LA FEDERATION FRANCAISE DU TENNIS DE TABLE POUR AUTORISER DANS CE SPORT LES COMPETITIONS DEFINIES A L'ARTICLE 1ER DE L'ORDONNANCE DU 28 AOUT 1945; QU'AINSI LA DECISION ATTAQUEE DU 25 JUILLET 1967, LAQUELLE A EU POUR OBJET DE MODIFIER LES CONDITIONS DE LA PROCEDURE D'HOMOLOGATION DES BALLES DE TENNIS DE TABLE, A ETE PRISE POUR L'ACCOMPLISSEMENT D'UN SERVICE PUBLIC ET DANS L'EXERCICE DE PREROGATIVES DE PUISSANCE PUBLIQUE; QUE CETTE DECISION DE CARACTERE ADMINISTRATIF A UN CHAMP D'APPLICATION QUI S'ETEND A TOUT LE TERRITOIRE FRANCAIS; QU'EN VERTU DE L'ARTICLE 2 - 3EME ALINEA DU DECRET DU 28 NOVEMBRE 1953 LA CONNAISSANCE D'UN TEL LITIGE RESSORTIT EN PREMIER ET DERNIER RESSORT A LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ÉTAT;

SUR LA LEGALITE DE LA DECISION ATTAQUEE: SANS QU'IL SOIT BESOIN D'EXAMINER LES AUTRES MOYENS DE LA REQUETE ; CONSIDERANT QU'EN EXECUTION DE L'ARRETE DE DELEGATION PRECITE DU 21 DECEMBRE 1966 LA FEDERATION FRANCAISE DU TENNIS DE TABLE AVAIT LE POUVOIR DE DEFINIR LES MODALITES D'ORGANISATION DES COMPETITIONS DONT ELLE A LA CHARGE; QU'IL LUI ETAIT, EN PARTICULIER, LOISIBLE DE DETERMINER LES REGLES D'HOMOLOGATION DES BALLES DEVANT ETRE EMPLOYEES LORS DE CES COMPETITIONS; QUE, CEPENDANT, EN FIXANT LE MONTANT DU VERSEMENT FORFAITAIRE EXIGE DES TITULAIRES D'AGREMENT A UN NIVEAU EXCEDANT LARGEMENT LE SEUL COUT DE L'EXAMEN TECHNIQUE DE LA CONFORMITE DES BALLES DE TENNIS DE TABLE AUX NORMES INTERNATIONALES, EN CONTREPARTIE TANT DE LA PUBLICITE QUI ETAIT ACCORDEE AUX INTERESSES QUE DE L'OCTROI D'UN MONOPOLE DE FOURNITURE DE CES BALLES DANS LES COMPETITIONS OFFICIELLES, LA FEDERATION FRANCAISE DU TENNIS DE TABLE A DEBORDE LES LIMITES DE LA DELEGATION QUI LUI AVAIT ETE CONSENTIE. QUE, PAR SUITE, LA FEDERATION DES INDUSTRIES FRANCAISES D'ARTICLES DE SPORT EST FONDÉE A SOUTENIR QUE LA DECISION ATTAQUEE EST ENTACHEE D'EXCES DE POUVOIR;

DECIDE : ARTICLE 1ER - LA DECISION SUSVISEE DE LA FEDERATION FRANCAISE DU TENNIS DE TABLE EN DATE DU 25 JUILLET 1967 EST ANNULEE. ARTICLE 2 - LA FEDERATION FRANCAISE DU TENNIS DE TABLE SUPPORTERA LES DEPENS EXPOSES DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT. ARTICLE 3 - EXPEDITION DE LA PRESENTE DECISION SERA TRANSMISE AU MINISTRE DE LA QUALITE DE LA VIE. »

<sup>301</sup> : CE, 17 décembre 1948, *Angrand.*, R., p. 485.

pas de même des jeux de hasard organisés par la française des jeux<sup>302</sup> : peut-être la pensée de Maurice Hauriou retrouve-t-elle là un écho partiel.

---

<sup>302</sup> : CE, 27 octobre 1999, *Rolin*, Requêtes n° : 171169, 171170 et 172384, Publié au recueil Lebon.

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu 1°) sous les n°s 171169 et 171170 les requêtes enregistrées le 20 juillet 1995, présentées par M. Philippe X..., demeurant ... ; M. X... demande que le Conseil d'État :

- annule pour excès de pouvoir les règlements des jeux instantanés, dénommés "Banco" et "Bingo", édictés le 30 mai 1995, par le président-directeur général de La Française des Jeux ;

- ordonne le sursis à exécution des ces décisions ;

- condamne la société "La Française des Jeux" à lui verser les sommes de 2 000 F et 2 000 F au titre des frais irrépétibles ;

Vu 2°) sous le n° 172384 la requête enregistrée le 1er septembre 1995, présentée par M. Philippe X..., demeurant ... ; M. X... demande que le Conseil d'État :

- annule la décision implicite par laquelle le président-directeur général de La Française des Jeux a rejeté sa demande tendant à retirer de la vente les billets en circulation des jeux dénommés "Tac au Tac", "Millionnaire" et "Bingo" émis à compter du 17 mars 1995, date de la décision du Conseil d'État statuant au contentieux qui a annulé l'article 3 du décret n° 87330 du 13 mai 1987 relatif à la loterie nationale ;

- condamne la société "La Française des Jeux" à lui verser la somme de 5 000 F au titre des frais irrépétibles ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la loi du 21 mai 1836 ;

Vu la loi de finances du 31 mai 1933, et notamment son article 136 ;

Vu le décret n° 78-1067 du 9 novembre 1978 ;

Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. Mochon, Auditeur,

- les observations de la SCP Delaporte, Briard, avocat du président-directeur général de La Française des Jeux,

- les conclusions de Mme Daussun, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes de M. X... présentent à juger la même question; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur la compétence de la juridiction administrative pour connaître des décisions attaquées :

Considérant qu'aux termes de l'article 136 de la loi du 31 mai 1933 portant fixation du budget général de l'exercice 1933 : "Dans le délai d'un mois à dater de la promulgation de la présente loi, le gouvernement fixera par décret les conditions d'organisation et les modalités d'une loterie dont le produit sera, après prélèvement d'une somme de 100 millions, affecté à la caisse de solidarité contre les calamités agricoles, rattaché selon la procédure des fonds de concours au chapitre 14 du budget des pensions (retraites de combattant) dont le crédit sera réduit à due concurrence" ; qu'en application du décret du 9 novembre 1978 pris sur le fondement de ces dispositions, le gouvernement a confié l'organisation et l'exploitation de cette activité de loterie à la société "La Française des Jeux", laquelle a le caractère de personne morale de droit privé ;

Considérant qu'il ne résulte ni des dispositions législatives précitées ni des caractéristiques générales des jeux de hasard que la mission dont la société "La Française des Jeux" a été investie en application du décret du 9 novembre 1978 revête le caractère d'une mission de service public ; qu'ainsi les décisions prises par le président-directeur général de ladite société n'ont pas le caractère d'actes administratifs ; que dès lors, les conclusions de M. X... tendant à l'annulation, d'une part, des décisions prises le 30 mai 1995 par le président-directeur général de La Française des Jeux au sujet des jeux instantanés dénommés "Banco" et "Bingo" et, d'autre part, de la décision implicite par laquelle la même autorité a rejeté sa demande tendant à ce que soient retirés de la vente les billets des jeux dénommés "Tac au Tac", "Millionnaire" et "Bingo" émis à compter du 17 mars 1995, ne sont pas au nombre de celles dont il appartient à la juridiction administrative de connaître ;

Sur les conclusions de la société "La Française des Jeux" et de M. X... tendant à l'application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :

Considérant que les dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 font obstacle à ce que la société "La Française des Jeux", qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamnée à payer à M. X... la

Au-delà de la jurisprudence, la société éprouve le besoin de service public. Les services régaliens, en particulier la défense et la sécurité, sont plus sollicités que jamais. Les grands services publics de réseau, pour l'eau, l'énergie, le transport, les télécommunications, prennent de nouvelles dimensions. Les grandes aspirations d'aujourd'hui appellent des services publics, notamment en matière d'éducation et de culture, de santé et de solidarité, d'environnement et de développement durable. Ayant retrouvé sa force et sa place, le service public se retrouve au cœur de nombreux débats aujourd'hui.

Par ses traditions, qui ont leurs pesanteurs, le service public apparaît parfois comme un frein aux réformes nécessaires à une meilleure efficacité de l'action publique. En réalité, à condition de savoir lui-même évoluer, le service public est en mesure d'apporter une contribution décisive à la modernisation de l'État. C'est dans cette optique qu'un rapport annuel du Conseil d'État consacré au thème « service public, services publics, déclin ou renouveau ? <sup>303</sup> » a été remis par le vice-président du Conseil d'État<sup>304</sup>, au premier ministre. L'adaptation dans la gestion du service public (confié parfois sans difficulté à des personnes de droit privé, combiné à son large champ d'intervention, font que le service public évolue en fonction d'impératifs d'une meilleure administration, chose qui a des retombées inéluctablement positives sur la paix sociale.

---

somme qu'il demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 et de condamner M. X... à payer à la société "La Française des Jeux" la somme qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Article 1er : Les requêtes nos 171169, 171170 et 172384 de M. X... sont rejetées comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître.

Article 2 : Les conclusions de la société "La Française des Jeux" tendant à l'application de la loi du 10 juillet 1991 sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à M. Philippe X..., à la société "La Française des Jeux", au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au ministre de l'intérieur. »

**Analyse du CE** : « Il ne résulte ni des dispositions de l'article 136 de la loi du 31 mai 1933 portant fixation du budget général de l'exercice 1933, qui prévoient la création d'une loterie et l'affectation de son produit au budget de l'État, ni des caractéristiques générales des jeux de hasard que la mission d'organisation et d'exploitation de cette activité de loterie dont la société "La Française des Jeux" a été investie en application du décret du 9 novembre 1978 revêt le caractère d'une mission de service public. Incompétence de la juridiction administrative pour connaître de décisions prises par le président-directeur général de cette société au sujet de divers jeux. »

<sup>303</sup> : Rapport de 1994.

<sup>304</sup> : Renaud Denoix de Saint Marc.

## **Section 02 : La préservation de l'ordre public (la police administrative)**

Destiné à garantir la vie paisible des citoyens, le pouvoir de police existe sans texte<sup>305</sup>. Le droit public l'a progressivement défini, en particulier en distinguant police administrative et police judiciaire. Il détermine son étendue et, compte tenu des risques qu'il peut représenter pour les libertés, il le soumet à un contrôle exigeant.

Le terme « police administrative » désigne une fonction, ou une activité : « l'activité de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public dans les différents secteurs de la vie sociale et cela, autant que possible, en prévenant les troubles qui pourrait l'atteindre, si non en y mettant fin »<sup>306</sup>, cependant il importe ici de donner quelques précisions préliminaires :

L'action tendant au maintien de l'ordre public se concrétise de différentes façons :

D'une part, elle se traduit par l'édiction de normes juridiques, pénalement sanctionnées, ou à caractère réglementaire<sup>307</sup>.

Elle se traduit d'autre part par l'accomplissement d'actes matériels, c'est-à-dire d'opération sur le terrain<sup>308</sup>.

L'exercice de la police administrative ne doit pas être confondu avec celui des différentes autres activités administratives. Cela tient au fait que la police administrative à un objet spécifique : celui du maintien de l'ordre public, alors que les autres activités administratives tendent, plus largement, à des fins d'intérêt général, notion plus extensive que celle d'ordre public.<sup>309</sup>

---

<sup>305</sup> : Bernard Strin et Yan aguila, Op.cit., p.363.

<sup>306</sup> : René Chapus, « Droit administratif général », tome I, Monchrestien, 4<sup>e</sup> ed, Paris,1989, p.445

<sup>307</sup> : Comme la réglementation de la circulation et du stationnement des véhicules ou des activités sur la voie publique, ou encore l'interdiction d'une manifestation, la saisie d'un numéro de journal ou d'un livre...

<sup>308</sup> : Comme les rondes de police, barrage de contrôle sur la route, surveillance d'une manifestation ou vérification d'indentités.

<sup>309</sup> : Distinguant de façon particulièrement nette ordre public et intérêt général, le CE statuant au contentieux, a rendu une décision le : 28 février 1986, *Ngako Jeuga*, requêtes numéros : **41550 et 46278**, publié au recueil Lebon.

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire sous le n° 41 550, enregistrée au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le 13 avril 1982, et le mémoire complémentaire, enregistré le 3 août 1982, présentés pour M. Grégoire Y... X..., demeurant à Douala, République du Cameroun, Faubourg de Bouaberi, boîte postale n° 621, et tendant à l'annulation pour excès

---

de pouvoir :

- d'une décision verbale du 4 janvier 1982, par laquelle le Consul de France à Douala a refusé de lui délivrer un visa d'entrée en France,
- d'une décision, ingérée dans un télex du 18 janvier 1982, par laquelle le Consul de France à Douala a donné les motifs de son refus de lui délivrer un visa d'entrée en France,
- d'une décision ingérée, dans un télex du 20 janvier 1982, par laquelle le Consul de France à Douala a confirmé les termes du télex du 18 janvier 1982 et fait part de ses pourparlers avec son banquier et le délégué du Conseiller commercial de l'Ambassade de France à Yaoundé,
- d'une décision ingérée dans une lettre datée du 8 février 1982, par laquelle le ministre des relations extérieures, en la personne du chef de la circulation des étrangers, a formulé une réponse d'attente à la lettre du 3 février 1982 par laquelle le Conseil du requérant avait délivré divers renseignements financiers et comptables et demandé à être informé de la position de l'administration,

Vu 2° sous le n° 46 278 la requête sommaire, enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État le 15 octobre 1982, présentée pour M. Grégoire Y... X..., demeurant à Douala - Bouaberi, B.P. n° 621, République unie du Cameroun et tendant à ce que l'État soit condamné à lui verser une indemnité de 350 000 francs en réparation du préjudice qu'il aurait subi du fait du refus de visa que lui aurait opposé le Consul de France à Douala, Cameroun, en janvier 1982 et confirmé par le ministre des relations extérieures le 8 janvier 1982,

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs ;

Vu l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France ;

Vu la loi n° 80-9 du 10 janvier 1980, et la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 ;

Vu le décret n° 77-1215 du 25 octobre 1977 portant publication de la convention entre le gouvernement de la République Française et le gouvernement de la République unie du Cameroun relative à la circulation des personnes;

Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ;

Vu la loi du 30 décembre 1977 ;

Après avoir entendu :

- le rapport de M. Garcia, Conseiller d'État,

- les observations de Me Tiffreau avocat de M. Grégoire Y... X...,

- les conclusions de M. Denoix de Saint-Marc, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes enregistrées sous le n° 41 550 et 46 278 présentent à juger des questions connexes ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision ;

Considérant qu'en l'absence de toute disposition conventionnelle, législative ou réglementaire déterminant les cas où le visa peut être refusé à un étranger désirant se rendre en France, et eu égard à la nature d'une telle décision, les autorités françaises à l'étranger disposent d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard, et peuvent se fonder non seulement sur des motifs tenant à l'ordre public, mais sur toute considération d'intérêt général ; qu'il suit de là qu'une décision de refus de visa ne peut être regardée comme une mesure de police, au sens de la loi du 11 juillet 1979 ; qu'elle n'est, dès lors, pas soumise à l'obligation de motivation expresse instituée par cette loi ;

Considérant qu'il résulte des pièces versées au dossier que, pour refuser à M. NGAKO X..., ressortissant camerounais, le visa d'entrée en France qu'il sollicitait, le consul de France à Douala s'est fondé sur l'existence de nombreuses plaintes formées par des maisons de commerce françaises en relations d'affaires avec l'intéressé, lequel aurait été redevable de sommes relativement importantes et aurait commis des "manœuvres indélicates diverses" dans le cadre de ces relations ; qu'en estimant qu'il n'était pas opportun, dans ces conditions, de lui délivrer le visa qu'il sollicitait, le consul n'a pas commis, dans les circonstances de l'espèce, d'erreur manifeste d'appréciation ni entaché sa décision de détournement de pouvoir ;

Considérant que ni les "télex" du consul de France en date des 18 et 20 janvier 1982, ni la lettre du ministre des relations extérieures en date du 3 février 1982 ne contiennent de décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le requérant n'est pas fondé à demander l'annulation des décisions précitées ni, par voie de conséquence, l'annulation de la décision implicite du ministre des relations extérieures rejetant sa demande d'indemnisation du préjudice que lui cause le refus du consul de France à Douala Cameroun de lui accorder un visa d'entrée en France ;

Article 1er : Les requêtes de M. NGAKO X... sont rejetées.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. NGAKO X... et au ministre des relations extérieures. »

**Analyse du CE** : « En l'absence de toute disposition conventionnelle, législative ou réglementaire déterminant les cas où le visa peut être refusé à un étranger désirant se rendre en France, et eu égard à la nature d'une telle

À cela s'ajoute que le régime applicable à la police administrative est également spécifique à différents points de vue. Notamment qu'il permet l'édiction de mesures portant atteinte aux libertés publiques, nonobstant les dispositions de l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.<sup>310</sup>

Le principe est que les limitations apportées aux libertés par l'autorité de police administrative ne sont légales si et dans la mesure où le maintien de l'ordre public les rend nécessaires.

### **A. La police administrative est un service public :**

Certains auteurs estiment que la police administrative n'est pas une activité de service public. Selon eux en effet, la police administrative serait une activité de « prescription », consistant à réglementer les activités privées, alors que le service public serait une activité de « prestation », consistant à prendre en charge la satisfaction des besoins des administrés. Leur idée tient en somme dans une formule : la police administrative ordonne, le service public propose.<sup>311</sup>

"Gilles Lebreton" considère que cette vision des choses est inexacte. Car certes, la police administrative est toujours une activité de prescription. En revanche le service public n'est pas nécessairement une activité de prestation. Il s'analyse parfois, en effet, comme une activité de prescription. C'est ainsi par exemple que le service public de l'organisation de la production industrielle, géré, sous le régime de vichy, par « des comités d'organisation », consistait à imposer des programmes de production aux entreprises.<sup>312</sup>

Dès lors, rien ne s'oppose à ce que la police administrative soit considérée comme un service public. Elle correspond parfaitement à la définition classique du service public : activité d'intérêt général gérée par une personne publique. Qu'elle cherche à préserver l'ordre public (police générale) ou qu'elle

---

décision, les autorités françaises à l'étranger disposent d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard, et peuvent se fonder non seulement sur des motifs tenant à l'ordre public, mais sur toute considération d'intérêt général. »

<sup>310</sup> : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »

<sup>311</sup> : Gilles Lebreton, Op.cit., p.206.

<sup>312</sup> : CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt*, GAJA., et recueil Lebon, p. 239.

poursuive un but différent ou plus précis (polices spéciales), c'est effectivement toujours un aspect de l'intérêt général que la police administrative a en vue. Quant à la deuxième condition « la gestion par une personne publique », elle est nécessairement réalisée puisque la jurisprudence interdit à l'administration de déléguer la gestion de la police administrative à une personne privée.<sup>313</sup>

On peut même affirmer que la police administrative est un service public administratif. Tant son objet (non comparable à celui d'une activité privée) et son mode de financement (par voie de deniers publics : généralement des impôts) que ces modalités de fonctionnement (en régie avec des fonctionnaires) plaident en ce sens.<sup>314</sup>

## **1- Police administrative générale :**

Étant une activité de surveillance qui vise à maintenir la paix sociale, la police administrative dite « générale » remplit cette mission en protégeant l'ordre public.

Il est important de savoir ce qu'il faut entendre par ordre public, en matière de police générale, puisque l'autorité de police ne peut légalement exercer son pouvoir qu'en vue de le maintenir en tant qu'ordre matériel extérieur<sup>315</sup> et, en tant qu'ordre moral (la moralité publique), ainsi que la question de l'inclusion dans l'ordre public de la protection des individus contre eux-mêmes, et le respect de la dignité humaine intégré par la jurisprudence depuis 1995. Sans oublier la loi du 11 octobre 2010 qui semble avoir intégré un autre élément à l'ordre public en la notion du respect des exigences du « vivre-ensemble ».

### **a) L'ordre public en tant qu'ordre matériel extérieur :**

C'est une formule d'Hauriou : « l'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel et extérieur ». Pour Maurice Hauriou, il était uniquement cela. Pour René Chapus il était au moins cela sans aucun doute.<sup>316</sup>

---

<sup>313</sup> : CE, 23 mai 1958, *Cts Amoudruz*, AJDA 1958, et R., p. 301.

<sup>314</sup> : Gilles Lebreton, *Op.cit.*, p.207 .

<sup>315</sup> : Selon Maurice Hauriou dans son précis de droit administratif et de droit public : « L'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait opposé au désordre, l'état de paix opposé à l'état de trouble. », p.549

<sup>316</sup> : René Chapus, *Op.cit.*, p. 447.

À cet égard il se concrétise par une trilogie traditionnelle qui forme les composantes officielles de l'ordre public, cette trilogie remonte à la première loi sur l'organisation départementale<sup>317</sup>, consacrée ensuite par une loi communale<sup>318</sup>, elle est reprise par le code des communes<sup>319</sup>, et aujourd'hui relayée par le code générale des collectivités territoriales<sup>320</sup>.

Ces composantes sont : La tranquillité publique (qualifiés aussi par le bon ordre par les trois textes précités), la sécurité publique ou « sureté » et de la salubrité publique. Certes, ces textes ne se rapportent qu'à la « police municipale », c'est-à-dire à la police administrative générale des maires. Mais il semble que la jurisprudence *Labonne*<sup>321</sup> qui fonde le pouvoir de police administrative générale

---

<sup>317</sup> : Loi du 22 décembre 1789- 8 janvier 1790, sect. 3, art 2.

<sup>318</sup> : Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, art 97.

<sup>319</sup> : Article L.131-2

<sup>320</sup> : Article L.2212-2

<sup>321</sup> : CE, 08 août 1919, requête n° 56377, Publié au recueil Lebon.

**Texte intégral :** « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête présentée pour le sieur X... Louis, demeurant ..., ladite requête enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État le 2 janvier 1914 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler, pour excès de pouvoirs, un arrêté du préfet de police, du 4 décembre 1913, retirant au requérant le certificat de capacité pour la conduite des automobiles, et en tant que de besoin les articles 11, 12 et 32 du décret du 10 mars 1899 portant règlement sur la circulation des automobiles ; Vu la loi des 22 décembre 1789 - janvier 1790 et la loi du 5 avril 1884 ; Vu la loi du 25 février 1875 ; Vu les lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 ;

Considérant que, pour demander l'annulation de l'arrêté préfectoral qui lui a retiré le certificat de capacité pour la conduite des automobiles, le requérant se borne à contester la légalité du décret du 10 mars 1899 dont cet arrêté lui fait application ; qu'il soutient que ledit décret est entaché d'excès de pouvoir dans les dispositions de ses articles 11, 12 et 32 par lesquelles il a institué ce certificat et prévu la possibilité de son retrait ;

Considérant que, si les autorités départementales et municipales sont chargées par les lois, notamment par celle des 22 décembre 1789-janvier 1790 et celle du 5 avril 1884, de veiller à la conservation des voies publiques et à la sécurité de la circulation, il appartient au Chef de l'État, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire, étant bien entendu que les autorités susmentionnées conservent, chacune en ce qui la concerne, compétence pleine et entière pour ajouter à la réglementation générale édictée par le Chef de l'État toutes les prescriptions réglementaires supplémentaires que l'intérêt public peut commander dans la localité ;

Considérant, dès lors, que le décret du 10 mars 1899, à raison des dangers que présente la locomotion automobile, a pu valablement exiger que tout conducteur d'automobile fût porteur d'une autorisation de conduire, délivrée sous la forme d'un certificat de capacité ; que la faculté d'accorder ce certificat, remise par ledit décret à l'autorité administrative, comportait nécessairement pour la même autorité celle de retirer ledit certificat en cas de manquement grave aux dispositions réglementant la circulation ; qu'il suit de là que le décret du 10 mars 1899 et l'arrêté préfectoral du 4 décembre 1913 ne se trouvent point entachés d'illégalité ;

DECIDE : Article 1er : La requête du sieur X... est rejetée. Article 2 : Expédition de la présente décision sera transmise au Ministre de l'Intérieur. »

**Analyse du CE :** « Il appartient au chef de l'État, en dehors de toute délégation législative, de déterminer les mesures de police applicables à tout le territoire, à raison du danger que présente, pour les passants, la circulation automobile, les autorités locales conservant compétence pour ajouter à la réglementation générale les mesures que commande l'intérêt des habitants de chaque localité ; et si le chef de l'État a pu valablement exiger de tout



du chef du gouvernement , ait entendu reprendre à son compte cette composition tripartite.

Les autorités de police administrative générales peuvent donc prendre toute mesure se rapportant à l'un de ces trois objets. Pour assurer le respect de la tranquillité publique, elles sont notamment compétentes pour lutter contre le bruit et pour veiller au bon ordre des manifestations publiques. Afin de préserver la sécurité publique, elles peuvent agir pour empêcher la divagation des animaux et pour prévenir généralement tout risques d'accident, lié notamment à la circulation routière. Enfin en vue de maintenir la salubrité publique, elles réglementent le ramassage des ordures et préviennent les épidémies et pollution de toute nature.

### **b) La moralité publique :**

Si la protection d'un certain ordre moral est au nombre des buts légaux du pouvoir de police, ce dernier peut être exercé pour prévenir (ou faire cesser) le trouble de conscience susceptible d'être provoqué par des faits publics considérés comme contraires à la morale et aux bonnes mœurs.

La loi ne prévoit pas qu'il puisse y avoir un tel but. Mais il n'est pas douteux que, selon la jurisprudence, la moralité publique est la quatrième composante de la notion d'ordre public.

Est ainsi donc reconnu à l'autorité de police le pouvoir de prescrire « la fermeture de lieux de débauche portant atteinte à la moralité publique », et par là, comme le Conseil d'État le précise, générateurs de trouble à l'ordre public<sup>322</sup> ; ainsi que celui d'interdire les dénominations données à des voies privées qui seraient contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>323</sup>.

La jurisprudence sur les interdictions municipales de films cinématographiques est d'autre part tout à fait édifiante.

Alors même qu'un film a obtenu le visa ministériel nécessaire à son exploitation, les maires, responsables du maintien de l'ordre dans leurs communes, peuvent en interdire la projection dans deux cas.

---

conducteur l'obligation d'obtenir un certificat de capacité de l'autorité administrative, il s'ensuit nécessairement qu'il pouvait confier à la même autorité le soin de retirer le certificat en cas de manquement grave aux règlements. »

<sup>322</sup> : CE, 30 septembre 1960, *Jauffret*, Publié au recueil Lebon, p.504, et RDP 1961, p.828, note M.waline (fermeture d'une « maison meublée »).

<sup>323</sup> : CE, 19 juin 1974, *Broutin*, requête n° 88410, Publié au recueil Lebon.

Le premier est celui où la projection du film est susceptible d'entraîner des troubles matériels (par exemple saccage de la salle de spectacle ou violences contre les personnes par des adversaires, pour une raison quelconque, du film), il s'agit alors en interdisant la projection, d'assurer très classiquement la tranquillité et la sécurité publiques.

Le second cas est celui où la projection du film est de nature à préjudicier à l'ordre public « à raison du caractère immoral du film et de circonstances locales ».<sup>324</sup>

---

<sup>324</sup> : CE. Section, 18 décembre 1959, *Soc. Les films Lutecia*, requête n°36385 et 36428, Publié au recueil Lebon.

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu 1° la requête et le mémoire présentés pour la société à responsabilité limitée "Les films Lutétia", dont le siège social est ..., agissant poursuites et diligences de son gérant en exercice, ladite requête et ledit mémoire enregistrés sous le n° 36385 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État les 30 septembre 1955 et 25 avril 1956 ;

Vu 2° La requête et le mémoire ampliatif présentés pour le Syndicat français des producteurs et exportateurs de films, dont le siège social est ..., agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux, ladite requête et ledit mémoire enregistrés sous le n° 36428 comme ci-dessus les 4 octobre 1955 et 3 février 1956 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un jugement en date du 11 juillet 1955 par lequel le Tribunal administratif de Nice a rejeté la demande de la société "Les Films Lutétia", tendant à l'annulation, pour excès de pouvoir, de l'arrêté en date du 3 décembre 1954 par lequel le maire de Nice a interdit la projection du film "Le feu dans la peau", ensemble annuler l'arrêté susmentionné ; Vu la loi du 5 avril 1884 ; Vu l'ordonnance du 3 juillet 1945 et le décret du 3 juillet 1945 ; Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ;

Considérant que les deux requêtes susvisées sont dirigées contre le même jugement et présentent à juger les mêmes questions ; qu'il y a lieu de les joindre pour y être statué par une seule décision ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de la requête du syndicat français des producteurs et exportateurs de films : Considérant qu'en vertu de l'article 1er de l'ordonnance du 3 juillet 1945 la représentation d'un film cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa délivré par le ministre chargé de l'information ; qu'aux termes de l'article 6 du décret du 3 juillet 1945, portant règlement d'administration publique pour l'application de cette ordonnance, "le visa d'exploitation vaut autorisation de représenter le film sur tout le territoire pour lequel il est délivré" ;

Considérant que, si l'ordonnance du 3 juillet 1945, en maintenant le contrôle préventif institué par des textes antérieurs a, notamment, pour objet de permettre que soit interdite la projection des films contraires aux bonnes moeurs ou de nature à avoir une influence pernicieuse sur la moralité publique, cette disposition législative n'a pas retiré aux maires l'exercice, en ce qui concerne les représentations cinématographiques, des pouvoirs de police qu'ils tiennent de l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 ; qu'un maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut donc interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé mais dont la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public ;

Considérant qu'aucune disposition législative n'oblige le maire à motiver un arrêté pris par lui en vertu de l'article 97 susmentionné de la loi du 5 avril 1884 ;

Considérant que l'arrêté attaqué, par lequel le maire de Nice a interdit la projection du film "Le feu dans la peau", constitue une décision individuelle ; que, dès lors, le moyen tiré par les requérants de ce que le maire aurait excédé ses pouvoirs en prenant, en l'espèce, un arrêté de caractère réglementaire est, en tout état de cause, inopérant ;

Considérant que le caractère immoral du film susmentionné n'est pas contesté ; qu'il résulte de l'instruction que les circonstances locales invoquées par le maire de Nice étaient de nature à justifier légalement l'interdiction de la projection dudit film sur le territoire de la commune ;

Considérant, enfin, que le détournement de pouvoir allégué ne ressort pas des pièces du dossier ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif a rejeté la demande de la Société "Les Films Lutecia" tendant à l'annulation de l'arrêté contesté du maire de Nice ;

DECIDE : Article 1er : Les requêtes susvisées de la Société "Les Films Lutecia" et du Syndicat français des producteurs

Ainsi, l'interdiction peut être justifiée par l'immoralité du film, compte tenu de circonstances locales, propres à la commune : cette exigence est destinée à justifier le fait qu'une autorité locale puisse interdire un film dont la projection a été autorisée sur un plan national. Il faut qu'elle ait des raisons particulières de le faire : sensibilisation spéciale des habitants de la commune à l'immoralité du film, du fait que son action se situe dans la commune ou rappelle des événements qui s'y sont produits ; ou bien aussi, fait que la commune est un lieu de pèlerinage religieux.

Quant à l'immoralité du film, elle peut tenir, bien entendu à son caractère pornographique, érotique ou licencieux. Elle peut aussi résulter du fait que le film de nature à inciter la violence.<sup>325</sup>.

### c) **La protection des individus contre eux-mêmes :**

Peut-on considérer comme prise pour assurer l'ordre public une mesure édictée par l'autorité de police interdisant à une personne un comportement qui ne peut être nuisible que pour elle (ou lui imposant une obligation ayant pour conséquence de lui interdire un tel comportement)?

Exerçant son pouvoir de police administrative, le premier ministre a imposé via un décret exécutif<sup>326</sup> aux conducteurs et passagers des véhicules à deux roues le port d'un casque ; et à ceux des voitures automobiles, il a imposé l'obligation

---

et exportateurs de films sont rejetées. Article 2 : Expédition de la présente décision sera transmise au Ministre de l'Intérieur.

**Analyse du CE :** « Arrêté du maire de Nice interdisant la projection dans cette ville d'un film revêtu du visa d'exploitation en se fondant sur l'immoralité dudit film. Institution par l'ordonnance du 3 juillet 1945 d'un visa d'exploitation délivré, au plan national, par le ministre chargé de l'information sur avis de la Commission de contrôle ayant eu notamment pour objet de permettre d'interdire la projection de films contraires à la décence ou aux bonnes moeurs ; mais cette institution n'a pas eu pour effet de priver les maires de la possibilité d'interdire, en vertu des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, les films dont la projection serait, soit en raison des troubles sérieux qu'ils pourraient provoquer, soit en raison de leur caractère immoral et de circonstances locales, contraire à l'ordre public. Légalité de l'arrêté d'interdiction attaqué, le caractère immoral du film n'étant pas contesté et l'existence de circonstances locales de nature à justifier l'interdiction étant établie. »

<sup>325</sup> : René Chapus, Op.cit., p.451

<sup>326</sup> : Décret n°73-561 du 28 juin 1973 REMPLACEMENT DES ART. R10-1 (LIMITATION DE VITESSE), R53-1 (PORT DU CASQUE), R53-2 (INTERDICTIONS TEMPORAIRES DE CIRCULER), R186 (DISPOSITIONS APPLICABLES AUX CONDUCTEURS DE MOTOCYCLETTES), JORF du 29 juin 1973, p. 6966.

de porter une ceinture de sécurité. De telles mesures peuvent-elles être légalement édictées dans l'exercice du pouvoir de police ?

Les tribunaux répressifs ont eu à se prononcer sur la légalité de l'obligation de porter la ceinture de sécurité<sup>327</sup>, mais ils ont statué sans prendre parti sur la question de principe posée. Les uns ont jugé l'obligation illégalement imposée, à raison de son caractère trop contraignant et non exclusif de tout danger. Les autres l'ont jugée légalement instituée, parce que de nature à diminuer les conséquences financières des accidents de la route (frais d'hospitalisation et rééducation, pensions à la charge de la sécurité sociale et des finances publiques...).

Quant au conseil d'État, et s'agissant également de l'obligation du port de la ceinture de sécurité, il a jugé qu'elle avait été légalement instituée, du fait qu'elle a pour objet de « réduire les conséquences des accidents de la route ».<sup>328</sup>

---

<sup>327</sup> : ils sont compétents pour apprécier la légalité des règlements de police à l'occasion des poursuites exercés devant eux contre les contrevenants).

<sup>328</sup> : CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve*, requête n°92161 et 92685, Publié au recueil Lebon.

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

REQUETES DES SIEURS X... DE LA MAISONNEUVE HERVE ET Y... GUY TENDANT A L'ANNULATION 1. DES DISPOSITIONS DU DECRET N 73-561 DU 28 JUIIN 1973 REMPLACANT LE DERNIER ALINEA DE L'ARTICLE R. 53-1 DU CODE DE LA ROUTE ET INSTITUANT LE PORT OBLIGATOIRE DE LA CEINTURE DE SECURITE POUR LES CONDUCTEURS ET CERTAINS OCCUPANTS DES VOITURES AUTOMOBILES PARTICULIERES ; 2. DE L'ARRETE INTERMINISTERIEL DU 28 JUIIN 1973 FIXANT LES CONDITIONS DU PORT DE LA CEINTURE DE SECURITE ; VU LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958 ET NOTAMMENT SES ARTICLES 21, 34 ET 37 ; LE DECRET DU 15 DECEMBRE 1958 ; LE CODE DE LA ROUTE ; L'ORDONNANCE DU 31 JUILLET 1945 ET LE DECRET DU 30 SEPTEMBRE 1953 ; LE DECRET DU 30 JUILLET 1963 ; LE CODE GENERAL DES IMPOTS ;

CONSIDERANT JONCTION ; SUR LES INTERVENTIONS DU SIEUR Z... : - CONS. QUE LE SIEUR Z... A INTERET A L'ANNULATION DES DISPOSITIONS ATTAQUEES ; QUE SES INTERVENTIONS SONT, PAR SUITE, RECEVABLES ; SUR LES CONCLUSIONS DIRIGEES CONTRE LES DISPOSITIONS ATTAQUEES DU DECRET DU 28 JUIIN 1973 : - CONS. , D'UNE PART, QU'AUX TERMES DE L'ARTICLE 1ER DU DECRET DU 15 DECEMBRE 1958 RELATIF A LA POLICE DE LA CIRCULATION ROUTIERE "LES ARTICLES R. 1 A R. 247 CONSTITUENT DES DECRETS PRIS DANS LES FORMES PREVUES POUR LES REGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE ; ILS NE POURRONT ETRE MODIFIES OU COMPLETES QUE DANS LES MEMES FORMES" ; QU'AINSI LE DECRET DU 28 JUIIN 1973 NE CONSTITUE PAS UN REGLEMENT D'ADMINISTRATION PUBLIQUE, MAIS UN DECRET PRIS DANS LES FORMES PREVUES POUR LES REGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE ; QU'EN VERTU DE L'ARTICLE 21, AVANT-DERNIER ALINEA, DU DECRET DU 30 JUILLET 1963, VISE PAR LE DECRET ATTAQUE, "LE VICE-PRESIDENT DU CONSEIL D'ÉTAT PEUT, SUR PROPOSITION DU PRESIDENT DE LA SECTION OU DE LA COMMISSION COMPETENTE, DECIDER DE NE PAS PORTER A L'ORDRE DU JOUR DE L'ASSEMBLEE GENERALE CERTAINS DES PROJETS" QUI EN RELEVANT NORMALEMENT, ET NOTAMMENT DES PROJETS DE DECRETS PRIS EN LA FORME DE REGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE ; QUE, PAR DECISION EN DATE DU 26 JUIIN 1973, LE VICE-PRESIDENT DU CONSEIL D'ÉTAT, SUR PROPOSITION DU PRESIDENT DE LA SECTION DES TRAVAUX PUBLICS, A DECIDE DE NE PAS PORTER LE PROJET DU DECRET ATTAQUE, PRIS EN LA FORME DES REGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE DEVANT L'ASSEMBLEE GENERALE DU CONSEIL D'ÉTAT ; QUE, PAR SUITE LEDIT DECRET, PRIS "LE CONSEIL D'ÉTAT SECTION DES TRAVAUX PUBLICS ENTENDU" , EST INTERVENU SUR UNE PROCEDURE REGULIERE ;

CONS. , D'AUTRE PART, QU'IL APPARTIENT AU GOUVERNEMENT, EN VERTU DES DISPOSITIONS DES ARTICLES 21 ET 37 DE LA CONSTITUTION, DE PRENDRE LES MESURES DE POLICE APPLICABLES A L'ENSEMBLE DU TERRITOIRE, ET NOTAMMENT CELLES QUI ONT POUR OBJET LA SECURITE DES CONDUCTEURS DES VOITURES AUTOMOBILES ET DES

Comme il est difficile de croire que la réduction des dépenses sociales et publiques est un but de police, il faut penser soit que la protection des individus contre eux-mêmes en est un, soit que l'obligation contestée assure également la sécurité des tiers usagers de la route (admissible en ce qui concerne l'obligation de la ceinture, et pas pour celle du casque), soit enfin que, dans une telle affaire, le Conseil d'État (Comme sans doute la Cour de Cassation) n'a pas voulu faire de droit sans se préoccuper et s'embarasser de considérations juridiques, il a voulu tenir pour régulière une mesure qui a paru assez peu contraignante et plus avantageuse que nuisible<sup>329</sup>

Il est alors inutile d'entreprendre la discussion juridique d'une solution qui ne l'est pas. On peut cependant rappeler que, aux termes de la définition constitutionnelle de la liberté, cette dernière consiste à « pouvoir faire tout ce

---

PERSONNES TRANSPORTEES ; QU'EN FAISANT OBLIGATION A CERTAINS DE CEUX-CI, AFIN DE REDUIRE LES CONSEQUENCES DES ACCIDENTS DE LA ROUTE, DE PORTER UNE CEINTURE DE SECURITE ATTACHEE, LE DECRET ATTAQUE N'A PAS EXCEDE LES POUVOIRS CONFERES A L'AUTORITE REGLEMENTAIRE ; CONS. , PAR AILLEURS, QUE LE DECRET ATTAQUE, QUI A DEFINI AVEC UNE SUFFISANTE PRECISION LE CADRE ET L'OBJET DES MESURES A INTERVENIR, A PU LEGALEMENT RENVOYER A DES ARRETES INTERMINISTERIELS LE SOIN D'EDICTER LES DATES ET MESURES D'APPLICATION DES REGLES QU'IL EDICTAIT ; CONS. ENFIN, QUE LA CIRCONSTANCE QUE L'APPLICATION D'UN TEXTE REGLEMENTAIRE SERAIT EVENTUELLEMENT DE NATURE A ENGAGER LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT NE SAURAIT ENTRAINER LA NECESSITE DE L'INTERVENTION DU LEGISLATEUR ; SUR LES CONCLUSIONS DIRIGÉES CONTRE L'ARRETE DU 28 JUIN 1973 : - CONS. QU'IL RESULTE DE CE QUI PRECEDE QUE LES REQUERANTS NE SONT PAS FONDES A SOUTENIR QUE LEDIT ARRETE SERAIT ILLEGAL A RAISON D'UNE ILLEGALITE DU DECRET DONT IL ASSURE L'APPLICATION ; CONS. QUE, DEVANT L'IMPOSSIBILITE D'EXIGER IMMEDIATEMENT LE PORT DE LA CEINTURE DE SECURITE POUR TOUS LES OCCUPANTS DE TOUS LES VEHICULES AUTOMOBILES, LES MINISTRES COMPETENTS ONT PU LEGALEMENT, SANS PORTER ATTEINTE AU PRINCIPE DE L'EGALITE DES CITOYENS ET AFIN DE METTRE EN OEUVRE PROGRESSIVEMENT LE PORT OBLIGATOIRE DE LA CEINTURE DE SECURITE COMME LES Y INVITAIENT LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE R. 53-1 DU CODE DE LA ROUTE, PREVOIR QUE LE PORT DE LA CEINTURE NE SERAIT, AU 1ER JUILLET 1973, EXIGE QUE DES CONDUCTEURS ET DES OCCUPANTS DES PLACES LATERALES AVANT DES VOITURES PARTICULIERES MISES POUR LA PREMIERE FOIS EN CIRCULATION A PARTIR DU 1ER AVRIL 1970, CES VEHICULES AYANT ETE D'AILLEURS OBLIGATOIREMENT DOTES, EN VERTU DE L'ARRETE DU 5 FEVRIER 1969, DE L'EQUIPEMENT CORRESPONDANT A CETTE OBLIGATION ; CONS. QUE DE TOUT CE QUI PRECEDE, IL RESULTE QUE LES REQUETES DES SIEURS X... DE LA MAISONNEUVE ET Y... NE SAURAIENT ETRE ACCUEILLIES ; INTERVENTIONS ADMISES ; REJET AVEC DEPENS.

**Analyse du CE :** « Il appartient au Gouvernement, en vertu des articles 21 et 37 de la Constitution du 4 Octobre 1958, de prendre les mesures de police applicables à l'ensemble du territoire et notamment celles qui ont pour objet la sécurité des conducteurs des voitures automobiles et des personnes transportées. En faisant obligation à certains de ceux-ci de porter une ceinture de sécurité attachée afin de réduire les conséquences des accidents de la route, le Gouvernement n'a pas excédé, en prenant le décret du 28 Juin 1973, les pouvoirs conférés à l'autorité réglementaire.

Devant l'impossibilité d'exiger immédiatement le port de la ceinture de sécurité pour tous les occupants de tous les véhicules automobiles, l'arrêté interministériel du 28 Juin 1973 a pu légalement prévoir, sans porter atteinte au principe de l'égalité des citoyens et afin de mettre en œuvre progressivement le port obligatoire de la ceinture de sécurité comme les dispositions de l'article R.53-1 du code de la route y invitaient les ministres, que le port de la ceinture serait seulement exigé, à compter du 1er Juillet 1973, des conducteurs et des occupants des places latérales avant des voitures particulières mises en circulation après le 1er Avril 1970. »

<sup>329</sup> : René Chapus, Op.cit., p.452

qui ne nuit pas à autrui. »<sup>330</sup>. C'est d'une toute autre liberté qu'il s'agirait si on la concevait comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à la société.<sup>331</sup>

**d) Le respect de la dignité de la personne humaine :**

C'est en 1995, dans deux arrêts rendus à propos d'arrêtés municipaux interdisant des spectacles de « lancer de nains », que le Conseil d'État affirme pour la première fois que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public »<sup>332</sup>

Cette belle affirmation aurait été pertinente si elle avait simplement voulu signifier que les autorités de police générale doivent respecter la dignité humaine telle que la conscience collective la conçoit. Dans cette hypothèse, la référence à la dignité humaine n'aurait été qu'une façon d'assurer le respect de la moralité publique, et le juge se serait borné à rechercher, conformément à la jurisprudence *Lutecia*, si des circonstances particulières justifiaient réellement l'interdiction<sup>333</sup>.

Mais le Conseil d'État a préféré ériger le respect de la dignité de la personne humaine en élément de l'ordre public, distinct de la moralité publique.<sup>334</sup> Conformément aux conclusions de M. Frydman, qui présente la dignité comme un concept absolu, placé au-dessus de tout débat démocratique, il affirme en effet la légalité de l'interdiction « même en l'absence de circonstances locales particulières ». Il considère ainsi le respect de la dignité humaine comme un principe de droit naturel, dont il détermine seul le contenu, indépendamment de la conscience collective et au besoin contre elle, et cède à la tentation de l'ordre moral.

---

<sup>330</sup> : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Article 4.

<sup>331</sup> : Marcel Waline, « *Le droit administratif et la sécurité routière* », in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos, LGDJ, Paris, 1974, p.1.

<sup>332</sup> : CE ass, 27 octobre 1995, *Ville d'Aix-en-Provence et Commune de Morsang-sur-Orge*, GAJA, RFDA, 1995, Conclusions Frydman, Dalloz, Paris, 1996, note de Gilles Lebreton, p.177.

<sup>333</sup> : Démarche suivie par le Tribunal Administratif de Versailles le 25 février 1992, *Sté Fun Productions*, RFDA, 1992, p.1026.

<sup>334</sup> : Gilles Lebreton, Op.cit., p.202 .

e) **Le respect des exigences du « vivre-ensemble » :**

La loi du 11 octobre 2010<sup>335</sup> interdit, dans un souci d'ordre public, la dissimulation du visage dans l'espace public. Or les Travaux préparatoires, qui ont précédé l'adoption de ladite loi<sup>336</sup>, montre bien que le parlement n'a pas entendu fonder cette nouvelle interdiction sur l'une des composantes de l'ordre public précitées, mais sur une nouvelle composante qu'il appelle le respect des exigences du « vivre ensemble ». Comme la moralité publique et la dignité humaine, le vivre ensemble contribue à façonner l'ordre public « immatériel » qui vise à préserver la paix des consciences, alors que l'ordre public matériel de la trilogie classique « tranquillité- sécurité- salubrité » se borne en quelque sorte à rechercher le calme dans la rue. Le vivre ensemble se démarque toutefois de la moralité publique en ce qu'il protège les conditions essentielles de la sociabilité (communiqué à visage découvert), et les valeurs fondamentales de la république, telles qu'elles sont façonnées par la conscience collective ; il ne dépend donc pas de « circonstances locales » et se situe en quelque sorte au-dessus de la moralité publique, au niveau national et non à l'échelon local. Et il se démarque aussi de la dignité humaine en ce qu'il est conçu, de façon beaucoup plus démocratique, comme un reflet des aspirations de la conscience collective, et non comme un « concept absolu » forgé par la subjectivité des juges ; il semble de ce fait beaucoup moins dangereux.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> : LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JORF n°0237 du 12 octobre 2010, p.18344 (loi toujours en vigueur à la rédaction de cette thèse).

<sup>336</sup> : Assemblée nationale : Projet de loi n° 2520 ; Rapport de M. Jean-Paul Garraud, au nom de la commission des lois, n° 2648 ; Rapport d'information de Mme Bérengère Poletti, au nom de la délégation aux droits des femmes, n° 2646 ; Discussion les 6 et 7 juillet 2010 et adoption le 13 juillet 2010 (TA n° 524). Sénat : Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, n° 675 (2009-2010) ; Rapport de M. François-Noël Buffet, au nom de la commission des lois, n° 699 (2009-2010) ; Rapport d'information de Mme Christiane Hummel, au nom de la délégation aux droits des femmes, n° 698 (2009-2010) ; Texte de la commission, n° 700 (2009-2010) ; Discussion et adoption le 14 septembre 2010 (TA n° 161, 2009-2010). — Conseil constitutionnel : Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 publiée au Journal officiel du 12 octobre 2010.

<sup>337</sup> : Gilles Lebreton, Op.cit., p.204 .

## **2- Les polices administratives spéciales :**

Comme la police administrative générale, les polices administratives spéciales sont des activités de surveillance qui visent à maintenir la paix sociale. Cependant alors que la première remplit cette mission en protégeant l'ordre public, de par toutes ces composantes, les secondes la remplissent pour leur part en poursuivant les buts précis que leur assignent les textes, et qui sont très divers. Parfois ces buts sont très différents de ceux qui caractérisent l'ordre public ; leur simple considération suffit alors pour distinguer les polices administratives spéciales de la police administrative générale. Lorsqu'au contraire ils en sont proches, on reconnaît les polices administratives spéciales en recherchant par quelle autorité et selon quelle procédure elles sont exercées. Dans tous les cas, ces polices sont dites « spéciales », parce qu'elles se voient assigner par des textes qui les délimitent rigoureusement à leurs domaines d'interventions, contrairement à la police administrative générale.

Les polices spéciales s'appliquent à des activités soumises à un contrôle particulier de la puissance publique, comme la chasse, la pêche, les débits de boisson. Une police spéciale du cinéma est confiée au ministre chargé de la culture, qui délivre les visas d'exploitation des films. Certaines polices visent davantage des catégories de personnes. Après, le cas échéant, des mesures provisoires prises par le maire, le préfet peut prescrire l'hospitalisation d'office d'une personne atteinte de troubles mentaux susceptibles de la rendre dangereuse pour elle-même ou pour autrui. La police de l'entrée et du séjour des étrangers en France est confiée au préfet, qui délivre les titres de séjour et peut prendre des mesures d'éloignement forcé à l'encontre des étrangers qui sont en situation irrégulière ou dont la présence sur le sol français crée un risque grave pour l'ordre public.

Dans le champ couvert par une police spéciale, seules peuvent intervenir les décisions prévues par ce régime particulier, qui détermine notamment l'autorité compétente, la procédure à suivre, la nature des pouvoirs conférés à l'autorité de police. Une place peut néanmoins subsister pour des mesures de police générale, lorsque des circonstances locales particulières font apparaître, indépendamment des intérêts protégés par la police spéciale, des dangers pour l'ordre public. Ainsi, la police du cinéma exercée par le ministre de la culture ne fait pas obstacle à ce que le maire édicte, dans sa commune, des



restrictions particulières si la diffusion d'un film, autorisé au plan national, risque d'entraîner sur un plan local des troubles particuliers.<sup>338</sup> Par leur nature ou par l'effet des dispositions qui les ont instituées, certaines police administratives spéciales sont toutefois exclusives de toute interventions des autorités locales. Il en va ainsi des polices confiées aux autorités de l'État en matière de navigation aérienne, de réglementation de l'implantation des

---

<sup>338</sup> : Conformément à la jurisprudence *Lutécia*, citée plus haut, in *La moralité publique*.

antennes relais de téléphonie mobile<sup>339</sup>, de dissémination des organismes génétiquement modifiés<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> : CE, 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, requête n°326492, publié au recueil Lebon.

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 26 mars 2009 et 26 juin 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés pour la COMMUNE DE SAINT-DENIS, représentée par son maire ; la COMMUNE DE SAINT-DENIS demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'arrêt n° 07VE01770 - 07VE01773 - 07VE01776 du 15 janvier 2009 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté ses requêtes tendant à l'annulation des jugements n° 0611566 - 0611690 - 0611695 du 31 mai 2007 par lesquels le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a, statuant sur la demande de la société Bouygues Telecom, de la société Orange France et de la Société française de radiotéléphone (SFR), annulé l'arrêté municipal du 14 septembre 2006 interdisant l'installation des antennes de téléphonie mobile dans un rayon de 100 mètres autour des crèches, des établissements scolaires ou recevant un public mineur et des résidences de personnes âgées ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses requêtes d'appel ;

3°) de mettre à la charge des sociétés Orange France, Bouygues Telecom et SFR le versement de la somme de 2 000 euros chacune en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution et notamment la Charte de l'environnement à laquelle renvoie son Préambule ;

Vu la recommandation n° 1999/519/CE du 12 juillet 1999 du Conseil de l'Union européenne ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu le décret n° 2002-775 du 3 mai 2002 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Constance Rivière, Maître des Requêtes-rapporteur ;

- les observations de la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat de la COMMUNE DE SAINT-DENIS, de la SCP Tiffreau, Corlay, Marlange, avocat de la société Orange France, de la SCP Peignot, Garreau, avocat de la société Bouygues Telecom et de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la Société française de radiotéléphone ;

- les conclusions de M. Xavier de Lesquen, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat de la COMMUNE DE SAINT-DENIS, à la SCP Tiffreau, Corlay, Marlange, avocat de la société Orange France, à la SCP Peignot, Garreau, avocat de la société Bouygues Telecom et à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la Société française de radiotéléphone ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le maire de la commune de Saint-Denis, se fondant notamment sur le principe de précaution, a, par arrêté en date du 14 septembre 2006, interdit sur le territoire de la commune l'installation d'antennes de téléphonie mobile dans un rayon de 100 mètres autour des crèches, des établissements scolaires ou recevant un public mineur et des résidences de personnes âgées, de manière temporaire, jusqu'à la mise en place d'une charte entre les opérateurs de réseaux de communications électroniques et la communauté de communes de la Plaine Commune ; que, sur recours des sociétés Orange France, Bouygues Telecom et SFR, cet arrêté a été annulé par un jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise en date du 31 mai 2007, confirmé le 15 janvier 2009 par un arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles ; que la COMMUNE DE SAINT-DENIS se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

Considérant, en premier lieu, qu'en vertu du I de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, les activités de communications électroniques, si elles s'exercent librement, doivent respecter les autorisations prévues au titre II de ce code (" Ressources et police "), notamment celles relatives à l'utilisation des fréquences radioélectriques et l'implantation des stations radioélectriques de toute nature ; qu'en vertu du II de ce même article, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) veillent notamment, dans le cadre de leurs attributions respectives, au respect de l'ordre public par les exploitants de réseaux de communications électroniques ainsi qu'à la gestion efficace des fréquences radioélectriques ; qu'en vertu de l'article L. 42-1 du même code, les autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques attribuées par l'ARCEP précisent les conditions techniques nécessaires " pour limiter l'exposition du public aux champs électromagnétiques " ; que l'article L. 43 du code donne mission à l'Agence nationale des fréquences (ANFR), établissement public administratif de l'État, notamment de coordonner " l'implantation sur le territoire national des stations radioélectriques de toute nature ", en autorisant ces

---

implantations, et de veiller " au respect des valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques " définies, en application de l'article L. 34-9-1 du même code, par le décret n° 2002-775 du 3 mai 2002, qui a repris les valeurs limites fixées par la recommandation du 12 juillet 1999 du Conseil de l'Union européenne relative à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques (de 0 Hz à 300 GHz) ; que ce décret impose à tout exploitant d'un réseau de communications électroniques de s'assurer que le niveau d'exposition du public aux champs électromagnétiques émis par les équipements et installations de son réseau respecte les valeurs limites définies en annexe ; qu'en particulier, il résulte de l'article 5 de ce décret que tout exploitant doit justifier, sur demande de l'ARCEP ou de l'ANFR, des actions engagées pour s'assurer, au sein des établissements scolaires, des crèches ou des établissements de soins situés dans un rayon de cent mètres à partir de l'équipement ou de l'installation, que l'exposition du public aux champs électromagnétiques est aussi faible que possible, tout en préservant la qualité du service rendu ; qu'en application des articles R. 20-44-10 et suivants du code, l'ANFR peut diligenter des vérifications sur place effectuées par des organismes répondant à des exigences de qualités fixées par décret et selon un protocole de mesure déterminé par arrêté ministériel ; qu'enfin, en vertu de l'article L. 96-1 du code, l'exploitant d'une installation radioélectrique sur le territoire d'une commune est tenu de transmettre au maire " sur sa demande, un dossier établissant l'état des lieux de cette ou de ces installations " ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le législateur a organisé une police spéciale des communications électroniques confiée à l'État ; qu'afin d'assurer, sur l'ensemble du territoire national et conformément au droit de l'Union européenne, d'une part, un niveau élevé et uniforme de protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques émises par les réseaux de communications électroniques, qui sont identiques sur tout le territoire, d'autre part, un fonctionnement optimal de ces réseaux notamment par une couverture complète de ce territoire, le législateur a confié aux seules autorités qu'il a désignées, c'est-à-dire au ministre chargé des communications électroniques, à l'ARCEP et à l'ANFR, le soin de déterminer, de manière complète, les modalités d'implantation des stations radioélectriques sur l'ensemble du territoire ainsi que les mesures de protection du public contre les effets des ondes qu'elles émettent ; que les pouvoirs de police spéciale ainsi attribués aux autorités nationales, qui reposent sur un niveau d'expertise et peuvent être assortis de garanties indisponibles au plan local, sont conférés à chacune de ces autorités, notamment pour veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques et à la protection de la santé publique ; que, dans ces conditions, si le législateur a prévu par ailleurs que le maire serait informé à sa demande de l'état des installations radioélectriques exploitées sur le territoire de la commune et si les articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales habilite le maire à prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, celui-ci ne saurait, sans porter atteinte aux pouvoirs de police spéciale conférés aux autorités de l'État, adopter sur le territoire de la commune une réglementation portant sur l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes ;

Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 5 de la Charte de l'environnement, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 : " Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage " ; qu'il résulte de ces dispositions que le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions, ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attributions ; que, par conséquent, la circonstance que les valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques fixées au niveau national ne prendraient pas suffisamment en compte les exigences posées par le principe de précaution n'habilite pas davantage les maires à adopter une réglementation locale portant sur l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'en ne relevant pas l'incompétence du maire pour adopter, au titre de ses pouvoirs de police générale, y compris en se fondant sur le principe de précaution, un arrêté portant sur l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile dans la commune et destiné à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes, la cour administrative d'appel de Versailles a entaché son arrêt d'une erreur de droit ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'arrêt attaqué doit être annulé ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le maire ne peut, ni au titre de ses pouvoirs de police générale ni en se

---

fondant sur le principe de précaution, adopter une réglementation portant sur l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes ; que le maire de la COMMUNE DE SAINT-DENIS ne pouvait, par conséquent, pas légalement édicter une telle réglementation sur le territoire de la commune ;

Considérant que, compte-tenu de ce qui précède, la négociation en cours d'une charte entre la communauté de communes de la Plaine Commune et les opérateurs de téléphonie mobile ne pouvait pas non plus être utilement invoquée par le maire de la COMMUNE DE SAINT-DENIS pour justifier l'adoption de l'arrêté attaqué ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la COMMUNE DE SAINT-DENIS n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a annulé l'arrêté en date du 14 septembre 2006 ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge des sociétés Orange France, Bouygues Telecom et SFR, qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la COMMUNE DE SAINT-DENIS et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la COMMUNE DE SAINT-DENIS le versement à la société Bouygues Telecom et à la société Orange France de la même somme de 4 000 euros chacune au titre des frais exposés devant le Conseil d'État et devant la cour administrative d'appel de Versailles et non compris dans les dépens ;

D E C I D E :

-----

Article 1er : L'arrêté du 15 janvier 2009 de la cour administrative d'appel de Versailles est annulé.

Article 2 : Les requêtes de la COMMUNE DE SAINT-DENIS devant la cour administrative d'appel de Versailles ainsi que le surplus des conclusions de son pourvoi sont rejetés.

Article 3 : La COMMUNE DE SAINT-DENIS versera à la société Orange France et à la société Bouygues Telecom la même somme de 4 000 euros chacune au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNE DE SAINT-DENIS, à la Société française du radiotéléphone, à la société Orange France et à la société Bouygues Telecom.

Une copie en sera adressée au ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au ministre du travail, de l'emploi et de la santé. »

**Analyse du CE** : « Il résulte des dispositions de l'article 5 de la Charte de l'environnement que le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions, ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attributions.

49-04 Par les dispositions figurant aux articles L. 32-1, L. 34-9-1, L. 34-9-2, L. 42-1 et L. 43 du code des postes et communications électroniques, le législateur a organisé de manière complète une police spéciale des communications électroniques confiée à l'État. Afin d'assurer, sur l'ensemble du territoire national et conformément au droit de l'Union européenne, d'une part, un niveau élevé et uniforme de protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques émises par les réseaux de communications électroniques, qui sont identiques sur tout le territoire, d'autre part, un fonctionnement optimal de ces réseaux notamment par une couverture complète de ce territoire, le législateur a confié aux seules autorités qu'il a désignées le soin de déterminer, de manière complète, les modalités d'implantation des stations radioélectriques sur l'ensemble du territoire ainsi que les mesures de protection du public contre les effets des ondes qu'elles émettent. Les pouvoirs de police spéciale ainsi attribués aux autorités nationales, qui reposent sur un niveau d'expertise et peuvent être assortis de garanties indisponibles au plan local, sont conférés à chacune de ces autorités, notamment pour veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques et à la protection de la santé publique. Si le législateur a par ailleurs prévu que le maire serait informé, à sa demande, de l'état des installations radioélectriques exploitées sur le territoire de la commune, et si les articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales habilite le maire à prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, celui-ci ne saurait, sans porter atteinte aux pouvoirs de police spéciale conférés aux autorités de l'État, adopter sur le territoire de la commune, une réglementation relative à l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes. »

<sup>340</sup> : CE, 30 décembre 2009, *Département du Gers*, requête n° 308514, mentionné dans les tables du recueil Lebon ; CE 24 septembre 2012, *Commune de valence*, requête n°342990, publié au recueil Lebon.

Dans sa mission de contrôle de la police administrative le Conseil d'État a construit une jurisprudence exigeante à l'égard de toutes les mesures et décisions qui s'y rattachent.<sup>341</sup>

## **B. Le contrôle du juge administratif sur la police administrative :**

Les mesures de police administrative ne sont légales que si elles sont nécessaires et proportionnées. Aussi le contrôle dans le cas échéant est le domaine par excellence du principe de proportionnalité. Compte tenu des caractéristiques de la police administrative, l'urgence occupe en cette matière une place particulière : des préoccupations liées à l'urgence peuvent aussi bien justifier une extension des pouvoirs de police qu'impliquer la mise en place de procédures particulières de contrôle. Dans un cas, il s'agit de faire face à l'urgence. Dans l'autre de juger en urgence.

### **1- La proportionnalité des mesures de police administrative :**

Quelles soient générales ou individuelles, les mesures de police administrative doivent répondre à une exigence de proportionnalité, qui, s'exprime, dans des termes de droit administratif.

Dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence du conseil d'État, sans recourir encore au terme de « proportionnalité », s'est orienté vers un contrôle approfondi du juge administratif sur l'adéquation des mesures de police administrative avec la nécessité de l'ordre public. Par une décision du 19 février 1909, Abbé Olivier<sup>342</sup>, le Conseil d'État annule un arrêté municipal qui

---

<sup>341</sup> : Bernard Stirn et Yann Aguila, Op.cit., p.368

<sup>342</sup> : Requête n° 27355, publié au recueil Lebon, p.520.

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête présentée pour : l'abbé D..., archiprêtre de la cathédrale, demeurant à Sens impasse de l'Epinglier, - l'abbé Guillet, curé de la paroisse Saint Maurice, demeurant à Sens rue de l'Ile d'Yonne, - l'abbé Vallet, curé de la paroisse Saint Pierre, demeurant à Sens rue Grande 137, - l'abbé Prieur, curé de la paroisse Saint Pregts, demeurant à Sens rue du Zan, - l'abbé Laboise, curé de la paroisse Saint Savivien, demeurant à Sens rue d'Alsace-Lorraine, - le sieur Y..., entrepreneur de sciage, demeurant à Sens rue d'Yonne, - le sieur Roy Maurice X... , représentant de commerce, demeurant ..., - le sieur Z... Eugène C... , comptable, demeurant ..., - le sieur A... Paul , imprimeur, demeurant ..., - et le sieur B... Albert , ingénieur, demeurant à Sens cours Zarté, ladite requête enregistrée au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le 2 mars 1907 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 5 janvier 1907, par lequel le maire de Sens a réglé les manifestations extérieures des cultes, notamment à l'occasion des convois funèbres ;

Vu les lois du 5 avril 1884, du 15 novembre 1887, du 28 décembre 1904 et du 9 décembre 1905 ; Vu les lois du 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872 article 9 ;

---

Considérant que l'arrêté attaqué distingue, d'une part, "les processions, cortèges et toutes manifestations ou cérémonies extérieures se rapportant à une croyance ou à un culte", dont l'article 1er prononce l'interdiction ; d'autre part, les convois funèbres qui sont réglementés par les articles 2 à 8 ;

En ce qui concerne l'article 1er de l'arrêté : Considérant qu'en interdisant par cet article, qui reproduit les dispositions d'arrêtés antérieurs toujours en vigueur, les manifestations extérieures du culte consistant en processions, cortèges et cérémonies, le maire n'a fait qu'user des pouvoirs de police, qui lui sont conférés, dans l'intérêt de l'ordre public, par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, auquel se réfère l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905 ;

En ce qui concerne les articles 2 à 8 de l'arrêté : Considérant que, si le maire est chargé par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois ; qu'il appartient au Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté par application de l'article 97 précité, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi ;

Considérant que l'article 1er de la loi du 9 décembre 1905 garantit la liberté de conscience et le libre exercice des cultes, sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public, et que l'article 2 de la loi du 15 novembre 1887 interdit aux maires d'établir des prescriptions particulières applicables aux funérailles en distinguant d'après leur caractère civil ou religieux ; qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 1905 et de ceux de la loi du 28 décembre 1904 sur les pompes funèbres que l'intention manifeste du législateur a été, spécialement en ce qui concerne les funérailles, de respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, dans la ville de Sens, aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire pour lui permettre de réglementer, dans les conditions fixées par son arrêté, les convois funèbres, et notamment d'interdire aux membres du clergé, revêtus de leurs habits sacerdotaux, d'accompagner à pied ces convois conformément à la tradition locale ; qu'il est au contraire établi par les pièces jointes au dossier, spécialement par la délibération du conseil municipal du 30 juin 1906 visée par l'arrêté attaqué, que les dispositions dont il s'agit ont été dictées par des considérations étrangères à l'objet en vue duquel l'autorité municipale a été chargée de régler le service des inhumations ; qu'ainsi lesdites dispositions sont entachées d'excès de pouvoir ;

DECIDE : Article 1er - Les articles 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 8 de l'arrêté susvisé du maire de Sens, en date du 5 janvier 1907, sont annulés. Article 2 - Le surplus des conclusions du recours des sieurs D... et autres est rejeté. Article 3 - Expédition de la présente décision sera transmise au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Cultes et au Ministre de l'Intérieur. »

**Analyse du CE** : « Si le maire est chargé par l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois et il appartient au Conseil d'État saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté, rendu par application de l'art. 97, précité, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi.

En interdisant les manifestations extérieures du culte consistant en processions, cortèges et cérémonies, le maire ne fait qu'user des pouvoirs de police, qui lui sont conférés, dans l'intérêt de l'ordre public, par l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884, auquel se réfère l'art. 27 de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État. L'art. 1er de la loi du 9 décembre 1905 garantit la liberté de conscience et le libre exercice des cultes, sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public et l'art. 2 de la loi du 15 novembre 1887 interdit aux maires d'établir des prescriptions particulières applicables aux funérailles, en distinguant d'après leur caractère civil ou religieux ; d'autre part, il résulte des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 1905 et de ceux de la loi du 28 décembre 1904 sur les pompes funèbres que l'intention manifeste du législateur a été, spécialement en ce qui concerne les funérailles, de respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre. En conséquence, un arrêté municipal réglementant les convois funèbres doit être annulé, alors qu'il résulte de l'instruction que dans la commune aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire pour lui permettre de réglementer, dans les conditions fixées par son arrêté, les convois funèbres et notamment d'interdire aux membres du clergé, revêtus de leurs habits sacerdotaux, d'accompagner à pied ces convois conformément à la tradition locale, et alors qu'il est au contraire établi par les pièces jointes au dossier, spécialement par une délibération du conseil municipal visée dans l'arrêté du maire, que les dispositions de cet arrêté ont été dictées par des considérations étrangères à l'objet, en vue duquel l'autorité municipale a été chargée de régler le service des

interdisait les manifestations religieuses sur les voies publiques à l'occasions des enterrements, en relevant que la loi du 9 décembre 1905<sup>343</sup> relative à la séparation des Églises et de l'État avait entendu à cette égard « respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et... n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre ». Dans ces conclusions sur cette affaire, le commissaire du gouvernement Chardenet explique l'esprit dans lequel il invitait le Conseil d'État à exercer son contrôle : « vous qui êtes appelés à jouer un peu le rôle de supérieure hiérarchique des autorités administratives, vous devez examiner quelle est la limite des devoirs du maire et chercher si les arrêtés de police ont été pris dans l'intérêt du maintien de l'ordre public ». Les conclusions du commissaire de gouvernement Corneille sur l'arrêt Baldy<sup>344</sup>, prolongent cette analyse : « Pour déterminer l'étendue du pouvoir de police dans un cas déterminé, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre public est dans l'ensemble les libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou

---

inhumations.

Un maire ayant interdit toutes manifestations religieuses sur la voie publique à l'occasion des enterrements et son arrêté ayant été déféré au Conseil d'État, le pourvoi ainsi formé devient sans objet, depuis son introduction, un nouvel arrêté municipal a réglementé les convois funèbres et déterminé notamment les conditions, dans lesquelles le clergé pourrait y participer : ce nouvel arrêté a eu nécessairement pour effet de rapporter le premier arrêté.

<sup>343</sup> : LOI du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905, p.7205, loi toujours en vigueur à la rédaction de cette thèse, dernière modification : 12 août 2018.

<sup>344</sup> : CE, 10 août 1917, requête n° 59855, publié au recueil Lebon

**Analyse du CE** : « Le préfet n'ayant pas entendu, dans l'arrêté attaqué, ajouter aux dispositions de l'arrêté du gouvernement provisoire du 7 mai 1848 sur la forme du drapeau national et la disposition de ses couleurs ou édicter, en ce qui concerne le drapeau, une réglementation que ne prévoit aucun texte de loi, mais ayant seulement usé des pouvoirs de police, dans l'intérêt de la sûreté et de la tranquillité publiques, à l'effet de prescrire des mesures relatives aux insignes et emblèmes associés aux couleurs nationales, son arrêté n'est pas entaché d'incompétence ou de détournement de pouvoir. Mais il y a lieu d'examiner si, dans les termes généraux où l'arrêté est conçu, l'auteur a fait de ses pouvoirs de police un usage autorisé par la loi. Décidé, à ce point de vue, que si l'interdiction de l'exhibition, sur la voie publique, de drapeaux nationaux ornés d'emblèmes est légitime, pareille exhibition étant de nature à troubler l'ordre public, l'interdiction de tels drapeaux, sans exception ni restriction aucune, est entachée d'excès de pouvoir, l'exhibition, dans des édifices ou emplacements ne formant pas dépendance de la voie publique, et n'étant ouverts au public qu'à raison d'une affectation ou en vue d'un usage limitativement déterminés, d'emblèmes correspondant à cette affectation ou à cet usage, et notamment d'emblèmes religieux dans des lieux de ... ne changeant pas de caractère par le seul fait que ces emblèmes sont associés aux couleurs nationales, à moins que ces emblèmes ne présentent par eux-mêmes un caractère séditieux. Décidé, à ce même point de vue, que s'il appartenait au préfet de réglementer l'exhibition sur la voie publique d'insignes aux couleurs nationales revêtus d'emblèmes et d'en interdire la vente, la distribution et le port en vue de participer à des manifestations collectives, aucun motif d'ordre public ne pouvait être invoqué en ce qui concerne le port individuel de tels insignes. »

explicitement, au frontispice<sup>345</sup> des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception ».

La décision Benjamin<sup>346</sup> consacre ces principes en annulant un arrêté du maire de Nevers qui avait interdit à René Benjamin, critique littéraire proche des milieux d'extrême droite, de prononcer dans cette ville une conférence sur deux auteurs comiques. Sur un plan général, l'arrêt relève que « s'il incombe au maire... de prendre les mesures qu'exige le maintien de

---

<sup>345</sup> : Un frontispice, tiré du latin « frontispicium », désigne une illustration placée en regard de la page de titre d'un livre. Néanmoins, dans certains cas, une page de frontispice peut se retrouver à la place de la page de titre ou quelques pages avant celle-ci.

<sup>346</sup> : CE, 19 mai 1933, requêtes n° 17413 et 17520, publié au recueil Lebon,

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu les requêtes et les mémoires ampliatifs présentés pour le sieur Benjamin Y... , homme de lettres, demeurant ... et pour le Syndicat d'initiative de Nevers Nièvre représenté par son président en exercice, lesdites requêtes et lesdits mémoires enregistrés au Secrétariat du contentieux du Conseil d'État les 28 avril, 5 mai et 16 décembre 1930 tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler deux arrêtés du maire de Nevers en date des 24 février et 11 mars 1930 interdisant une conférence littéraire ;

Vu la requête présentée pour la Société des gens de lettres, représentée par son délégué général agissant au nom du Comité en exercice, tendant aux mêmes fins que les requêtes précédentes par les mêmes moyens ; Vu les lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907 ; Vu la loi du 5 avril 1884 ; Vu les lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 ; Considérant que les requêtes susvisées, dirigées contre deux arrêtés du maire de Nevers interdisant deux conférences, présentent à juger les mêmes questions ; qu'il y a lieu de les joindre pour y être statué par une seule décision ;

En ce qui concerne l'intervention de la Société des gens de lettres : Considérant que la Société des gens de lettres a intérêt à l'annulation des arrêtés attaqués ; que, dès lors, son intervention est recevable ;

Sur la légalité des décisions attaquées : Considérant que, s'il incombe au maire, en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par les lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907 ;

Considérant que, pour interdire les conférences du sieur René X..., figurant au programme de galas littéraires organisés par le Syndicat d'initiative de Nevers, et qui présentaient toutes deux le caractère de conférences publiques, le maire s'est fondé sur ce que la venue du sieur René X... à Nevers était de nature à troubler l'ordre public ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ; que, dès lors, sans qu'il y ait lieu de statuer sur le moyen tiré du détournement de pouvoir, les requérants sont fondés à soutenir que les arrêtés attaqués sont entachés d'excès de pouvoir ;

DECIDE : Article 1er : L'intervention de la Société des Gens de Lettres est admise. Article 2 : Les arrêtés susvisés du maire de Nevers sont annulés. Article 3 : La ville de Nevers remboursera au sieur René X..., au Syndicat d'initiative de Nevers et à la Société des Gens de Lettres les frais de timbre par eux exposés s'élevant à 36 francs pour le sieur X... et le Syndicat d'initiative et à 14 francs 40 pour la Société des Gens de Lettres, ainsi que les frais de timbre de la présente décision. Article 4 : Expédition ... Intérieur. »

**Analyse du CE** : « Le maire doit concilier l'exercice de ses pouvoirs de police avec le respect de la liberté de réunion ; par suite, il ne saurait interdire une conférence publique susceptible de provoquer des troubles, alors que le maintien de l'ordre pouvait être assuré par des mesures de police. »



l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion ». Dans les circonstances de l'espèce, le Conseil d'État estime que « l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ». Il incombe d'abord à l'autorité de police de garantir l'exercice des libertés, notamment d'une liberté fondamentale comme la liberté de réunion. C'est seulement dans la mesure où les moyens dont elle dispose ne lui permettent pas de faire face aux risques pour l'ordre public qu'elle peut envisager des mesures restrictives.

Les mesures de police ne sont légales que si elles sont nécessaires. Cela suppose une vérification de leur adéquation aux circonstances de temps et de lieu. Les interdictions générales et absolues ne répondent pas à une telle exigence de proportionnalité. En confrontant, dans chaque cas particulier, la portée des limitations aux libertés avec les impératifs de l'ordre public, l'autorité de police, puis, le cas échéant le juge administratif détermine quelles sont les restrictions légalement admissibles. Ainsi le Conseil d'État a examiné à partir de quelle heure et dans quels lieux un maire pouvait, en fonction des caractéristiques de la vie locale, interdire à des mineurs, par des arrêtés<sup>347</sup>, de sortir sur la voie publique sans être accompagnés.<sup>348</sup>

## **2- Les aménagements nécessaires de la légalité des mesures de police administrative liées à l'urgence :**

Par la nature même de leurs attributions, les autorités de police peuvent être amenés à intervenir en urgence. Afin de leurs donner alors les marges nécessaires, la jurisprudence a assoupli, dans la mesure nécessaire, les conditions d'appréciations de la légalité de leurs décisions. En cas de circonstances particulièrement troublées ou difficiles, des régimes législatifs particuliers prévoient en outre des dérogations au cadre normal d'exercice des pouvoirs de police.

---

<sup>347</sup> : Arrêtés municipaux dits de « couvre-feu des enfants ».

<sup>348</sup> : CE, 2 août 2001, Préfet de Vaucluse ; CE, 10 août 2001, Commune d'Yerres.

### a) L'urgence :

Dans ses conclusions sur la décision du Tribunal des Conflits du 2 décembre 1902<sup>349</sup>, relative à l'exécution forcée des décisions administratives, le commissaire du gouvernement "Romieu" expose, en termes imagés, les fondements de la jurisprudence sur l'urgence : « il est de l'essence même de l'administration d'agir immédiatement et d'employer la force publique sans délais ni procédure : quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers ». Dans la mesure rendue nécessaire par l'urgence, l'administration, et notamment l'autorité de police, peut prendre les dispositions qui s'imposent, en s'affranchissant notamment des règles de procédure et même de compétence qui s'appliquent en temps normal.<sup>350</sup>

### b) Les circonstances exceptionnelles :

Plus large encore dans ses conséquences est la jurisprudence sur les circonstances exceptionnelles, qui a pris naissance durant la première guerre mondiale. Par la décision "Heyriès"<sup>351</sup>, le Conseil d'État rappelle qu'il

---

<sup>349</sup> : Sté immobilière de Saint-Just, publié au recueil Lebon, p. 713.

<sup>350</sup> : Bernard Stirn & Yann Aguila, op.cit, p. 373.

<sup>351</sup> : CE, 28 juin 1918, requête n° 63412, publié au recueil Lebon

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête présentée par le sieur X..., ex-dessinateur civil de 2ème classe du génie militaire, demeurant à Nice, ladite requête enregistrée au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le 5 juin 1917, et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler la décision en date du 22 octobre 1916, par laquelle le ministre de la Guerre l'a révoqué de ses fonctions ; Vu le décret du 10 septembre 1914 ; le décret du 16 septembre 1914 ; Vu la loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 3 ;

Considérant que, pour demander l'annulation, pour excès de pouvoir, de la décision, en date du 22 octobre 1916, qui l'a révoqué de son emploi de dessinateur de deuxième classe du génie, le sieur X... soutient, d'une part, qu'il avait droit à la communication des pièces de son dossier, en vertu de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, dont l'application n'a pu être suspendue par le décret du 10 septembre 1914 ; d'autre part, que, en tous cas, les formalités prévues au décret du 16 septembre 1914 n'ont pas été observées ;

Sur le premier point : Considérant que, par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'Administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ; qu'il lui appartenait, à la date du 10 septembre 1914, à laquelle est intervenu le décret dont la légalité est contestée, d'apprécier que la communication, prescrite par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire de son dossier préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher dans un grand nombre de cas l'action disciplinaire de s'exercer et d'entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale. Qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité ;

Considérant, qu'en décidant, par le décret pris à la date sus-indiquée, que l'application de l'article 65 serait

incombe au président de la république « de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ». Il en déduit que le chef de l'État peut, le cas échéant, suspendre l'application des lois et il juge, en espèce, qu'un décret a pu légalement prévoir que des sanctions disciplinaires seraient prises, durant les hostilités, sans respecter l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 relatif au droit du fonctionnaire à la communication de son dossier avant toute mesure disciplinaire.

Cette jurisprudence a été appliquée aux mesures de police par l'arrêt "Dames Dol et Laurent"<sup>352</sup>, dont la motivation est très explicite : « Les

---

suspendue provisoirement pendant la durée de la guerre, avec faculté pour les intéressés de se pourvoir après la cessation des hostilités en révision des décisions qui auraient été ainsi prises à leur égard, le Président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, et qu'ainsi, la décision du ministre de la Guerre, rendue conformément aux dispositions dudit décret, n'est pas entachée d'excès de pouvoir ;

Sur le deuxième point : Considérant qu'il résulte de l'instruction que la décision attaquée a été rendue sur le vu d'un rapport du chef du génie de Nice, et à la suite d'un interrogatoire auquel a été soumis le sieur X... et au cours duquel il lui était loisible de provoquer tout éclaircissement sur les griefs relevés contre lui, et de produire ses explications et ses moyens de défense ; qu'ainsi, il a été satisfait aux prescriptions du décret du 16 septembre 1914 ;

DECIDE : Article 1er : La requête susvisée du sieur X... est rejetée. Article 2 : Expédition ... Guerre. »

**Analyse du CE** : « En décidant, par le décret du 10 septembre 1914, que l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, relatif à la communication de leur dossier aux fonctionnaires avant toutes mesures disciplinaires, serait suspendue pendant la durée des hostilités, le Président de la République, à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, n'a pas outrepassé les droits qu'il tient des lois constitutionnelles. Grief tiré de l'inaccomplissement des formalités prévues par le décret du 16 septembre 1914 : rejet comme manquant en fait. »

<sup>352</sup> : CE, 28 février 1919, requête n°61593, publié au recueil Lebon

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête présentée par les dames Isabelle X... se disant fille publique, inscrite sur le registre de la police des mœurs, à Toulon Var , et Jeanne Y..., inscrite sur le même registre et demeurant dans la même ville, ladite requête enregistrée au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'État le 31 juillet 1916 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler, pour excès de pouvoir, trois arrêtés, en date des 9 avril, 13 mai et 24 juin 1916, par lesquels le vice-amiral préfet maritime, gouverneur de Toulon a réglementé, dans cette ville, la police des mœurs ; Vu la loi du 9 août 1849, articles 7 et 9 ; Vu la loi du 5 avril 1884, article 97 ; Vu les lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 ;

Considérant que par ses arrêtés en date des 9 avril, 13 mai et 24 juin 1916, le préfet maritime, gouverneur du camp retranché de Toulon, a interdit, d'une part, à tous propriétaires de cafés, bars et débits de boissons, de servir à boire à des filles, tant isolées qu'accompagnées et de les recevoir dans leurs établissements ; d'autre part, à toute fille isolée de racoler en dehors du quartier réservé et à toute femme ou fille de tenir un débit de boissons ou d'y être employée à un titre quelconque ; qu'il a prévu comme sanctions à ces arrêtés le dépôt au "violon" des filles par voie disciplinaire ainsi que leur expulsion du camp retranché de Toulon en cas de récidive et la fermeture au public des établissements où seraient constatées des infractions auxdits arrêtés ;

Considérant que les dames Dol et Y..., se disant filles galantes, ont formé un recours tendant à l'annulation pour excès de pouvoir, des mesures énumérées ci-dessus comme prises en dehors des pouvoirs qui appartenaient au préfet maritime ;

Considérant que **les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale, que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe**

limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale, que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ». Le Conseil d'État admet dans ce cadre la légalité d'un arrêté du préfet maritime de Toulon qui, en temps normal, n'aurait eu aucune compétence en la matière, interdisant aux propriétaires de débits de boisson de recevoir des « filles galantes » dans leur établissement. Sa décision repose sur le principe de proportionnalité qui, appréhendé au regard des circonstances exceptionnelles, conduit le juge à « tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des périls qu'il importe de prévenir ». Les mesures prises par le préfet maritime sont ainsi jugées comme s'imposant « pour sauvegarder d'une manière efficace tout à la fois la troupe et l'intérêt national ».

---

**de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ;**

qu'il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des périls qu'il importe de prévenir ;

Considérant qu'au cours de l'année 1916, les conditions dans lesquelles les agissements des filles publiques se sont multipliés à Toulon ont, à raison tant de la situation militaire de cette place forte que du passage incessant des troupes à destination ou en provenance de l'Orient, présenté un caractère tout particulier de gravité dont l'autorité publique avait le devoir de se préoccuper au point de vue tout à la fois du maintien de l'ordre, de l'hygiène et de la salubrité et aussi de la nécessité de prévenir le danger que présentaient pour la défense nationale la fréquentation d'un personnel suspect et les divulgations qui pouvaient en résulter ; qu'il est apparu que les mesures faisant l'objet du présent pourvoi s'imposaient pour sauvegarder d'une manière efficace tout à la fois la troupe et l'intérêt national;

Considérant que si, dans ce but certaines restrictions ont dû être apportées à la liberté individuelle en ce qui concerne les filles et à la liberté du commerce en ce qui concerne les débitants qui les reçoivent, ces restrictions, dans les termes où elles sont formulées, n'excèdent pas la limite de celles que, dans les circonstances relatées, il appartenait au préfet maritime de prescrire ; qu'ainsi, en les édictant, le préfet maritime a fait un usage légitime des pouvoirs à lui conférés par la loi ;

DECIDE : Article 1er : La requête susvisée des dames Dol et Y... est rejetée. Article 2 : Expédition ... Guerre. »

**Analyse du CE :** « Ne sont pas entachés d'excès de pouvoir, comme portant atteinte à la liberté du commerce et à la liberté individuelle, les arrêtés par lesquels, en temps de guerre, le préfet maritime, agissant en vertu de la loi du 9 août 1849, sur l'état de siège, a réglementé la police des mœurs à Toulon en interdisant aux débitants de boissons de recevoir dans leurs établissements des filles accompagnées ou non et de leur servir à boire, - en défendant aux filles de tenir un débit de boissons, et en ordonnant en cas de contravention la fermeture des débits, et l'internement des filles dans le violon municipal par voie de mesure disciplinaire : il appartient à l'autorité, eu égard aux circonstances particulières de l'époque, et à l'importance de la place forte, de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre, de l'hygiène et de la salubrité publique et prévenir le danger que présentaient pour la défense nationale la fréquentation d'un personnel suspect et les divulgations qui pouvaient en résulter. »

Un contrôle étroit s'exerce sur l'existence des circonstances exceptionnelles, que le juge ne reconnaît qu'au regard d'événement graves, devant lesquels le respect de la légalité « ordinaire » empêcherait l'administration d'agir avec efficacité. En 1976, devant le risque d'explosion d'un volcan et eu égard aux circonstances exceptionnelles de temps et de lieu, le préfet de la Guadeloupe a pu légalement ordonner l'évacuation d'une partie de l'île<sup>353</sup>. En revanche, les événements de mai 1968<sup>354</sup>, qualifiés de

---

<sup>353</sup> : CE, 18 mai 1983, Rodes, requête n°25308, publié au recueil Lebon

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Requête de M. Y..., tendant à :

1° l'annulation du jugement du 30 mai 1980, du tribunal administratif de Basse-Terre rejetant sa demande dirigée contre les arrêtés des 13 août, 15 août, 19 août, 15 septembre et 1er octobre 1976, ainsi que l'ordre d'évacuation pris par le préfet de la Guadeloupe à l'occasion de l'activité du volcan " La Soufrière " ;

2° l'annulation de ces arrêtés et de cette décision ;

Vu le code des communes ; la loi du 3 avril 1955 ; le code des tribunaux administratifs ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ; la loi du 30 décembre 1977 ;

Considérant que, par un arrêté du 13 août 1976, le préfet de la Guadeloupe a interdit provisoirement la circulation, sauf pour motif de service, sur la route nationale 3 entre Saint-Claude et Matouba ; que, par un arrêté du 15 août 1976, il a délimité une zone dite dangereuse ayant fait l'objet d'un ordre d'évacuation totale, subordonné l'accès de cette zone à un laissez-passer délivré par les services de la préfecture et fait obligation à ceux qui s'y trouveraient de se conformer aux instructions des autorités civiles et militaires ; que, par un arrêté du 19 août 1976, il a interdit la navigation de certains navires armés de commerce dans une zone délimitée, des dérogations exceptionnelles pouvant être accordées ; que les 15 septembre et 1er octobre 1976, il a modifié et limité les mesures prises par son précédent arrêté du 15 août ;

Cons. qu'il résulte, des pièces versées au dossier qu'à partir du début du mois de juillet 1976, le volcan " La Soufrière " a connu un régime d'activité d'une ampleur inhabituelle consistant en éruptions, tremblements de terre, nuages de cendres et déversements de boue ; que ces phénomènes ont été en s'amplifiant pendant le mois d'août, et notamment les 9, 12 et 13 août, et ont provoqué un début de panique dans la population, qui a d'ailleurs été évacuée de la zone menacée par le volcan ; que, si le rapport déposé le 23 juillet 1976 par la mission de l'institut de physique du globe faisait preuve d'un optimisme modéré, les conclusions ultérieures des autres spécialistes étaient en revanche alarmantes et annonçaient une importante éruption du volcan pour le 15 août ; que, dès lors, eu égard à ces circonstances exceptionnelles de temps et de lieu, le préfet a pu, dans l'intérêt de l'ordre public, et compte tenu de l'urgence et du caractère limité de la zone géographique concernée, prendre les arrêtés sus analysés des 13, 15 et 19 août 1976 ; qu'en raison des nouvelles éruptions qui se sont produites au mois de septembre et à un moindre titre, au mois d'octobre, il a pu, pour les mêmes motifs, par son arrêté du 15 septembre 1976, maintenir en vigueur certaines des dispositions de l'arrêté du 15 août, tout en en atténuant la portée, et, par son arrêté du 1er octobre, prescrire les mesures propres à assurer le retour progressif à une vie normale dans la zone dangereuse ; que le moyen tiré de ce que les arrêtés attaqués comporteraient des erreurs de visas est, en tout état de cause, inopérant ;

Cons. qu'il résulte de tout ce qui précède, que M. Y... n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, qui est suffisamment motivé, le tribunal administratif de Basse-Terre a rejeté sa demande ;

rejet .Requête de M. X... et de la société pour l'étude, la protection et l'aménagement de la nature dans le Sud-Ouest tendant à ... »

**Analyse du CE** : « Le régime d'activité d'une ampleur inhabituelle qu'a connu le volcan "La Soufrière" au début du mois de juillet 1976, l'aggravation qui s'est produite au mois d'août, la menace d'une importante éruption prévue pour le 15 août ont constitué des circonstances exceptionnelles de temps et de lieu autorisant le préfet de la Guadeloupe, dans l'intérêt de l'ordre public et compte tenu de l'urgence et du caractère limité de la zone géographique concernée, à prendre des mesures d'interdiction de la circulation, d'évacuation de la population et d'interdiction de la navigation de certains navires de commerce. »

circonstances particulières, et non exceptionnelles, ont pu dispenser l'administration de certaines obligations de procédure, mais ne l'ont pas autorisée à déroger aux règles de compétence<sup>355</sup>. Là encore, tout est relatif au principe de proportionnalité.

**c) Les règles prises par les textes (état d'urgence, état de siège et dispositions de l'article 16 de la constitution de 1958) :**

Trois régimes dérogatoires ont un fondement législatif et même pour partie constitutionnel. Il s'agit, par ordre croissant de gravité, de l'état d'urgence, de l'état de siège et de l'article 16 de la constitution française.

L'état de siège a été institué, dans le contexte de la guerre d'Algérie, par la loi du 3 avril 1955<sup>356</sup>. Décrété en conseil des ministres, il ne peut être prorogé au-delà de 12 jours que par la loi. Il a pour effet de transférer les pouvoirs de police du maire au préfet et de donner à celui-ci des pouvoirs élargis en matière : de circulation des personnes, de réunion, de détention d'armes, d'assignation à résidence, de perquisition et même de contrôle des publications.

Son application en Nouvelle Calédonie en 1985 a été l'occasion pour le Conseil Constitutionnel<sup>357</sup> de juger que la loi de 1955 était demeurée applicable après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Même si celle-ci mentionne expressément l'état de siège, et non l'état d'urgence, elle n'exclut pas « la possibilité pour le législateur de prévoir un état d'urgence pour concilier... les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ».

Issu de la loi du 9 août 1849, l'état de siège est mentionné à l'article 36 de la constitution, en vertu duquel il est, comme l'état d'urgence décrété en conseil des ministres et prorogé, le cas échéant, au-delà de 12 jours, par la loi. Il a pour effet de transférer le pouvoir de police à l'autorité militaire. L'état de siège a été utilisé en 1849, durant la commune, de 1871 à 1874, et au cours des deux guerres mondiales.

---

<sup>354</sup> : Les événements de mai-juin 1968, ou plus brièvement Mai 68, désignent une période durant laquelle se déroulent, en France, des manifestations d'étudiants, ainsi que des grèves générales et sauvages.

<sup>355</sup> : CC, décision du 21 janvier 1985.

<sup>356</sup> : **Loi n° 55-385, instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie**, JORF n° 0085 du 7 avril 1955, p.3479

<sup>357</sup> : Décision du 21 janvier 1985.

Aux termes de l'article 16 de la Constitution, « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. »

Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil Constitutionnel peut être saisi, après 30 jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, par le président de l'Assemblée Nationale, le président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, afin d'examiner si les conditions de recours à l'article 16 demeurent réunies. Après 60 jours, il peut s'auto saisir de cette question à tout moment.

Lorsqu'il décide de mettre en application l'article 16, le chef de l'État exerce la totalité des pouvoirs, exécutif et législatif. Ce régime de crise n'a été utilisé qu'une seule fois, du 23 avril au 29 septembre 1961, à la suite du putsch des généraux en Algérie. Par sa décision du 2 mars 1962 le Conseil d'État a jugé que la décision de recourir à l'article 16 était un acte de gouvernement et que les mesures prises en vertu de cet article dans le domaine de la loi échappaient à son contrôle<sup>358</sup> : dès lors que le président de la république exerce le pouvoir législatif, il s'agit de dispositions de nature législative. C'est donc dans ce contexte de crise exceptionnelle, un pouvoir largement sans contrôle que la Constitution confie au chef de l'État en vue du rétablissement, le plus vite possible, de la légalité républicaine. L'article 16 se distingue, par là aussi, de l'ensemble des autres pouvoirs liés à l'urgence. En outre, dans bien des cas, l'urgence a pour conséquence non seulement l'extension des pouvoirs de police, mais aussi la mise en œuvre de procédures juridictionnelles accélérées, afin d'assurer un contrôle effectif.

---

<sup>358</sup> : Rubin de Servens, op.cit, voir : « La théorie de l'inexistence des actes de gouvernement en tant que catégorie autonome » au chapitre précédent sur les actes de gouvernement.

### **3- Le contrôle effectif des mesures de police administrative par le juge administratif via des procédures d'urgence :**

Les procédures selon lesquelles le juge administratif statue en urgence ont un champ général, qui dépasse clairement la police administrative. Toutefois, le souci d'assurer une protection effective des libertés a conduit à prévoir des cas d'intervention du juge en urgence, tout spécialement à l'égard des mesures de police : le déféré-liberté du préfet ; les décisions relatives aux mesures qui enjoignent aux étrangers en situation irrégulière de quitter le territoire français ; enfin, de manière plus générale, dans le cadre de la réforme du référé, le référé-liberté.

#### ***a) Le déféré-liberté du préfet :***

Depuis la loi du 2 mars 1982<sup>359</sup>, le préfet n'a plus le pouvoir d'annuler lui-même les actes illégaux des collectivités territoriales, la loi de décentralisation précitée lui ouvre la voie du déféré devant le tribunal administratif, qui lui permet de demander au juge l'annulation et, avec, un régime particulier, plus souple que le droit commun, la suspension de ces actes. Au sein de ce régime spécifique de suspension, des dispositions particulières concernent les décisions des collectivités territoriales « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ». Il s'agit principalement de mesures de police, notamment de police municipale. Le préfet peut demander la suspension de ces décisions au président du tribunal administratif, qui se prononce seul, dans un délai de 48 heures. Ce dispositif permet une intervention très rapide du juge. Il a inspiré le référé-liberté de droit commun institué par la loi du 30 juin 2000<sup>360</sup>.

#### ***b) Les mesures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière :***

Une inspiration voisine a été retenue lorsque la loi du 10 janvier 1990<sup>361</sup> a institué la mesure de reconduite à la frontière, prise par les préfets à

---

<sup>359</sup> : Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982, p.730.

<sup>360</sup> : Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives: JORF n°151 du 01 juillet 2000, p.9948.



l'encontre des étrangers en situation irrégulières et étendue aux arrêtés portant obligation de quitter le territoire français. Ces arrêtés peuvent faire l'objet d'un recours suspensif jugé par un magistrat du tribunal administratif qui statue seul. L'appel – qui n'est plus suspensif – est formé devant la cour administrative d'appel. Le délai imparti au tribunal administratif pour y statuer est de 72 heures lorsque l'étranger se trouve en rétention, de trois mois dans les autres cas.

**c) Le référé-liberté :**

Après ces procédures particulières, qui concernent les unes les décisions de collectivités territoriales, les autres les étrangers en situation irrégulière, et grâce, pour partie, à l'expérience qu'elles avaient permis de constituer, la loi du 30 juin 2000 a procédé à une réforme d'ensemble des procédures de référé. Le référé-suspension, qui permet d'obtenir la suspension de toute décision administrative en cas d'urgence et s'il existe un doute sérieux sur la légalité de cette décision, peut naturellement s'appliquer à une mesure de police.

Mais le référé-liberté concerne plus directement le pouvoir de police : le juge des référés peut ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale. Il statue dans les 48 heures, par une ordonnance qui peut être déféré en appel au juge des référés au Conseil d'État.

Par sa rapidité, le référé-liberté, contribue à une protection effective des libertés. Par exemple, par une ordonnance du 19 août 2002<sup>362</sup>, le juge des

---

<sup>361</sup> : Loi n° 90-34 du 10 janvier 1990 modifiant l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JORF n°10 du 12 janvier 1990 p.489.

<sup>362</sup> : CE, 19 août 2002, requête n°249666, publié au recueil Lebon

**Texte intégral :** « REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, transmise au secrétariat du contentieux du Conseil d'État par télécopie le 16 août 2002, présentée par le FRONT NATIONAL, dont le siège est ..., représenté par son président en exercice, et par l'INSTITUT DE FORMATION DES ELUS LOCAUX (IFOREL), dont le siège est..., représenté par son président en exercice ; le FRONT NATIONAL et l'IFOREL demandent au juge des référés du Conseil d'État :

1° d'annuler l'ordonnance en date du 9 août 2002 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a rejeté leur requête tendant, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, à la suspension des effets des lettres en date du 29 juillet 2002 par lesquelles le maire d'Annecy et le président de la communauté de l'agglomération annécienne ont indiqué au président du directoire de la société Impérial Palace SA qu'ils refusaient la tenue de l'université d'été du FRONT NATIONAL au centre de congrès de l'Impérial Hôtel ;  
2° d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la suspension des effets de ces lettres ;

3° d'enjoindre, au besoin sous astreinte de 1000 euros par jour de retard, au maire d'Annecy et au président de la communauté de l'agglomération annécienne de retirer l'interdiction qu'ils ont faite à la société Impérial Palace d'accepter la tenue dans ses locaux de l'université d'été du FRONT NATIONAL ;

---

4° de condamner la ville d'Annecy, la communauté de l'agglomération annécienne et la société Impérial Palace à leur payer la somme de 5000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Moyens de l'Affaire N° 249666

le FRONT NATIONAL et l'IFOREL soutiennent que les lettres contestées du maire d'Annecy et du président de la communauté de l'agglomération annécienne interdisent au FRONT NATIONAL de tenir à Annecy son université d'été ; que ces décisions d'autorités publiques portent une atteinte grave à trois libertés fondamentales, la liberté pour un parti politique légalement constitué d'exercer son activité, la liberté de réunion et la liberté d'association ; que ces mesures d'interdiction sont manifestement illégales dès lors qu'aucune nécessité d'ordre public ne les justifie et que l'université d'été du FRONT NATIONAL, réservée aux adhérents de ce parti politique, est au nombre des manifestations que le centre de congrès de l'Impérial Hôtel peut accueillir ; que ces décisions, prises pour des considérations de nature politique, sont en outre entachées de détournement de pouvoir et de détournement de procédure ; qu'il y a urgence à suspendre leurs effets et à prononcer l'injonction sollicitée ;

Vu, transmis par télécopie le 19 août 2002, le mémoire présenté par la société Impérial Palace, dont le siège est ..., représentée par le président de son directoire ; la société Impérial Palace conclut au rejet de la requête et à ce que le FRONT NATIONAL et l'IFOREL soient condamnés à lui verser la somme de 3000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

la société Impérial Palace soutient que la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître d'un litige relatif à la résiliation d'un contrat de réservation, qui est un contrat de droit privé ; qu'en l'absence de délibérations des organes dirigeants du FRONT NATIONAL et de l'IFOREL, les appels ne sont pas recevables ; qu'en outre le FRONT NATIONAL, qui n'est pas partie aux contrats passés par la société avec l'IFOREL, n'a pas qualité pour agir ; que la société a conclu successivement deux contrats avec le seul IFOREL, en vue de l'organisation de journées de formation ; que la résiliation du premier de ces contrats rend le litige sans objet ; que les risques pour l'ordre public justifiaient la demande faite par la ville et par la communauté d'agglomération à la société fermière de résilier le premier de ces contrats ; que les décisions prises ne traduisent aucune discrimination à l'encontre du FRONT NATIONAL ; qu'aucune liberté fondamentale n'a été méconnue ; que le dossier ne fait pas davantage ressortir d'illégalité manifeste ;

Vu, transmis par télécopie le 19 août 2002, le mémoire présenté pour la ville d'Annecy, représentée par son maire, et pour la communauté de l'agglomération annécienne, représentée par son président ; il tend au rejet de la requête ; la ville d'Annecy et la communauté de l'agglomération annécienne soutiennent que la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître d'un litige relatif à la résiliation d'un contrat de droit privé ; que la résiliation de ce contrat rend en tout état de cause le litige sans objet ; que le FRONT NATIONAL, qui n'est pas partie au contrat litigieux, n'a pas qualité pour agir ; que l'IFOREL ne pouvait passer un contrat relatif à l'organisation de l'université d'été de ce parti politique ; que cette université d'été est une réunion publique que le centre de congrès d'Annecy ne peut accueillir ; que des raisons d'ordre public justifient le refus d'organiser une telle manifestation à Annecy ; qu'ainsi aucune atteinte grave et manifestement illégale n'a été portée à une liberté fondamentale ; qu'aucun détournement de pouvoir ou de procédure n'a davantage été commis ;

Vu, transmises par télécopie le 19 août 2002, les observations présentées par le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales ; le ministre déclare s'en remettre à la sagesse du Conseil d'État ;

Vu, transmis par télécopie le 19 août 2002, le mémoire en réplique présenté par le FRONT NATIONAL et par l'IFOREL ; il tend aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; le FRONT NATIONAL et l'IFOREL soutiennent en outre que le litige conserve un objet ;

Vu, transmis par télécopie le 19 août 2002, le nouveau mémoire présenté pour la ville d'Annecy et pour la communauté de l'agglomération annécienne ; il tend aux mêmes fins que leur précédent mémoire, par les mêmes moyens ;

Fin de visas de l'Affaire N° 249666

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son article 4 ;

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment son article L. 2143-3 ;

Vu la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques ;

Vu le code de justice administrative ;

Entendus de l'Affaire N° 249666

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, le FRONT NATIONAL et l'INSTITUT DE FORMATION DES ELUS LOCAUX (IFOREL), d'autre part, la ville d'Annecy, la communauté de l'agglomération annécienne, la société Impérial Palace et le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 19 août 2002 à 16 heures, à laquelle ont été entendus :

---

M. Y..., représentant du FRONT NATIONAL,  
Me X..., avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avocat de la ville d'Annecy et de la communauté de  
l'agglomération annécienne ;  
Considérants de l'Affaire N° 249666

Sur la recevabilité de la requête d'appel :

Considérant qu'en égard aux particularités de la procédure de référé, les appels peuvent être présentés par les  
représentants des personnes morales requérantes, sans délibération, en tout état de cause, de leurs organes  
collégiaux ;

Sur l'appel :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : Saisi d'une demande en ce sens  
justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté  
fondamentale à laquelle une personne morale de droit public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une  
atteinte grave et manifestement illégale ; que le deuxième alinéa de l'article R. 522-13 de ce code prévoit que le  
juge des référés peut décider que son ordonnance sera exécutoire aussitôt qu'elle aura été rendue ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par contrat d'affermage du 28 octobre 1993, la ville d'Annecy a confié  
à la société Hôtel Impérial SA, devenue la société Impérial Palace, la gestion, pour une période de douze ans, du  
centre de congrès de l'Impérial Hôtel, dont la ville est propriétaire ; que la communauté de l'agglomération  
annécienne a succédé à la ville comme partie à ce contrat ; qu'en vue de l'organisation de l'université d'été du  
FRONT NATIONAL, l'INSTITUT DE FORMATION DES ELUS LOCAUX (IFOREL), association liée à ce parti politique, a  
conclu le 8 juillet 2002 avec la société Impérial Hôtel un contrat réservant le centre de congrès pour la période du 26  
au 30 août 2002 et versé des arrhes, d'un montant de 17 340,90 euros, correspondant au tiers du montant de ce  
contrat ; que toutefois le maire d'Annecy a fait part le 29 juillet 2002 au président du directoire de la société  
Impérial Hôtel de son refus de la tenue de l'Université d'été du Front National au Centre de Congrès de l'Impérial ;  
qu'en sa qualité de président de la communauté de l'agglomération annécienne, il a, par un autre courrier du même  
jour, mis en demeure la société de se conformer à ce refus, en se référant aux clauses relatives à la résiliation du  
contrat d'affermage ; que la société Impérial Hôtel, qui avait déjà indiqué à l'IFOREL, le 25 juillet 2002 que la ville  
d'Annecy lui interdisait de mettre les salles du centre de congrès à la disposition du FRONT NATIONAL, a résilié, le 5  
août 2002, le contrat de réservation conclu avec cette association et passé avec elle un autre contrat, relatif à  
l'accueil, du 25 au 28 août, d'un simple séminaire de formation ;

Considérant que les deux lettres en date du 29 juillet 2002 du maire d'Annecy et du président de la communauté de  
l'agglomération annécienne à la société Impérial Palace, qui expriment le refus de la ville et de la communauté  
d'agglomération de mettre le centre de congrès à la disposition du FRONT NATIONAL pour la tenue de son  
université d'été, ont eu pour objet de faire obstacle à l'exécution du contrat de réservation conclu entre cette  
société et l'IFOREL ; qu'elles sont directement à l'origine de la résiliation de ce contrat ; que, dans ces conditions, et  
contrairement à ce qu'a jugé le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble, l'atteinte à une liberté  
fondamentale dont se prévalent le FRONT NATIONAL et l'IFOREL ne découle pas de la seule décision de résiliation  
prise par la société Impérial Palace mais d'actes pris par des autorités publiques ; qu'il y a lieu, par suite, d'annuler  
l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Grenoble, fondée sur ce motif erroné en droit, et de  
statuer au titre de la procédure de référé engagée par le FRONT NATIONAL et par l'IFOREL ;

Sur la compétence de la juridiction administrative :

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le litige porté devant le juge des référés est relatif à l'atteinte que des  
actes pris par des collectivités publiques, dans l'exercice de leurs pouvoirs, auraient portée à une liberté  
fondamentale ; qu'il appartient dès lors à la juridiction administrative d'en connaître ;

Sur les conclusions à fin de non-lieu :

Considérant que la résiliation du contrat de réservation initial, dans des conditions qui sont précisément contestées  
par la présente instance, ne rend pas celle-ci sans objet ;

Sur la qualité à agir du Front National :

Considérant qu'en égard à l'objet du litige, qui est relatif à la tenue de son université d'été, le FRONT NATIONAL  
justifie, alors même que le contrat de réservation litigieux n'a pas été signé par lui mais par une association qui lui  
est liée, d'un intérêt lui donnant qualité pour agir en référé ;

---

Sur la demande de référé :

Considérant, d'une part, que la liberté de réunion est une liberté fondamentale ; que le caractère de liberté fondamentale s'attache également au droit pour un parti politique légalement constitué de tenir des réunions ; qu'au nombre de ces réunions figurent notamment les universités d'été qu'il est devenu habituel pour les partis politiques d'organiser à la fin de la période de vacances, en général dans des villes ou des stations de caractère touristique ; qu'il appartient, d'autre part, aux communes et à leurs groupements de déterminer dans quelles conditions des locaux dépendant d'eux sont susceptibles d'accueillir des réunions organisées par les partis politiques ; que lorsqu'une telle possibilité est ouverte, un refus ne peut légalement être opposé que pour des motifs tirés des exigences de l'ordre public ou des nécessités de l'administration des propriétés communales ;

Considérant que le paragraphe du règlement d'utilisation du centre de congrès d'Annecy intitulé congrès et réunions à caractère politique, philosophique et religieux prévoit que : Pour être autorisés, les congrès et réunions organisés par des partis politiques, des syndicats, des communautés philosophiques ou religieuses, doivent revêtir un caractère privatif de type Congrès (congrès régional, national ou international)./ Les réunions publiques de ce type qui font appel à un public extérieur et dont la publicité est faite par des supports tels que la Presse, les affiches ou les tracts ne sont pas autorisés ; qu'il ressort des pièces du dossier que l'université d'été du FRONT NATIONAL est ouverte aux seules personnes inscrites en vue de cette manifestation, qui doivent en principe être adhérents du FRONT NATIONAL, sans qu'aucun appel soit adressé à un public extérieur ; que dans ces conditions, et contrairement à ce que soutiennent la ville d'Annecy et la communauté de l'agglomération annécienne, cette université d'été, même si elle peut s'accompagner d'actions d'information destinées à la presse, est au nombre des congrès organisés par un parti politique dont les dispositions du règlement d'utilisation du centre de congrès d'Annecy permettent la tenue dans les locaux de ce centre ;

Considérant que, pour refuser la tenue de l'université d'été du FRONT NATIONAL au centre de congrès d'Annecy, le maire de cette ville et le président de la communauté de l'agglomération annécienne se sont fondés d'une part sur les risques que cette manifestation présentait pour l'ordre public, d'autre part sur le souci de maintenir ouvert au public le parc dans lequel le centre de congrès est situé ;

Mais considérant qu'en l'absence de circonstances particulières à la ville d'Annecy, il ne ressort ni des pièces du dossier soumis au juge des référés, ni des indications recueillies au cours de l'audience que la tenue de l'université d'été du FRONT NATIONAL au centre de congrès de cette ville présenterait pour l'ordre public des dangers auxquels les autorités de police ne seraient pas en mesure de faire face par des mesures appropriées ; qu'ainsi, et en l'état de l'instruction, les exigences du maintien de l'ordre public à Annecy ne justifient pas le refus d'accueillir au centre de congrès de cette ville l'université d'été du FRONT NATIONAL ; que, si le souci de maintenir ouvert au public le parc dans lequel ce centre est situé se rattache à la bonne administration des propriétés communales, il résulte de l'instruction que ce parc ne constitue qu'une partie modeste des espaces verts auxquels le public peut accéder à Annecy ; qu'en outre, et en l'état de l'instruction, il ne ressort pas des pièces du dossier que la tenue de l'université d'été du FRONT NATIONAL serait incompatible avec le maintien de son ouverture au public ; que, dès lors, ce second motif n'est pas non plus de nature à justifier le refus exprimé par les lettres du maire d'Annecy et du président de la communauté de l'agglomération annécienne en date du 29 juillet 2002 ; que, dans ces conditions, l'atteinte grave que ce refus a portée à la liberté fondamentale pour un parti politique d'organiser une réunion paraît, en l'état du dossier, manifestement illégale ; qu'en égard aux dates prévues de l'université d'été, la condition d'urgence est remplie ; que le FRONT NATIONAL et l'IFOREL sont par suite fondés à demander au juge des référés d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la suspension des effets de ces lettres ;

Considérant qu'il y a lieu en conséquence, et par application des règles, que rappelle la présente ordonnance, relatives d'une part au droit pour les partis politiques légalement constitués d'organiser des réunions, d'autre part aux motifs, tirés des exigences de l'ordre public ou des nécessités de l'administration des propriétés communales, sur le fondement desquels les communes et leurs groupements peuvent refuser de mettre à la disposition de ces partis, en vue de telles réunions, des locaux qui dépendent d'eux et pour lesquels une telle affectation est prévue, d'ordonner au maire d'Annecy et au président de la communauté de l'agglomération annécienne de ne pas faire obstacle, sauf circonstances de droit ou de fait nouvelles, à l'exécution du contrat de réservation conclu entre l'IFOREL et la société Impérial Palace ; que la circonstance que l'IFOREL n'aurait pas eu qualité pour signer un tel contrat en vue de l'organisation de l'université d'été du FRONT NATIONAL n'a pas d'incidence sur les mesures qu'il appartient au juge des référés d'ordonner en vue de la sauvegarde d'une liberté fondamentale ; qu'il n'y a pas lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, d'assortir l'injonction prononcée par la présente décision d'une astreinte ;

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que le FRONT NATIONAL et l'IFOREL, qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes soient condamnés à

référé du Conseil d'État, saisi en appel selon la procédure de référé-liberté, a enjoint au maire d'Annecy de ne pas faire obstacle à l'organisation, dans sa ville, de l'université d'été que le Front National projetait d'y tenir à la fin du mois. Les principes appliqués sont ceux de l'arrêt Benjamin<sup>363</sup>. En 2002, l'ordonnance du juge des référés a permis à l'université d'été qui avait été illégalement interdite d'avoir lieu.

---

verser à la société Impérial Palace la somme que celle-ci demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il n'y pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la ville d'Annecy, la communauté de l'agglomération annécienne et la société Impérial Palace à verser au FRONT NATIONAL et à l'IFOREL, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, une somme à ce titre ;

Dispositif de l'Affaire N° 249666

O R D O N N E :

-----

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Grenoble en date du 9 août 2002 est annulée.

Article 2 : Les effets des lettres du maire d'Annecy et du président de l'agglomération annécienne en date du 29 juillet 2002 sont suspendus.

Article 3 : Il est enjoint au maire d'Annecy et au président de la communauté de l'agglomération annécienne de ne pas faire obstacle, sauf circonstances de droit ou de fait nouvelles, à l'exécution du contrat de réservation conclu entre l'IFOREL et la société Impérial Palace.

Article 4 : La présente ordonnance est exécutoire immédiatement en application du deuxième alinéa de l'article R. 522-13 du code de justice administrative.

Article 5 : Le surplus des conclusions de la requête du FRONT NATIONAL et de l'IFOREL est rejeté.

Article 6 : Les conclusions de la société Impérial Palace tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 7 : La présente décision sera notifiée au FRONT NATIONAL, à l'INSTITUT DE FORMATION DES ELUS LOCAUX, à la ville d'Annecy, à la communauté de l'agglomération annécienne, à la société Impérial Palace et au ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales.

Délibéré de l'Affaire N° 249666

Fait à Paris, le 19 août 2002.

Signé : B. Stirn

Formule exécutoire de l'Affaire N° 249666

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,

Le secrétaire,

Françoise Z... »

**Analyse du CE** : « Pour refuser la tenue d'une réunion d'un parti politique au centre de congrès de sa ville, un maire s'est fondé, d'une part, sur les risques que cette manifestation présentait pour l'ordre public, d'autre part, sur le souci de maintenir ouvert au public le parc dans lequel le centre de congrès est situé. Mais dans la mesure où, d'une part, il n'est pas établi que la tenue de la réunion au centre de congrès de cette ville présenterait pour l'ordre public des dangers auxquels les autorités de police ne seraient pas en mesure de faire face par des mesures appropriées et où, d'autre part, le parc en cause ne constitue qu'une partie modeste des espaces verts auxquels le public peut accéder dans cette ville, la décision du maire a porté à la liberté de réunion dont bénéficient les partis politiques légalement constitués une atteinte grave et manifestement illégale. »

<sup>363</sup> : CE, 19 mai 1933, op.cit.

## **Chapitre II : *Sur le plan de l'économie sociale***

Reconnue par la loi du 31 juillet 2014, l'économie sociale et solidaire (ESS) regroupe un ensemble de structures qui cherchent à concilier utilité sociale, solidarités, performance économique et gouvernance démocratique, avec pour ambition de créer des emplois, de développer une plus grande cohésion sociale et de répondre à des besoins d'intérêt général.

Inscrite dans une histoire ancienne, l'ESS tire ses racines au 19<sup>ème</sup> siècle dans les premières associations ouvrières, les coopératives de consommateurs et d'habitants et les sociétés de secours mutuel. Précurseuse sur les logiques d'innovations sociales, l'ESS trouve une audience croissante auprès des jeunes générations en quête de sens dans leurs engagements, qu'ils soient bénévoles ou professionnels.

Dotée d'un cadre juridique grâce à la loi du 31 juillet 2014 qui en a dessiné ses contours et ses prérogatives<sup>364</sup>, l'ESS porte une ambition forte d'engagement, qui va bien au-delà du secteur qu'elle recouvre. Car si l'engagement est une notion fondamentale dans notre société contemporaine, il revient à chacun d'y contribuer dans son activité au quotidien, que l'on soit issu des organisations publiques, privées, non-lucratives comme lucratives, que l'on ne soit personne publique ou personne privée.

Ainsi, dans la diversité de leurs formes, les entreprises de l'ESS se mobilisent pour remettre l'humain au cœur de l'économie et répondre aux grands défis de la société : combat contre l'illettrisme et le décrochage scolaire, soutien à l'autonomie des personnes âgées et des personnes en situation de handicap, lutte contre l'exclusion et le chômage, développement de l'économie circulaire, promotion de l'économie du partage grâce au numérique...

---

<sup>364</sup> : La loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, en donnant une définition des entreprises de l'ESS et en créant le statut d'entreprise solidaire d'utilité sociale (ESUS), traduit l'intérêt de la politique gouvernementale pour l'ESS. Cette loi ajoute en effet aux acteurs appartenant traditionnellement à l'économie sociale par leur forme juridique (associations, coopératives, mutuelles et fondations) une nouvelle catégorie : celle des sociétés commerciales susceptibles de porter de nouvelles formes d'entrepreneuriat social.

Les objectifs de la loi du 31 juillet 2014 :

- identifier mieux les concours d'une ESS contemporaine, ouverte et inclusive ;
- reconnaître l'ESS comme un mode d'entreprendre spécifique ;
- renforcer les politiques de développement local durable ;
- consolider le réseau, la gouvernance et les outils de financement des acteurs de l'ESS ;
- provoquer un choc coopératif ;
- redonner du pouvoir d'agir aux salariés.

Les entreprises de l'ESS innovent, expérimentent et portent des solutions concrètes dans les territoires, aux côtés des acteurs économiques « classiques » et des pouvoirs publics qui s'engagent financièrement via un système de subvention, Système qui dépend beaucoup des contrats administratifs qui restent un outil juridique indispensable pour sa mise en œuvre, dans la mesure où tout contrat administratif est conclu dans un but d'intérêt général<sup>365</sup> ; mais compte tenu de l'indétermination de la notion l'intérêt général ce dernier peut très bien s'identifier à l'intérêt socio-économique.

---

<sup>365</sup> : Christophe Guettier, « *Droit des contrats administratifs* », PUF, Collection : Thémis, troisième édition mise à jour, Paragraphe n° 179, 2011.

## **Section 01 : *Le régime des engagements financiers et des subventions.***

Les administrations publiques dépensent tous les ans des sommes considérables en subventions inscrites à leurs budgets. Sans doute, toutes les subventions ne vont pas à des œuvres privées, les administrations publiques se subventionnent entre elles pour des entreprises publiques, c'est une des formes que prend la coadministration<sup>366</sup>. Mais les subventions vont aussi beaucoup aux établissements privés ou aux entreprises privées d'intérêt public; il suffit de parcourir un budget départemental pour en acquérir la preuve. Ce procédé de la subvention appelle un certain nombre d'observations :

En soi, il constitue pour les administrations publiques une liberté précieuse; il leur permet, en s'intéressant aux initiatives particulières, de ne pas s'isoler du monde extérieur; il établit un pont entre le domaine de la vie publique et celui de la vie privée; au geste des hommes dévoués qui entreprennent une œuvre d'intérêt général, il permet de répondre par un geste d'approbation et d'encouragement. À elle seule, la pratique des subventions suffirait à démontrer que l'administration publique n'est pas un organisme égoïste, enfermant en soi-même jalousement toute la préoccupation du bien public, mais qu'elle est bien plutôt un centre d'activité suscitant et soutenant au tour d'elle d'autres activités qu'elle invite à collaborer avec elle à une tâche qui, par son ampleur, dépasse ses propres forces<sup>367</sup>;

La subvention, pour conserver son caractère de pure opération budgétaire, doit être renouvelable tous les ans. Si une administration prenait l'engagement de verser une subvention pendant un nombre d'années déterminé à une entreprise déterminée, on ne serait plus dans les termes d'une simple subvention,

---

<sup>366</sup> : Terme de Maurice Hauriou, *in* « Précis de droit administratif et de droit public », *op. cit.*, p. 320.

<sup>367</sup> : Quelques fois d'ailleurs une administration publique pourra bénéficier elle-même d'une façon très directe d'une œuvre privée quelle subvention en ce sens que l'existence de cette œuvre pourra la dispenser d'organiser un service public analogue. C'est ainsi, par exemple, que si une commune veut organiser, sous forme de service public, des secours contre l'incendie, elle sera obligée d'adopter le service des sapeurs-pompiers qui est très centralisée est très coûteux, mais que, s'il existe sur son territoire une société privée de sauveteurs, la même commune pourra obtenir satisfaction à moindre frais, elle n'aura qu'à acquérir un matériel d'incendie et à voter une subvention à la société des sauveteurs, subvention qui est évidemment sur la condition que la société s'emploie à combattre les incendies. (CE 24 décembre 1909, commune de La Bassée, R., p. 1024 ; S., 10. III p. 49 et la note J.A.I., p. 326). On verra dans cette note à quelle condition cette combinaison pourra être critiquée comme contenant une fraude à la loi en ce qui concerne l'organisation des sapeurs-pompiers et aussi quels sont les services facultatifs auxquels il pourrait être suppléé par une combinaison du même genre ; arrêt confirmatif, 15 mars 1912 (Commune de Cornet, R., p.374).



on serait en présence d'un traité ferme qui mériterait une autre qualification, par exemple celle de concession de service public, et qui exigerait chez l'assemblée délibérante d'autres pouvoirs que les simple pouvoirs budgétaires ; on estime, dans les tractations administratives, que la promesse de subvention dégénère en un engagement lorsqu'elle est limité à un certain chiffre et à un certain nombre d'années<sup>368</sup>.

À titre de dépenses publiques, les subventions des assemblées locales sont astreintes pour condition de validité des délibérations de ces assemblées, c'est-à-dire quelle peuvent être annulées si elles sortent de la légalité et des bornes de la compétence<sup>369</sup>.

### **A. L'approche des Comptes de la protection sociale (en matières de subventions publique) :**

L'approche élargie proposée par les Comptes de la protection sociale conduit à différencier plusieurs « régimes » de gestion de la prévoyance collective, au sein desquels les assurances sociales obligatoires occupent une place prédominante<sup>370</sup>.

Les régimes d'assurances sociales versent en effet des prestations, dans le domaine de la vieillesse. Ce sont des régimes organisés collectivement, pour lesquels il existe une correspondance entre les droits à prestations consentis aux assurés et les contributions qui leur sont ou leur ont été demandées, le versement

---

<sup>368</sup> : CE, 3 avril 1903, ville d'Alger, R., p. 285.

<sup>369</sup> : Une application de cette idée a été faite aux subventions votées en faveur des écoles libres. Des avis du conseil d'État du 19 juillet 1888 et du 13 novembre 1888 ont déclaré qu'il y avait, dans ses subventions, violation de la loi du 30 octobre 1887, article 2, qui ne reconnaît que deux catégories d'écoles, les écoles publiques entretenues par l'État, les départements ou les communes et les écoles privées entretenues par des particuliers ou des associations ; la subvention publique à une école privée eût créé une troisième catégorie d'écoles non prévu par la loi. Il y a eu des annulations nombreuses de décisions de conseils généraux et de délibérations de conseils municipaux (CE 20 février 1891, ville de Vitry et ville de Nantes, R., p. 143-144).

Cependant on a vu poindre une distinction entre la subvention à l'école qui demeurerait interdite, et la subvention à titre de secours aux enfants pauvres, maintenant permise par le Conseil d'État (CE 24 mai 1912, commune de Manigod, R., p. 607 ; CE, 11 février 1916, commune de Saint-Marc, R., p. 75 ; CE, 23 janvier 1920, ville de la Landerneau, R., p. 74). Mais, en sens inverse, conseil municipal n'est pas obligé de voter une subvention égale aux enfants des écoles libres et à ceux de l'école publique, car il s'agit d'une matière de faveur où l'égalité n'est pas de droit (CE, 26 janvier 1917, R. Chavassus, p. 84.).

<sup>370</sup> : Jean Pierre Chauchard, « *Droit de la Sécurité sociale* », 5<sup>e</sup> éd. LGDJ, Col. Manuels, Lextenso, éditions Dalloz, Paris, 2010.

de ces prestations étant garanti par la perception de cotisations. Ils comprennent les régimes de Sécurité sociale proprement dits (régime général, régimes particuliers de salariés et de non-salariés), les régimes d'employeurs publics versant directement des prestations à leurs salariés, et les autres régimes donnant lieu à une affiliation large et obligatoire, notamment l'assurance chômage (UNEDIC<sup>371</sup>), et les retraites complémentaires obligatoires du secteur privé et de la fonction publique. Ils englobent également un certain nombre de fonds qui contribuent à la couverture des risques sociaux comme le Fonds de solidarité vieillesse (FSV), le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) ou la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA).

Du côté de la protection complémentaire ou supplémentaire facultative, interviennent :

- D'une part, des régimes d'employeurs qui versent des prestations extra-légales, liées aux conventions collectives ou aux accords d'entreprises, par exemple des suppléments familiaux de traitement, des compléments d'indemnités journalières ou des indemnités de licenciement ;
- D'autre part, les régimes de la mutualité et de la prévoyance, qui englobent les contrats d'assurance collective gérés par les institutions de retraite supplémentaire et de prévoyance, ainsi que les prestations versées par les mutuelles, y compris sur la base d'adhésions individuelles. Ils interviennent principalement en matière de protection complémentaire maladie et invalidité.

L'assistance sociale – mieux vaudrait dire l'action sociale au sens large – englobe quant à elle les prestations qui ne sont subordonnées ni à l'affiliation à un régime, ni à un circuit de cotisations. Elle est principalement mise en œuvre à travers deux canaux :

---

<sup>371</sup> : l'Unédic (union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce), est une association chargée par délégation de service public de la gestion de l'assurance chômage en France, en coopération avec Pôle emploi.

L'Unédic est dirigée par les partenaires sociaux signataires d'accords prévus à l'article L. 5422-20 du code du travail. L'assurance chômage est financée par les cotisations des employeurs et par l'impôt.

Depuis janvier 2019, les salariés ne versent plus de cotisations, sauf exception comme c'est le cas pour les intermittents du spectacle.

Les principales missions de l'Unédic sont de conseiller les partenaires sociaux, sécuriser les règles d'assurance chômage et sécuriser le financement des allocations versées aux demandeurs d'emploi. L'Unédic fonctionne aussi comme un centre d'expertise qui publie des études d'évaluation des règles d'assurance chômage et des études sur le marché du travail. L'Unédic a enfin une mission pédagogique pour rendre accessibles les règles aux demandeurs d'emploi.

- les pouvoirs publics, c'est-à-dire les collectivités territoriales, l'État et des organismes divers d'administration centrale (ODAC), établissements publics auxquels l'État délègue certaines missions comme le Fonds (CMU)<sup>372</sup>, le Fonds de solidarité et le Fonds national d'aide au logement. Ces dispositifs d'assistance prennent le plus souvent la forme de prestations sous conditions de ressources (comme les minima sociaux) et/ou d'interventions dans des domaines spécifiques (handicap, santé, aides au logement). Ces actions sont à la fois conduites par l'État et ses fonds spécialisés (bourses d'études, allocations aux handicapés, CMU complémentaire, régime de solidarité chômage, aides au logement), et par les collectivités locales qui ont la responsabilité de prestations comme l'APA<sup>373</sup> ou le RSA<sup>374</sup>, ont en charge l'aide sociale légale à l'enfance, aux personnes âgées et handicapées, et mènent une action sociale extra-légale ou facultative ;
- Les institutions sans but lucratif, dont l'essentiel de l'activité est consacré à l'action sociale, à la fois dans les domaines de l'hébergement des personnes âgées et handicapées, de l'enfance et des personnes en difficulté.

Cette classification, qui donne une première vision des acteurs et de leurs modes d'intervention, ne recoupe qu'en partie la notion de dépenses publiques utilisée dans le débat économique et social.

Les dépenses des Administrations publiques (APU), dont les comptes servent de référence aux critères du Pacte de stabilité et de croissance et à la notion de prélèvements obligatoires, comprennent exclusivement celles effectuées par l'État, les ODAC (qui incluent par exemple le Fonds de solidarité ou le Fonds CMU), les administrations publiques locales et les administrations de Sécurité sociale (ASSO), dont on enlève les régimes directs d'employeurs publics, notamment les régimes spéciaux, financent une très grande partie. L'ensemble de cet agrégat est par ailleurs bien sûr très large, dans la mesure où, au-delà de la protection sociale et de la santé, il intègre les dépenses liées aux services publics généraux, à la défense, à l'éducation ou à la sécurité publique.

---

<sup>372</sup> : Couverture maladie universelle.

<sup>373</sup> : Allocation personnalisée d'autonomie.

<sup>374</sup> : Revenu de solidarité active.

Cette approche des régimes qui composent la protection sociale tente de s'inspirer des distinctions juridiques entre les catégories de l'assurance sociale d'une part, de l'aide et de l'action sociales d'autre part, sur la base de critères à la fois organiques – les institutions qui délivrent les prestations – et matériels – les principes et les règles qui régissent les dispositifs<sup>375</sup> –. Contrairement aux prestations de Sécurité sociale qui ont en principe un caractère contributif, l'aide sociale constitue ainsi un droit sans contrepartie, attribué en référence à une notion de besoin sur la base d'un examen de la situation individuelle des bénéficiaires, et assorti par conséquent de conditions de ressources. Il s'agit d'un droit alimentaire, sorte de prolongement ou d'alternative à la solidarité familiale, spécifique, subjectif et subsidiaire, qui constitue une obligation légale pour les collectivités publiques : y participent l'État et les départements, qui en ont reçu la responsabilité principale. L'action sociale a quant à elle des contours plus flous, regroupant un ensemble d'interventions facultatives qui viennent remédier aux carences des autres formes d'aide, ou se proposent de les élargir ou de les améliorer. Elle peut être le fait des organismes de Sécurité sociale, des collectivités publiques, y compris les communes, et d'organismes privés comme les établissements sociaux ou le secteur associatif.

Ces catégories originelles ont toutefois été perturbées par le développement de dispositifs généraux à forte dimension assistancielle, prenant la forme de « prestations non contributives de Sécurité sociale » soumises à condition de ressources (allocations de mère au foyer, de rentrée scolaire, d'orphelin ...), et d'un système de revenus garantis – les minima sociaux – qui jouent un rôle de « filet de sécurité », d'abord spécifique à certaines populations : les personnes handicapées pour l'allocation aux adultes handicapés (AAH), les familles monoparentales pour l'allocation de parent isolé (API), les retraités pour le minimum vieillesse, les chômeurs en fin de droits pour l'allocation de solidarité spécifique (ASS). La mise en place de ces dispositifs est allée de pair avec le développement d'une offre d'institutions sociales spécialisées, dans une logique de réponse « catégorielle » à diverses formes « d'inadaptation »<sup>376</sup>.

---

<sup>375</sup> : Michel Borgetto et Robert Lafore, « *Droit de l'aide et de l'action sociale* », Montchrestien, coll. « Domat Droit public », Droit et société, n°34, Paris, 1996, p. 723.

<sup>376</sup> : Robert Lafore, « La pauvreté saisie par le droit : la construction juridique de l'assistance en France » in *Droit et Pauvreté*, Contributions issues du séminaire onpes-Mire 2007.

Ces déplacements de frontière se sont accélérés, avec la mise en place de prestations de « troisième » ou de « quatrième type » empruntant simultanément à plusieurs logiques. Des dispositifs comme la CMU, le RSA, l'APA et la prestation de compensation de handicap (PCH) se caractérisent en effet, comme les prestations d'assurance, par des conditions d'accès et des barèmes généraux définis, mais aussi par des conditions de ressources et une absence de contribution préalable et, enfin, pour les trois dernières, par l'examen individualisé au niveau local de la situation des bénéficiaires<sup>377</sup>. L'assistance aurait en corollaire évolué vers une logique « d'inclusion », fondée sur l'accompagnement de « projets » ou de « parcours », s'appuyant le cas échéant sur des mécanismes de contractualisation.

Au bout du compte, tendent à être utilisées des notions globales « d'action sociale », « d'assistance sociale », ou même plus abusivement de « solidarité » : elles recouvrent, outre l'ensemble des « minima sociaux », un ensemble divers d'interventions ne relevant pas directement de la Sécurité sociale dans les domaines de l'enfance, de la famille, des personnes âgées et handicapées et de la lutte contre l'exclusion, et dont les modalités peuvent être plus ou moins générales ou individualisées.<sup>378</sup>

## **B. L'organisation des principaux acteurs du système :**

Ces tentatives de classification montrent le caractère « hybride » du système de protection sociale français, qui a eu tendance à se renforcer au cours des vingt-cinq dernières années. À l'hybridation des prestations répond la diversité des institutions intervenantes, avec une montée récente du poids des organismes de protection complémentaire et des collectivités décentralisées.

---

<sup>377</sup> : Michel Borgetto , « Le droit de la protection sociale dans tous ses états : la clarification nécessaire », *Droit social*, n° 6, 2003.

<sup>378</sup> : Mireille Elbaum, « Les composantes et la régulation du système de protection sociale français », dans : *Économie politique de la protection sociale*. sous la direction de Elbaum Mireille. Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 69-103.

## **1- L'État, à la fois employeur, pourvoyeur de prestations et régulateur :**

L'État exerce en premier lieu une mission de régulation d'ensemble du système, à travers la législation relative à son organisation et son fonctionnement, et la fixation de ses ressources, qu'il s'agisse des cotisations, des impôts et taxes affectés ou des versements de contributions publiques. Il détermine la répartition des compétences et des charges financières, par exemple à travers la création de différents fonds de financement (comme le FSV, le Fonds CMU, le Fonds national des solidarités actives ou la CNSA), la réglementation des transferts et compensations entre régimes ou les règles de tarification des établissements médico-sociaux. Il établit par voie législative ou réglementaire le contenu et les règles d'accès à la plupart des prestations : droits des personnes, événements justifiant la prise en charge, technique de protection, conditions d'accès, formes et niveau de l'aide, répartition des rôles entre acteurs. Il exerce la tutelle sur les caisses de Sécurité sociale et conclut avec elles des conventions d'objectifs et de gestion. Il exerce également une fonction générale de contrôle ainsi qu'une fonction juridictionnelle.

L'État verse par ailleurs directement des prestations en tant qu'employeur public, par exemple les retraites des fonctionnaires et le supplément familial de traitement. Il contribue au financement des régimes de protection sociale à travers des mécanismes spécifiques : subventions d'équilibre aux régimes spéciaux, compensation de certaines exonérations de charges sociales décidées dans le cadre de la politique de l'emploi. Il prend en charge, directement ou à travers des établissements publics créés à cette fin, le financement de certaines prestations, comme les allocations chômage du régime de solidarité (notamment l'ASS et l'allocation équivalent retraite – AER), la fraction du RSA venant en complément des revenus d'activité, l'AAH, les aides au logement, ainsi qu'en matière d'aide sociale, l'aide médicale de l'État (AME) aux étrangers en situation irrégulière, l'aide aux sans-domicile, l'hébergement d'urgence et les centres d'hébergement de réinsertion sociale (CHRS).

Alors que son poids financier direct ne dépasse pas (avec les ODAC) 13,5 % des prestations<sup>379</sup>, l'État est donc omniprésent dans le système, y compris lorsqu'il n'a en principe plus de compétences directes, et ses relations financières avec les autres acteurs restent un sujet de débat permanent.

---

<sup>379</sup> : Elbaum Mireille, op. cit, p. 18

## 2- Les organismes de Sécurité sociale :

Les organismes de Sécurité sociale comprennent au sens strict les seuls régimes légaux visés par les articles L. 111-1 et R. 111-1 du Code de la Sécurité sociale<sup>380</sup>, et n'incluent ni l'assurance chômage ni les régimes complémentaires obligatoires. Ils constituent un « système éclaté », caractérisé par un maintien

---

<sup>380</sup> : Article L.111-1 codifié par décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985 et modifié par la loi n° 2015-1702 (art. 59) dispose : « La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale.

Elle assure, pour toute personne travaillant ou résidant en France de façon stable et régulière, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille.

Elle garantit les travailleurs contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leurs revenus. Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés à un ou plusieurs régimes obligatoires.

Elle assure la prise en charge des frais de santé, le service des prestations d'assurance sociale, notamment des allocations vieillesse, le service des prestations d'accidents du travail et de maladies professionnelles ainsi que le service des prestations familiales dans le cadre du présent code, sous réserve des stipulations des conventions internationales et des dispositions des règlements européens. »

Article R111-1 modifié par décret n°2019-718 du 5 juillet 2019 (art. 9, décret en conseil d'État) dispose :

« I.- L'organisation de la sécurité sociale comprend les organismes de sécurité sociale suivants :

1° En ce qui concerne le régime général :

- a) La Caisse nationale de l'assurance maladie et des caisses primaires d'assurance maladie ;
- b) La Caisse nationale des allocations familiales et des caisses d'allocations familiales ;
- c) La Caisse nationale d'assurance vieillesse ;
- d) L'Agence centrale des organismes de sécurité sociale et des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales ;
- e) Des caisses d'assurance retraite et de la santé au travail ;
- f) La caisse d'assurance vieillesse, invalidité et maladie des cultes ;
- g) Dans les départements d'outre-mer, des caisses générales de sécurité sociale ;
- h) Des caisses communes de sécurité sociale et des unions ou fédérations de caisses ;

2° En ce qui concerne le régime agricole, des organismes de mutualité sociale agricole comprenant la Caisse centrale de la mutualité sociale agricole, des caisses de mutualité sociale agricole ainsi que leurs associations et groupements d'intérêt économique ;

3° En ce qui concerne les régimes des professions libérales, la Caisse nationale d'assurance des professions libérales et la Caisse nationale des barreaux français ;

4° En ce qui concerne les régimes spéciaux à certaines branches d'activité ou certaines entreprises et pour tout ou partie des prestations, des caisses, organismes et services ;

5° En ce qui concerne le régime des expatriés, la Caisse des Français de l'étranger ;

6° Tous autres organismes et services qui assurent, en tout ou partie des attributions dévolues aux organismes et services mentionnés aux 1° à 6°.

II.- Elle s'appuie en outre sur :

1° Le conseil de la protection sociale des travailleurs indépendants ;

2° La caisse nationale de solidarité pour l'autonomie ;

3° L'union des caisses nationales de sécurité sociale ;

4° L'union nationale des caisses d'assurance maladie ;

5° L'école nationale supérieure de sécurité sociale ;

6° La caisse des Français de l'étranger ;

7° Le centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale ;

8° Le fonds de solidarité vieillesse ;

9° Le fonds de réserve pour les retraités ;

10° Le fonds de financement de la protection complémentaire de la couverture universelle du risque maladie.

III.- Elle associe les organismes chargés de la gestion des régimes complémentaires obligatoires. »

des particularismes professionnels et statutaires, et une diversité de régimes « de base »<sup>381</sup>.

Le régime général couvre l'ensemble des travailleurs salariés du secteur privé et les personnes assimilées. Il est lui-même structuré entre quatre branches : maladie-maternité-invalidité, vieillesse, famille, accidents du travail et maladies professionnelles, dotées chacune d'une organisation spécifique. Ces branches sont coiffées par des Caisses nationales, au statut d'établissement public : la Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV), la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) et la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS), qui a aussi en charge la branche accidents du travail. Cette organisation traduit le principe de gestion séparée des risques adopté depuis 1967, chaque branche ayant à assumer son propre équilibre financier. Au niveau local, les branches maladie et accidents du travail sont en métropole structurées en 101 caisses primaires (CPAM). Au niveau régional, des caisses d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT) ont en charge la prévention et la tarification des risques professionnels, et, sauf dans deux régions, une partie de la gestion du risque vieillesse pour le compte de la CNAV. La branche famille repose quant à elle à compter de 2012 sur 102 caisses d'allocations familiales (CAF), suite à un processus de départementalisation. Le recouvrement des cotisations est effectué de façon unifiée par l'intermédiaire de 88 unions de recouvrement, les URSSAF, placées sous le contrôle de l'ACOSS, agence centrale chargée d'assurer la gestion commune de la trésorerie du régime général. Quatre caisses générales de Sécurité sociale (CGSS) regroupent les services de l'assurance maladie, de l'assurance retraite et du recouvrement. Les caisses des branches vieillesse, famille et recouvrement sont dotées de conseils d'administration, qui orientent et contrôlent leur activité. Représentants syndicaux et patronaux désignés par leurs organisations y siègent en principe sur une base paritaire, ainsi que des personnalités qualifiées et des représentants de la Mutualité ou des associations familiales. Les directeurs de ces organismes ont toutefois des pouvoirs propres importants, notamment en matière budgétaire et de personnel, les directeurs des caisses nationales étant nommés en Conseil

---

<sup>381</sup> : Robert Lafore, Michel Borgetto, Jean-Jacques Dupeyroux, « *Droit de la Sécurité sociale* », 18<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2015, p. 437.



des ministres. La loi d'août 2004<sup>382</sup> a modifié la gouvernance du régime d'assurance maladie : dotée d'un conseil qui n'a plus qu'une mission d'orientation générale, la CNAMATS a vu se renforcer le rôle de son directeur général à la fois vis-à-vis du réseau, et surtout, au nom de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM), pour la négociation des conventions avec les professionnels de santé.

Le régime agricole est composé des caisses de Mutualité sociale agricole (MSA). Il regroupe à la fois les salariés et les exploitants agricoles, dont il gère aussi la protection complémentaire, un régime de retraite complémentaire obligatoire ayant notamment été instauré en 2002. La MSA gère à la fois les questions relatives à la famille, à la maladie et à la retraite, ainsi que la prévention des risques professionnels. Le financement du régime des exploitants agricoles se faisait jusqu'à 2009 par l'intermédiaire du FFIPSA (Fonds de financement des prestations sociales des non-salariés agricoles) qui, en l'absence de subvention d'équilibre, avait accumulé d'importants déficits. Ce fonds a été supprimé en 2009, et la branche maladie du régime a été financièrement intégrée au régime général.

Les régimes spéciaux garantissent des catégories particulières de salariés contre tout (SNCF, RATP, Mines) ou partie (fonctionnaires civils, industries électriques et gazières – IEG) des risques sociaux, certains ne couvrant que la maladie et d'autres que la vieillesse. Les fonctionnaires civils ont par exemple un régime spécial de retraite, mais bénéficient des prestations du régime général pour l'assurance maladie, avec un service assuré par leurs mutuelles. Ces régimes sont pour la plupart des régimes de base, mais certains ont aussi un volet complémentaire (IEG), tandis que d'autres, comme la RATP et les Mines, proposent une médecine de caisse gratuite. Ils ont des modes de gestion aussi variés que leurs bénéficiaires, la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales (CNRACL) faisant par exemple partie de la Caisse des dépôts et consignations.

Le régime social des indépendants (RSI) regroupe depuis 2006 la couverture maladie des professions artisanales, des commerçants et des professions libérales, ainsi que la couverture vieillesse-invalidité des deux premières, mais pas l'assurance vieillesse des professions libérales, qui demeure

---

<sup>382</sup> : LOI n° 2004-1370 du 20 décembre 2004 de financement de la sécurité sociale pour 2005, JORF n°296 du 21 décembre 2004 page 21649.

du ressort d'une caisse autonome<sup>383</sup>. Ce régime assure depuis 2008 une mission d'interlocuteur social unique pour les chefs d'entreprise indépendants, gérant l'ensemble de leurs cotisations et contributions. Il accueille une part des « autoentrepreneurs », dont le statut a été créé en 2009, et qui bénéficient de charges sociales simplifiées et allégées.

Des unions de caisses existent par ailleurs, avec, en matière de relations de travail, une mission exercée par l'UCANASS vis-à-vis du personnel des caisses (signature des conventions collectives). En matière d'assurance maladie, l'UNCAM a depuis la réforme de 2004 en charge de coordonner l'action des trois principaux régimes (CNAMTS, MSA et RSI), et en particulier de négocier les conventions avec les professionnels de santé et de fixer les taux de remboursement.

Au niveau régional, la création en 2009 des agences régionales de santé (ARS) modifie l'organisation de l'assurance maladie (qui reposait sur les CRAM et les URCAM), dans la mesure où ses moyens d'intervention se trouvent regroupés avec ceux de l'État en matière de veille et de sécurité sanitaire, de santé publique et de prévention, d'organisation de l'offre sanitaire et médico-sociale, et d'actions de « gestion du risque » conduites en direction des professionnels de santé et des assurés. Cette « globalisation » régionale du traitement des problèmes de santé repose toutefois sur des mécanismes de planification et de contractualisation complexes, avec des questions sur la capacité réelle des ARS à influencer sur les soins de ville et à réaliser des redéploiements entre les différentes filières de prise en charge qui ouvrent la voie à de nouvelles évolutions<sup>384</sup>.

Les caisses de Sécurité sociale sont enfin des partenaires importants de l'action sanitaire et sociale, à travers à la fois des aides individuelles, des subventions à des organismes, notamment associatifs, et le financement d'équipements ou de services. Les caisses maladie appuient, par exemple, des associations d'aide aux malades, attribuent des secours visant à couvrir certains frais non remboursés, et gèrent des centres de santé. L'assurance vieillesse

---

<sup>383</sup> : Romain Marié, « L'évolution institutionnelle de la sécurité sociale après la création du régime social des indépendants », *Regards*, n°33, 2008 ; Daniel Postel-Vinay, « La création du régime social des indépendants (RSI) : un essai à transformer ? », *Droit social*, n° 2, 2007.

<sup>384</sup> : Pierre-Luis Bras, « La création des agences régionales de santé : notre système de santé sera-t-il encore mieux gouverné ? », *Droit social*, n° 11, 2009, pp. 1126-1135 ; Claude Évin, « Les agences régionales de santé en 2025 », in *Les nouveaux patients. Rôle et responsabilités des usagers du système de santé en 2025*, Paris, Éditions de santé / Presses de Sciences Po, 2011.

privilégie le maintien des personnes âgées à domicile à travers l'aide-ménagère ou l'adaptation de l'habitat<sup>385</sup>. La branche famille assume quant à elle plus de 75 % des dépenses d'action sociale des caisses : c'est un partenaire majeur en matière de petite enfance, accordant aux structures de garde un soutien qui complète la participation des familles, et menant en lien avec les collectivités locales une politique pluriannuelle d'augmentation des capacités d'accueil<sup>386</sup>.

### **3- Assurance chômage et retraites complémentaires (assurances sociales à gestion paritaire):**

Contrairement aux organismes de Sécurité sociale, les retraites complémentaires obligatoires fédérées par l'AGIRC<sup>387</sup> et l'ARRCO<sup>388</sup> et l'assurance chômage administrée par l'UNEDIC sont des régimes à gestion paritaire régis par des accords conventionnels. Ils déterminent en principe de façon autonome les conditions de leur fonctionnement et de leur équilibre. Les partenaires sociaux qui les gèrent sont ainsi maîtres des prestations servies et des cotisations exigées, qui entrent pourtant dans le champ des prélèvements obligatoires.

L'AGIRC et l'ARRCO sont des fédérations d'institutions de retraites complémentaires (27 caisses ARRCO et 18 caisses AGIRC fonctionnant au sein de « groupes de protection sociale »), créées par voie conventionnelle respectivement en 1947 et 1961. L'affiliation obligatoire à ces régimes a été généralisée par la loi en 1972 à l'ensemble des salariés des régimes général et agricole. Ces régimes, qui fonctionnent « par points » en répartition, versent des montants de prestations dépassant deux tiers des pensions du régime général. Après l'unification des règles de l'ARRCO intervenue en 1999, ils se

---

<sup>385</sup> : Stéphane Cadiou, Bernard Gagnon, « L'action sociale des caisses de retraite : un dispositif complémentaire de la protection sociale des personnes âgées », *Revue française des affaires sociales*, n° 3, 2005, pp. 7-32.

<sup>386</sup> : Marie-Thérèse Escande, « Les dépenses d'action sociale des caf en 2009 », *revue des Politiques sociales et familiales*, n° 101, 2010, pp. 93-98.

<sup>387</sup> : L'Agirc (Association générale des institutions de retraite complémentaire des cadres) : gère le régime de retraite complémentaire des cadres du secteur privé de l'industrie, du commerce, des services et de l'agriculture.

<sup>388</sup> : L'Arrco (Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés) : gère le régime de retraite complémentaire de l'ensemble des salariés du secteur privé de l'industrie, du commerce, des services et de l'agriculture, cadres compris.

sont engagés depuis 2001 dans un processus d'harmonisation et de rapprochement.

Au vu de leurs perspectives démographiques à long terme, les partenaires sociaux ont été amenés à décider d'augmentations de cotisation et d'ajustements de la valeur des points de retraite achetés et liquidés, permettant à ces régimes d'éviter les déficits et de constituer des réserves à moyen-long terme. L'accord conclu a en particulier prévu une indexation des valeurs d'achat du point sur les salaires, la valeur des points servis restant indexée sur les prix hors tabac. Ces dispositions ont été reconduites *a minima*, en l'attente de la réforme annoncée des retraites de base. Elles ont fortement pesé sur le taux de remplacement global des pensions, avec une incidence potentiellement plus importante que celles relatives au régime général : les taux de rendement effectifs des régimes complémentaires ont ainsi connu une forte diminution<sup>389</sup>.

Même négociés et gérés de façon autonome, les accords conclus par les partenaires sociaux donnent lieu à extension ou élargissement de la part de l'État, et les décisions prises sont en interaction étroite avec celles relatives aux retraites de base, avec par exemple fin 2003 l'aménagement des conditions de départ à taux plein et de rachat des années d'études. L'accord conclu le 18 mars 2011 prend ainsi en compte le recul des seuils d'âge légaux prévu par la réforme des retraites de novembre 2010, avec en contrepartie une amélioration des avantages familiaux pour les non-cadres, et le retour à une indexation parallèle des valeurs d'achat et de service du point, interrompant, pour la période 2012-2015, la détérioration du rendement des régimes<sup>390</sup>.

Le régime d'assurance chômage institué en 1958 est également une protection de type conventionnel, qui fonctionne depuis 1984 de façon séparée du régime de solidarité géré par l'État. Particulièrement sensible à la conjoncture économique, l'équilibre financier du régime donne lieu périodiquement à des négociations paritaires, qui se sont souvent traduites par des décisions accentuant les déséquilibres conjoncturels, et parfois par un appel à la garantie de l'État. Les décisions relatives aux durées d'indemnisation de l'assurance

---

<sup>389</sup> : Mireille Elbaum, « La revalorisation des prestations sociales : l'enjeu souvent oublié de l'indexation », *Droit social*, n° 11, 2009, pp. 1114-1125 ; Jean-Charles Willard, « Pilotage des régimes en points : le cas de l'Agirc et de l'Arrco », *Retraite et société*, volume 4, n°56, 2009, pp. 194-201.

<sup>390</sup> : Jacques Freyssinet, « Un intense renouveau de la négociation interprofessionnelle en France », *Les Cahiers LASAIRE*, n° 43, 2011, pp. 4-44.

chômage se répercutent en tout état de cause, via le taux de couverture du régime, à la fois sur les prestations de solidarité chômage et sur le RMI-RSA. La fusion entre l'ANPE et les ASSEDIC opérées par la loi de février 2008 s'est certes traduite par la mise en place d'un opérateur unique (Pôle Emploi) chargé de l'inscription, du suivi, du placement et de l'indemnisation des demandeurs d'emploi. Le régime d'assurance chômage, renonçant à la plupart des dispositifs d'accompagnement spécifiques aux chômeurs indemnisés, contribue financièrement aux mesures d'insertion mises en œuvre par la nouvelle institution, et le recouvrement des cotisations est désormais confié aux URSSAF<sup>391</sup>. La réforme ne remet cependant pas en cause les frontières institutionnelles en matière d'indemnisation : elle préserve le paritarisme de l'assurance chômage, les paramètres et la gestion du régime d'assurance restant de la seule responsabilité des partenaires sociaux<sup>392</sup>.

L'État n'exerce pas vis-à-vis d'eux de pouvoir de tutelle, mais le fait que les conventions d'assurance chômage donnent lieu à agrément, et la nécessité de prendre en compte la situation du marché du travail rendent de fait les besoins d'articulation et de négociation permanents. Cela a été le cas en 2000 avec le Plan d'aide au retour à l'emploi (PARE). Il en est de même suite à la crise de 2008-2009, qui a accentué les phénomènes de « négociation à trois » et de « cofinancements multiformes »<sup>393</sup>. La convention d'assurance chômage entrée en vigueur 2009 n'a en effet, malgré une ouverture plus large aux jeunes et aux travailleurs précaires, pris en compte que de façon limitée la montée potentielle du chômage, non plus d'ailleurs que le régime de solidarité<sup>394</sup>. L'État et l'UNEDIC ont alors été amenés à cofinancer l'amplification du dispositif de chômage partiel, ainsi qu'une aide ponctuelle à certains chômeurs en fin de droits. Les dispositions de 2009 ont été pour l'essentiel reconduites par l'accord sur l'assurance chômage du 25 mars 2011, mais l'articulation avec le régime de

---

<sup>391</sup> : l'Union de Recouvrement pour la Sécurité Sociale et les Allocations Familiales : est un organisme gouvernemental chargé de collecter les cotisations et les contributions sociales, ainsi que de gérer la trésorerie de la Sécurité Sociale.

<sup>392</sup> : Yves Rousseau, « Sur l'unification de l'Anpe et des Assedic », *Droit social*, n° 2, 2008.

<sup>393</sup> : Jacques Freyssinet, « Les négociations collectives et les politiques publiques face aux « conséquences sociales » de la crise économique », *Revue de l'ofce*, 2010, n° 115.

<sup>394</sup> : Mireille Elbaum, « Indemnisation du chômage. Une occasion manquée face à la crise ? », *Lettre de l'ofce*, n° 307, 2009.

solidarité a été renvoyée à des discussions ultérieures, malgré les conséquences en perspective d'un chômage de longue durée persistant<sup>395</sup>.

#### **4- Mutuelles, assurances et institutions de prévoyance : des couvertures complémentaires et supplémentaires inégales**

Les acteurs privés de la protection complémentaire et supplémentaire prennent de leur côté une importance croissante au sein de la protection sociale, et ce sur trois segments : la couverture complémentaire des frais médicaux, la retraite supplémentaire et la prévoyance hors frais médicaux. Trois acteurs contribuent en ces domaines à l'assurance des risques sociaux : *les mutuelles*, organismes à but non lucratif gérés par leurs adhérents et qui peuvent être territoriales, spécialisées, d'entreprise, professionnelles ou interprofessionnelles ; *les institutions de prévoyance* qui sont aussi des organismes à but non lucratif gérés paritairement par les représentants des employeurs et des salariés et reposent sur des accords paritaires, et *les sociétés d'assurance*<sup>396</sup>.

Ces institutions interviennent en premier lieu de façon assez originale en France dans le domaine de *la protection maladie complémentaire*. Celle-ci est mise en œuvre avec des logiques assez différentes : collective ou individuelle, obligatoire ou facultative, tarifée ou non en fonction de l'âge, donnant lieu ou non à avantages fiscaux et sociaux. Dans plus de la moitié des cas, ces couvertures sont obtenues par l'intermédiaire de l'entreprise, et dans quatre cas sur dix *via* un contrat collectif, les autres relevant d'une initiative individuelle<sup>397</sup>.

Au sein de ces organismes, un peu moins de 600 mutuelles, dont le nombre a beaucoup diminué au cours des dix dernières années compte tenu des restructurations du secteur, et sont par principe engagées à ne pas sélectionner leurs adhérents ou tarifier leurs cotisations en fonction de critères d'état de santé, mais leurs tarifs sont le plus souvent modulés en fonction de l'âge, et elles sont poussées par les évolutions de la concurrence à tenter de diversifier leurs

---

<sup>395</sup> : Jacques Freyssinet, op. cit.

<sup>396</sup> : Celles-ci gèrent à la fois, dans le champ de la protection sociale, les contrats collectifs d'entreprise, et dans un champ connexe, des assurances individuelles (santé, dépendance ...).

<sup>397</sup> : Marc Perronin, Aurélie Pierre, Thierry Rochereau, « La complémentaire santé en France en 2008 : une large diffusion mais des inégalités d'accès », *Questions d'économie de la santé*, n° 161, 2011.

produits<sup>398</sup>. Elles couvrent en moyenne une population plus âgée, et les trois-quarts de leurs contrats sont souscrits à titre individuel, même si les mutuelles de taille importante sont surtout professionnelles ou interprofessionnelles. Au contraire, les 34 institutions de prévoyance gèrent essentiellement des contrats collectifs d'entreprise, tandis que la centaine de sociétés d'assurance présentes sur le marché a les contrats les plus diversifiés et le chiffre d'affaires en plus fort développement<sup>399</sup>.

L'accès aux couvertures complémentaires reste toutefois, en dépit de l'institution de la CMUC, sujet à des disparités sociales marquées, les chômeurs, les plus pauvres et les étrangers restant les moins bien couverts.

Les contrats proposés offrent en outre des garanties très diverses : ce sont les contrats collectifs qui comportent les meilleures garanties, notamment en matière d'optique, de soins dentaires et de prise en charge des dépassements d'honoraires, ainsi que ceux proposés par les assurances. Les contrats souscrits à titre individuel ou auprès des mutuelles offrent des couvertures plus limitées, sachant que la quasi-totalité des contrats prennent en charge le ticket modérateur relatif aux consultations de spécialistes et aux médicaments ainsi que les forfaits hospitaliers, mais avec des limites pour les plus âgés<sup>400</sup>. Or, l'accès à la protection collective d'entreprise a lui-même une dimension inégalitaire, et bénéficie peu aux plus de 60 ans et aux assurés à revenu modeste, qui sont, dans le premier décile de niveau de vie, couverts à près de 80 % par des contrats individuels<sup>401</sup>.

Enfin, la prévoyance recouvre toute une série de garanties diverses : capital décès, rentes d'invalidité, indemnités d'incapacité ou prestations dépendance. L'essentiel de l'activité des mutuelles a toutefois trait à la santé, tandis que les institutions de prévoyance et les assurances ont davantage investi dans la couverture des risques invalidité et vieillesse. Les groupements mutualistes gèrent par ailleurs des « réalisations sociales », qui sont des services de nature

---

<sup>398</sup> : Monique Kerleau, « Le nouveau cadre institutionnel de la protection complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ? », *Revue internationale de l'économie sociale (RECMA)*, Volume 312, n°2, 2009, pp 15-34.

<sup>399</sup> : Fonds CMU, *Rapport d'activité 2010*.

<sup>400</sup> : Marguerite Garnero, Marie-Odile Rattier, « Les contrats les plus souscrits auprès des organismes complémentaires en 2008 », *Études et résultats*, n° 752, 2011.

<sup>401</sup> : Renaud Legal, Denis Raynaud, Guillaume Vidal, sous la direction de : Anne-Marie Brocas, « La prise en charge des dépenses maladie des assurés en fonction du risque constaté », in *Comptes nationaux de la santé 2009*.

diverse : cliniques, pharmacies, centres de vacances, mais leur gestion doit désormais, du fait des réglementations européennes, être séparée de celle des opérations d'assurance.

### **5- Les départements à travers l'aide sociale, un rôle étendu en matière de prestations de solidarité :**

En matière d'aide sociale, le principe est depuis 1983 celui de la décentralisation, avec une responsabilité transférée aux départements. Leurs compétences ont été considérablement étendues dans la période récente, avec la mise en place en 1997 de la prestation spécifique dépendance, puis en 2002 de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA), la décentralisation en 2004 des Fonds d'aide aux jeunes et du RMI, et, à compter du début 2006, la création des maisons départementales des personnes handicapées et de la prestation de compensation du handicap. Les départements se sont vu attribuer une fonction de coordination générale de l'action gérontologique, et la loi de décentralisation de 2004 leur reconnaît un rôle global de chef de file en matière de politiques sociales locales<sup>402</sup>. Ils ont aussi la responsabilité de la protection maternelle et infantile (PMI) et de services d'action sociale, composés de travailleurs sociaux et organisés le plus souvent sur une base territoriale.

Les départements interviennent à la fois dans le domaine de l'aide sociale obligatoire, de l'aide sociale extra-légale et de l'action sociale facultative, ces trois composantes étant de moins en moins faciles à distinguer<sup>403</sup>.

Cette « mainmise » du département sur l'action sociale en fait désormais le gestionnaire d'un pan entier de la protection sociale, incluant des prestations d'ampleur massive comme l'APA et le RSA, mais dont les règles et les barèmes sont établis au niveau national.

Parallèlement à l'aide sociale obligatoire, les départements mènent une action sociale extra-légale ou facultative. Celle-ci se situe d'abord dans le prolongement de l'aide légale, avec un élargissement des barèmes d'accès ou une majoration des montants attribués. Elle s'étend aussi, à titre facultatif, aux

---

<sup>402</sup> : Michel Borgetto et Robert Lafore , « Le droit de l'aide et de l'action sociales à l'épreuve de l'acte II de la décentralisation », *Recherches et prévisions*, n° 87, 2007.

<sup>403</sup> : Élise Clément, « Les dépenses d'aide sociale départementale en 2009 », *Études et résultats*, n° 762 ,2011.



personnes âgées et handicapées, aux familles, à l'éducation et aux transports, et parfois même aux champs de la formation professionnelle ou de la santé<sup>404</sup>.

Cette extension du rôle des départements a pu apparaître comme l'avènement d'un « département-providence » chargé de développer un système spécifique de protection sociale pour les personnes durablement éloignées de l'emploi et de la couverture sociale des actifs. La mise en œuvre du RSA traduit toutefois une réorientation vers l'insertion professionnelle, assortie d'une généralisation de droits et de devoirs communs à l'ensemble des personnes sans emploi. Et le rôle dévolu aux ARS en matière de planification et de régulation de l'offre médico-sociale peut se lire comme un retour de l'État et de l'espace régional, porteur d'incertitudes sur l'avenir de la collectivité départementale<sup>405</sup>.

Les disparités départementales en matière d'aide sociale restent par ailleurs marquées, même si elles ont eu tendance à se réduire : les départements qui ont le potentiel fiscal le plus élevé ont à la fois moins de bénéficiaires à prendre en charge au titre de l'aide sociale et la possibilité d'engager des dépenses plus élevées pour chacun, tandis que d'autres sont confrontés à des situations de pauvreté concernant soit les plus jeunes, soit les plus âgés<sup>406</sup>. Surtout, les dépenses sociales des départements sont tirées par la dynamique de prestations de solidarité qui, comme l'APA, la PCH ou le RSA, dépendent avant tout de règles légales, de la conjoncture économique et du vieillissement de la population et qui, outre les disparités qu'elles induisent, déséquilibrent les finances locales, dans un contexte où les collectivités ont une maîtrise désormais réduite de leur fiscalité.

## **6- Communes, associations et établissements médicosociaux (le secteur de l'action sociale) :**

À côté des départements, les communes ont un rôle substantiel en matière d'action sociale, sur la base d'interventions facultatives, et qu'elles conduisent souvent en partenariat avec les départements, mais aussi avec les caisses

---

<sup>404</sup> : Loïc Aubrée , Hervé Barry , Jean-Noël Baillon, Jocelyn Mauguin, « L'action sociale extralégale et facultative des départements », Études et résultats, n° 537, novembre 2006.

<sup>405</sup> : Robert Lafore, « Les territoires de la protection sociale », Rev. Regards (EN3S), n° 41, 2012, p. 9-25.

<sup>406</sup> : Élise Clément et M Mansuy , « Les dépenses sociales des départements : évolution et disparités spatiales », in *Comptes de la protection sociale en 2009, 2010*.

d'allocations familiales pour le poste principal qu'est l'accueil de la petite enfance<sup>407</sup>. Leurs interventions sociales les plus répandues concernent les personnes âgées, les autres se partageant entre les personnes en difficulté, les enfants et adolescents, et dans une moindre mesure les handicapés. Les petites et moyennes communes ont un champ d'intervention plus limité, principalement en direction des personnes âgées ; elles dispensent à la fois des prestations en nature (bons, repas, vêtements), et des services d'accueil et d'aide-ménagère, les grandes communes attribuant aussi des aides en espèces. D'après les études réalisées pour l'ONPES, les aides locales aux personnes en difficulté sont en général peu cadrées, avec des barèmes souvent inexistantes. Leur montant est généralement faible, avec de fortes disparités. Bien qu'elles ne soient guère conçues en vue d'une cohérence globale, elles apparaissent plutôt complémentaires aux soutiens des organismes sociaux<sup>408</sup>. Les aides versées par les communes de plus de 20 000 habitants sont ainsi majoritairement des dons monétaires spécifiques attribués sous condition de ressources (avec parfois des prêts pour le logement et la formation), dans le souci d'une certaine coordination avec les autres échelons<sup>409</sup>.

Les Centres communaux d'action sociale (CCAS), qui ont en charge d'instruire les demandes d'aide sociale, sont systématiquement associés à la gestion de ces aides, et se voient parfois confier l'ensemble de l'action sociale communale. Les politiques municipales sont toutefois assez différenciées : elles résultent souvent d'une sédimentation historique et de l'entraînement lié à des partenariats, en particulier associatifs, avec, depuis la décentralisation, des « réagencements » permanents<sup>410</sup>.

Les associations constituent à cet égard des partenaires incontournables de l'action sociale, que celle-ci soit nationale, départementale ou locale. Les plus grandes, souvent organisées en fédérations, ont un poids politique et économique important, notamment en matière d'aide à domicile (ADMR), de

---

<sup>407</sup> : Laurent Cytermann, « Communes, intercommunalités et politiques sociales », *Informations sociales*, n°162, 2010.

<sup>408</sup> : Jean-Noel Baillon, Fatima Bellaredj, « Les aides locales en réponse aux situations fragiles », *La lettre de l'observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale (ONPES)*, octobre 2007.

<sup>409</sup> : Anne D'ornano et Yanick L'Horty, « Ce que font les villes pour les ménages pauvres » in Comité d'évaluation du RSA, *Rapport intermédiaire 2010*, janvier 2011.

<sup>410</sup> : Fatima Bellaredj, « L'action sociale des communes de taille moyenne », *Études et résultats*, n° 530, 2011.

politique familiale (UNAF)<sup>411</sup>, de handicap (APF)<sup>412</sup>, (UNAPEL)<sup>413</sup>, de lutte contre l'exclusion et de gestion des établissements médico-sociaux (FNARS)<sup>414</sup>, (UNIOPSS)<sup>415</sup>. Même si l'activité du monde associatif a du mal à être statistiquement cernée, l'INSEE a produit des évaluations relatives à « l'économie sociale », recensant en 2008 environ 29 000 établissements employeurs ayant le statut d'association dans le secteur de l'action sociale, et employant 812 000 salariés<sup>416</sup> ; l'ACOSS dénombrait quant à elle près de 830 000 salariés en 2009 pour les secteurs de l'action sociale et de l'hébergement médicosocial<sup>417</sup>. Ces associations oscillent entre une fonction d'opérateur où, se voyant déléguer une partie de l'action sociale facultative, elles se trouvent « associées au service public » et une fonction de médiation par laquelle elles expriment les attentes de la société<sup>418</sup>.

Parmi elles, certaines gèrent des établissements ou des services sociaux ou médico-sociaux, qui font l'objet de réglementations et de modes de financement spécifiques, avec par exemple, en ce qui concerne les établissements pour personnes âgées, un mode de tarification qui distingue les soins (pris en charge par l'assurance maladie), les coûts liés à la dépendance (couverts par l'APA) et l'hébergement (à la charge des familles ou de l'aide sociale).

D'autres organismes ne sont pas recensés, et l'action sociale apparaît au total, si l'on y ajoute les interventions des caisses de Sécurité sociale, comme un secteur foisonnant dont la coordination territoriale comme sectorielle est devenue un enjeu majeur<sup>419</sup>.

---

<sup>411</sup> : UNAF : Union nationale des associations familiales.

<sup>412</sup> : APF : Association des paralysés de France.

<sup>413</sup> : UNAPEL : Union nationale des associations de parents, de personnes handicapées mentales et de leurs amis.

<sup>414</sup> : FNARS : Fédération nationale des associations d'accueil et de réinsertion sociale.

<sup>415</sup> : UNIOPSS : Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés sanitaires et sociaux.

<sup>416</sup> : Laurent Bisault, « Le tiers secteur : un acteur économique important », *Insee première*, n° 1342, 2011.

<sup>417</sup> : Sandrine Maj, Sophie Rivière, « Les associations en 2009 : un secteur qui résiste à la crise », *ACOSS stat*, n° 121, 2011.

<sup>418</sup> : Robert Lafore, « Le rôle des associations dans la mise en œuvre des politiques d'action sociale », *Informations sociales*, n°162, 2010.

<sup>419</sup> : Pierre Naves, Hervé Defalvard, « *Économie politique de l'action sociale* », Paris, Dunod, 2006, p.

## **Section 02 : *Le régime du contrat administratif.***

Les contrats administratifs sont une des catégories de contrats passés par l'administration. Celle-ci peut, en effet, conclure soit des contrats de droit privé, soit des de droit public ou contrats administratifs. Le choix par l'administration de l'une ou de l'autre des formules n'est pas indifférent, car les contrats administratifs sont soumis à un régime juridique particulier. Il est donc important de déterminé parmi les contrats conclus par l'administration ceux qui sont soumis au droit administratif. Mais il convient, au préalable, de tracer les principes qui gouvernent le recours par l'administration à la technique contractuelle.

### **A. La technique contractuelle et l'administration :**

La technique contractuelle, en droit public comme en droit privé, repose sur un accord de volonté entre deux ou plusieurs parties destiné à produire des effets de droit. Le contrat fait la loi des parties. Il s'impose à elles. Il n'est applicable qu'à elles.

#### **1- Le recours à la technique contractuelle :**

L'administration agit, traditionnellement, par acte unilatéral et non par la voie contractuelle. L'imperium est plus important, en droit administratif, que le consentement. Mais, à l'époque contemporaine, les procédures conventionnelles se sont développées. L'administration touche à tout ne peut plus se contenter d'utiliser l'autorité. Elle doit se faire accepter, négocier.

L'interventionnisme économique est l'un des domaines de prédilection des techniques conventionnelles. Plutôt que de taxer unilatéralement les prix, l'administration conclut avec les professionnels concernés des accords, c'est le régime de la liberté contractuelle des prix. Plutôt que d'obliger les industriels à s'implanter dans une région, la puissance publique conclura avec eux des conventions d'incitation en leur donnant des avantages financiers en compensation de leur installation dans une région défavorisée.

En matière sociale, les conventions sont également nombreuses comme par exemple celles conclus entre les caisses nationales de Sécurité

sociale et les professions médicales pour déterminer les tarifs d'honoraires remboursables par la Sécurité sociale.

Les rapports entre les personnes publiques sont de plus en plus fréquemment, régis par des conventions. Tel est le cas des conventions passées entre l'État et les communes pour réalisation d'objectifs précis (équipements, programmes culturels...).

Le problème principal posé par des recours fréquents à la technique contractuelle concerne la qualification juridique des procédures employées. S'agit-il d'un simple aménagement de l'action unilatérale, ou d'un contrat véritable ?.

## **2- La notion de contrat :**

La notion de contrat est la même en droit privé qu'en droit administratif. Ce qui en fait parfois douter, c'est que l'identification des contrats de l'administration est plus difficile que celle de conventions privées : l'administration a-t-elle vraiment voulu conclure ou s'agit-il d'un simple aménagement d'un acte unilatéral ?

Un contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs parties destiné à produire des effets de droit.

### ***a) Accord de volonté :***

La rencontre des volontés est nécessaire pour qu'il y ait un contrat. Encore faut-il qu'il est eu une réelle volonté de conclure un contrat. Un simple échange de consentements avant l'émission d'un acte unilatéral ne transforme pas cet acte unilatéral en contrat. Une simple déclaration d'intention ne constitue pas non plus un contrat<sup>420</sup>. Dans de tels cas, il s'agit d'une situation distincte des contrats, celle des quasi-contrats.

Cette notion aboutit à conférer une certaine portée juridique et certains effets aux décisions de l'administration qui auraient dû précéder la conclusion formelle d'un contrat lorsque précisément ce contrat n'a pas été conclu en suite. Il s'agit d'une décision unilatérale de l'administration d'accepter l'intervention d'autrui sans que pour autant un contrat vienne confirmer cette décision.

---

<sup>420</sup> : CE, 20 mars 2000, Mayer et Richer, requête n°202295, Inédit au recueil Lebon.

L'administration sollicite, par exemple, un entrepreneur en vue de l'accomplissement d'une tâche déterminée et celui-ci accomplit des études et certains travaux ; les frais engagés ne reposent sur aucun contrat et il peut arriver que l'administration renonce à son projet et ne conclut aucun contrat.<sup>421</sup>

***b) Destiné à produire des effets de droit :***

Pour qu'un accord constitue un contrat, il doit avoir été conclu en vue de produire des effets juridiques. Les simples déclarations d'intention, les promesses vagues ne sont pas des contrats. Ainsi le Conseil d'État<sup>422</sup> décide que l'écriture du ministre des transports à la SNCF qu'il ne ferait pas opposition aux aménagements tarifaires dans la mesure où il viserait l'équilibre financier et resteraient modérés en moyenne, en se bornant à définir les orientations générales qu'il entendait donner à l'exercice de son pouvoir de tutelle, n'a pas renoncé par-là même à apprécier librement dans chaque cas particulier les demandes d'aménagement tarifaires présenté par la SNCF.

**3- Les domaines exclusifs d'une situation contractuelle :**

En droit civil comme en droit administratif, certains domaines sont soustraits au contrat. Le Code civil français dispose dans son article 1128 qu' : « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce, qui puissent être l'objet de conventions »<sup>423</sup>. Les domaines de l'État et de la capacité des personnes sont ainsi hors contrat. En droit administratif, il existe également, des domaines où la puissance publique ne peut négocier des contrats comme :

- L'organisation des services publics, dont elle ne peut renoncer au droit de ça modification<sup>424</sup> .

---

<sup>421</sup> : C'est en se fondant sur la notion d'enrichissement sans cause que l'entrepreneur pourra obtenir le remboursement des frais engagés ou le simple paiement des avantages qu'il a procuré à l'administration. Le conseil d'État admet l'action de *in rem verso* en cas d'enrichissement sans cause.

Voir l'arrêt du 14 avril 1961, Ministre de la reconstruction, Rec, p. 236.

<sup>422</sup> : Dans son arrêt du 15 mars 1974, Entreprise Georges Dobrouchkess, Rec, p.186

<sup>423</sup> : Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, version en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2016.

<sup>424</sup> : par ex : CE, 11 janvier 1961, Barbera, Rec, p.25 : la commission administrative d'un centre hospitalier ne peut pas s'interdire de modifier pendant la durée d'un contrat, sans l'accord d'un chirurgien, l'organisation du service de chirurgie de l'hôpital.

- Les compétences administratives ne peuvent faire l'objet d'un dessaisissement conventionnel.<sup>425</sup>

## **B. La notion de contrat administratif :**

Les contrats de l'administration peuvent être soit des contrats de droit commun, soit des contrats administratifs. Les contrats administratifs relèvent de la compétence du juge administratif. Ils sont soumis à des règles de fond spéciales: un régime exorbitant du droit commun destiné à sauvegarder les intérêts de la puissance publique.

La distinction entre les deux types de contrats repose pour l'essentiel sur des critères jurisprudentiels. Dans quelques cas très rares, la qualification juridique du contrat est donnée par la loi.

### **1- Le critère légal :**

La détermination légale joue tantôt en faveur de la qualification administrative, tantôt en faveur de la qualification judiciaire du contrat.

#### ***a) Contrats administratifs par détermination légale :***

Lorsque le caractère administratif du contrat a été déterminé par la loi, il est impossible aux parties de modifier la nature du contrat, quelles que soient les clauses insérées dans celui-ci. Sont ainsi administratifs par détermination de la loi :

- Les marchés de travaux publics<sup>426</sup>. Lorsqu'un marché présente les caractères d'un marché de travaux publics, la juridiction compétente pour connaître des

---

<sup>425</sup> : Tel est le cas par exemple en matière de police, voir : CE, 17 juin 1932, ville de Castelnaudary, *D.P.*, 1932, III, p. 26

<sup>426</sup> : En vertu de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII soit le 17 février 1800. (Art. 4, al. 3), cependant cet article a été abrogé par l'ordonnance 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code générale de la propriété des personnes publiques.

À première vue il semble que cette abrogation n'aura que des effets limités car, comme le souligne le professeur Chapus, la loi du 28 pluviôse an VIII est "*sans effet sur la compétence, qui serait administrative même si elle n'était pas applicable*" ("*Droit administratif général*", tome 1, 15e édition, Montchrestien 2001, p.833). D'ailleurs, cette abrogation n'a pas empêché le Conseil d'État d'affirmer la permanence de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des dommages de travaux publics (CE, 7 août 2008, *Société anonyme de gestion des eaux de Paris*, requête n°289329, note E. Glaser, *Droit administratif* mai 2009, p.47).

Néanmoins, en pratique, il conviendra d'expliquer aux juridictions notamment judiciaires, habituées à viser directement l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII dans leurs décisions (Cass. Civ. 1ère, 26 juin 2001, *SCI le Magnolia*, n°99-17586; CA Orléans, 10 janvier 2003, RTE, n°RG 01/02017), que la compétence du juge administratif en matière de travaux publics ne découle plus de la loi mais uniquement de la jurisprudence administrative.

litiges nés de son application est la juridiction administrative. Tel est le cas des marchés conclus entre l'administration et des entreprises pour l'exécution de travaux immobiliers d'intérêt général.

- Les contrats d'occupation du domaine public sont administratifs en vertu d'un décret-loi du 17 juin 1938 (devenu l'article L. 84 du Code du domaine). Ce sont ici les tribunaux administratifs qui sont compétents pour connaître « des litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'État, les départements, les communes, les établissements publics ou leurs concessionnaires ».
- Les marchés passés en application du code des marchés publics, en vertu de la loi MURCEF du 11 décembre 2001<sup>427</sup>.
- Les délégations de service public: en application de la loi MURCEF (art 3), une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la

---

L'abrogation de ce "*bloc de droit public et de compétence des juridictions administratives*" (JP Dubois, "Dommages de travaux publics", Répertoire Dalloz contentieux administratif, octobre 2008), qualifiée "*d'accident de codification*" par le commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser (conclusions sur Conseil d'État, 7 août 2008, *Société anonyme de gestion des eaux de Paris*, n°289329, BJCP n° 62, p. 40), semblait être une erreur temporaire (L.Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6e édition, 2008, p. 111). En effet, l'article 48 de la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, précisait que "*le Gouvernement est autorisé à prendre, par ordonnance, les mesures législatives nécessaires pour modifier et compléter les dispositions relatives [...] au contentieux du domaine public et du domaine privé*".

Il découlait donc de cette disposition que le gouvernement était compétent pour modifier par ordonnance le contentieux relatif au domaine public mais pas celui relatif aux travaux publics.

Cette erreur pouvait être corrigée soit par le législateur, à l'occasion de l'examen de la loi ratifiant l'ordonnance, soit par le juge saisi d'un recours en ce sens. Le Tribunal des conflits, dans une décision du 20 octobre 1997 (*Albert*, n°97-03032), après avoir rappelé qu'il appartient au seul législateur "*de fixer les limites de la compétence des juridictions administratives et judiciaire*", a considéré qu'une ordonnance ne peut modifier les règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions en l'absence d'habilitation législative en ce sens (Conclusions de Christine Maugué sur Conseil d'État, 12 juin 1998, *Conseil national de l'ordre des médecins et autres*, n°183528, *Revue de droit sanitaire et social* 1999, p.527).

Cependant, l'article 138-I-18° de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, qui dispose que "*sont ratifiées [...] l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques*", valide cette abrogation et empêche, du même coup, que sa régularité soit "*susceptible d'être discutée par la voie contentieuse*" (CE, 8 décembre 2000, *Gouvernement de la Polynésie Française*, n°201816).

Cette abrogation, qui a gommé l'erreur de plume fondatrice du droit administratif (Gilles J Guglielmi, « L'article 4 de la loi, une erreur de plume, fondement du droit administratif ?, La loi du 28 pluviôse an VIII deux cents ans après: survivance ou pérennité ? », Paris, PUF, 2000, p. 199-215) et donc la base législative de la compétence du juge administratif (Jean-Bernard Auby, "La faible densité de la notion de travail public", *Droit administratif*, n°5 mai 2009, 48<sup>e</sup> année, p. 3), en plus de refléter l'approximation et la précipitation avec laquelle certains textes sont élaborés, jette le flou sur une règle de compétence qui était pourtant solidement ancrée dans le droit administratif.

<sup>427</sup> : Qui englobe aussi bien les marchés pour lesquels le code des marchés publics impose une procédure particulière que les marchés qui sont conclus sans formalités préalables mais qui entrent dans le champ d'application du code (Avis du CE, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*).



responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

- Sont encore administratifs: les contrats d'emprunt public (lois du 17 juill. 1790 et du 26 sept. 1793), les baux des sources minérales (arrêté consulaire du 3 floréal de l'an VIII), les contrats d'engagement militaire (loi du 31 mars 1928 modifiée).

### ***b) Contrats de droit commun par détermination légale :***

Certains contrats sont privés en vertu de dispositions légales. Il en est ainsi, notamment, des contrats d'affermage des taxes communales en vertu de l'article 136 du décret du 17 mai 1809, des contrats relatifs à l'ordinaire des corps de troupe en vertu du décret du 22 avril 1905, des contrats relatifs à l'admission des personnes non indigentes dans les hôpitaux en vertu de l'article L. 680 du Code de la santé publique, des contrats destinés à éviter les réquisitions en vertu de la loi du 11 juillet 1938.

La loi du 2 juillet 1990, dans son article 25, qualifie les contrats conclus entre La Poste ou France Télécom et leurs usagers de contrats de droit commun, "à l'exception de ceux qui relèvent par leur nature de la juridiction administrative" (art. 23).

## **2- Le critère jurisprudentiel :**

La qualification jurisprudentielle ne joue que lorsqu'il n'y a pas de détermination légale, ce qui s'avère largement utile, malgré la multiplication des textes. Après avoir hésité entre le critère du service public<sup>428</sup> et le critère des clauses exorbitantes du droit commun<sup>429</sup>, la jurisprudence semble

---

<sup>428</sup> : CE, 14 mars 1910, Théron, requête n° 29373, Publié au recueil Lebon, p. 193

Résumé : «Un marché, passé entre une ville et un particulier, ayant pour objet la capture et la mise en fourrière des chiens errants, ainsi que l'enlèvement des bêtes mortes constitue-t-il un contrat devant être assimilé à un marché de travaux publics ? - Rés. nég. - En conséquence, le conseil de préfecture n'est pas compétent pour connaître d'une demande en résiliation dudit marché. Cette demande rentre-t-elle dans la compétence du Conseil d'État, en tant que juge de droit commun du contentieux administratif ? - Rés. aff. - Il s'agit, en effet, d'un contrat conclu en vue d'assurer un service public. »

<sup>429</sup> : CE, 31 juillet 1912, société des garantis porphyroïdes des Vosges, requête n°30701, Publié au recueil Lebon, p. 909.

Texte intégral : « REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour la société des Granits porphyroïdes des Vosges dont le siège social est ..., représentée par ses directeur et administrateurs en exercice, ladite requête et ledit mémoire enregistrés au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État les 22 janvier et 11 mars 1908 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision du 20 novembre 1907 et en tant que de besoin une décision précédente du 1er juin de la même année, par lesquelles le maire de la ville de Lille a appliqué à la société exposante les pénalités prévues,

s'être stabilisée depuis 1956<sup>430</sup> : est un contrat administratif le contrat passé par une personne publique et comportant des clauses exorbitantes, soit la participation à l'exécution même du service public, ou soumis à un régime exorbitant. On qualifie ce type de contrat de « contrat administratif par nature ».

**a) La condition nécessaire « l'intervention d'une personne publique » :**

- La présence d'une personne publique :

Pour que le contrat soit administratif, il faut que l'un des contractants au moins ait la qualité de personne publique (État, collectivité territoriale, établissement public, groupement d'intérêt public). Un contrat passé entre deux personnes privées ne peut être administratif. La condition de la participation d'une personne publique est une condition nécessaire pour qu'un contrat ait une nature administrative.

Les contrats conclus entre des personnes privées ne peuvent être des Contrats administratifs. Ainsi les contrats conclus entre concessionnaires de service public et fournisseurs<sup>431</sup> ou ceux conclus entre entrepreneurs et tiers<sup>432</sup> sont des contrats privés. Il en va de même pour ceux passés par des entreprises publiques ayant le statut de sociétés<sup>433</sup> ou des établissements publics industriels et commerciaux<sup>434</sup> et ceci même si ces contrats comportent des clauses exorbitantes du droit commun<sup>435</sup>.

---

en cas de retard dans les livraisons, au marché passé entre la société et la ville de Lille pour la fourniture de pavés ;  
Vu la loi du 5 avril 1884 ;

Considérant que la réclamation de la Société des granits porphyroïdes des Vosges tend à obtenir le paiement d'une somme de 3.436 francs 20, qui a été retenue à titre de pénalité par la ville de Lille, sur le montant du prix d'une fourniture de pavés, en raison de retards dans les livraisons ;

Considérant que le marché passé entre la ville et la société, était exclusif de tous travaux à exécuter par la société et avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ; qu'ainsi ladite demande soulève une contestation dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître ; que, par suite, la requête de la société n'est pas recevable ;

DECIDE : Article 1er : La requête susvisée de la Société des Granits porphyroïdes des Vosges est rejetée. Article 2 :

Les dépens sont mis à la charge de la Société des Granits porphyroïdes des Vosges. Article 3 : Expédition de la présente décision sera transmise au Ministre de l'Intérieur. »

<sup>430</sup> : CE, 20 avril 1956, Époux Bertin et Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard, requête n° 33961, publié au recueil Lebon, p. 167 et 168.

<sup>431</sup> : CE, 15 décembre 1971, Commoy, requête n°78469, publié au recueil Lebon, p. 773 ; TC, 17 déc. 2001, n° C3273, Société Rue impériale de Lyon c/ Société Lyon Parc Auto).

<sup>432</sup> : CE, 13 juin 1964, Caisse franco-néerlandaise de cautionnement, publié au recueil Lebon, p. 331

<sup>433</sup> : Voir pour les sociétés d'économie mixte : CE, 10 nov 1972, Société des grands travaux alpins, AJDA, 1973, p. 47, note Moderne.

<sup>434</sup> : TC, 4 mars 2002, SCI La Valdaine et SCI du Beal c/ SNCF et Réseau Ferré de France.

Cette jurisprudence s'appuie sur la qualité de la personne morale publique ou privée qui gère l'entreprise publique et non sur l'unité économique des entreprises publiques. Ainsi une entreprise publique organisée sous forme d'établissement public peut passer des contrats administratifs, une entreprise publique organisée sous forme de société ne le peut pas. Un contrat passé entre une société anonyme (ayant une mission d'intérêt général conférée par la loi) la CNR, et EDF établissement public industriel et commercial, a le caractère de contrat administratif en tant qu'il est relatif à la coordination de leurs missions respectives de service public<sup>436</sup>. Ainsi, les conventions passées par les caisses régionales de sécurité sociale qui sont des organismes de droit privé avec les syndicats de praticiens sont des contrats de droit privé<sup>437</sup> alors que constituent des contrats administratifs les contrats passés par les caisses nationales qui sont des établissements publics<sup>438</sup>. Les contrats d'engagement de personnels de service public administratif par des organismes de droit privé constituent des contrats de droit privé<sup>439</sup>. En matière d'intervention économique où les personnes publiques agissent souvent en se « déguisant » sous forme de personnes privées, les contrats sont de droit privé<sup>440</sup>. Des personnes privées peuvent ainsi émettre des actes administratifs unilatéraux mais non conclure des contrats administratifs.

---

<sup>435</sup> : TC, 26 mars 1990, Ass. nationale pour la formation professionnelle des adultes c/ Mme Vve Arend et autres, RDP, 1991, p. 278-279.

<sup>436</sup> :TC, 16 janv. 1995, Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris, Compagnie nationale du Rhône c/ EDF,C.JEG, 1995, p. 259, concl. Martin.

<sup>437</sup> : CE, 13 déc. 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord c/ Merlin, D, 1964, p. 55, concl. Braibant.

<sup>438</sup> : CE, 18 octobre 1974, Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux, AJ, 1974, p. 535, chr. Frane et Boyon).

<sup>439</sup> : CE, 19 juin 1996, Syndicat Général CGT des affaires culturelles, requête n°141728 et 145043, Publié au recueil Lebon.

Résumé : « L'association pour les fouilles archéologiques nationales, régie par la loi du 1er juillet 1901, est une personne morale de droit privé. Il suit de là qu'alors même qu'elle concourt à l'exécution d'un service public de l'État, et quelles que soient ses modalités de financement, ses rapports avec les agents qu'elle recrute pour son compte ne peuvent être que des rapports de droit privé. Par suite, le ministre de la culture était tenu de rejeter la demande du syndicat requérant, tendant à ce que l'État assimile les agents de l'association à des agents de droit public et prenne à cet effet les mesures réglementaires appropriées ».

<sup>440</sup> : CE, 3 mars 1969, Société Interlait, AJDA, 1969, p. 307.

## Les exceptions à ce principe :

- **Le cas classique de la représentation:**

**Le mandat :** Un contrat entre deux personnes privées peut être administratif si l'une d'entre elles agit en vertu d'un mandat au nom d'une personne publique au sens de l'article 1984 du Code civil<sup>441</sup>.

**L'extension :** L'hypothèse classique de la représentation a été renouvelé par une jurisprudence de 1975<sup>442</sup> dans laquelle le juge administratif indique que les marchés passés par des concessionnaires de service public ou de travaux publics, qui agissent non pas pour leur propre compte mais pour le compte de collectivités publiques, ont le caractère de contrats administratifs «mandat administratif ». Le juge n'exige donc pas de mandat express car il suffit que la personne privée tienne de la loi, d'un règlement ou d'une convention compétence pour accepter des droits et assumer des obligations qui entreront dans le patrimoine de la personne pour le compte de laquelle il agit<sup>443</sup>. La jurisprudence judiciaire s'inspire des mêmes principes. Dans le même esprit, il a été jugé que des marchés passés par une société privée avec une autre société privée, pour la construction d'une centrale nucléaire, sont des marchés de travaux publics, car considérés comme conclus pour le compte d'EDF<sup>444</sup>. Cette jurisprudence est limitée aux contrats portant sur les grands travaux publics routiers effectués par des entreprises privées<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> : CE, 30 janv. 1931, Société Brossette, Rec., p.213; CE, 18 déc. 1936, Prade, Rec., p. 1124.

<sup>442</sup> : CE, 30 mai 1975, Société de la région montpelliéraine, Rec., p. 326.

<sup>443</sup> : CE, 18 juin 1976, Dame Culard, requête n° 96762, Publié au recueil Lebon, concl. Gilbert Guillaume

<sup>444</sup> : TC, 10 mai 1993, Sté. Wanner, Isofi Isolation et Sté. Nersa, Dr. adm., 1993, p. 349; TC, 25 janv. 1996, CAA de Lyon, Sté. Bouygues SA, AJDA, 1996, p. 192 solution contraire.

<sup>445</sup> : CE, 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, requête n°79532 Publié au recueil Lebon, p.69, concl. E Guillaume.

Résumé : « Par convention du 5 avril 1971, l'État a concédé à la Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (A.R.E.A.) la construction et l'exploitation des autoroutes A 41 (Grenoble-Scientrier), A 43 (Lyon-Chambéry et Montmélian-Pont-Royal) et A 49 (Grenoble-Valence). Pour la réalisation des travaux de construction de la section de l'autoroute A 41 comprise entre Pontcharra et Scientrier, la société A.R.E.A. a passé le 31 mars 1977, un marché avec le groupement d'entreprises "Isère-Savoie-Autoroute" (I.S.A.). La construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État. Elle est traditionnellement exécutée en régie directe. Par suite, les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public. Il doit en être de même pour le marché litigieux conclu par le concessionnaire, agissant en pareil cas pour le compte de l'État et comme maître de l'ouvrage, et le groupement I.S.A. quel que soit le statut du concessionnaire. Le contentieux survenu ressortit dès lors à la compétence de la juridiction administrative. Aux termes de l'article 17 du cahier des clauses administratives particulières au marché passé entre la société des autoroutes de la région Rhône-Alpes et le groupement I.S.A. "les différends qui pourront se produire entre les parties pour l'application du présent contrat feront obligatoirement l'objet, avant tout règlement contentieux, d'une

- **La jurisprudence Société Entreprise Peyrot :**

Cette Jurisprudence<sup>446</sup> a admis que les marchés de travaux conclus avec les entrepreneurs par les sociétés d'économie mixte concessionnaires de la construction et de l'exploitation des autoroutes ont le caractère de contrats administratifs en raison de leur appartenance "par nature " à l'État. Il n'y a pas de mandat, fût-il implicite, dans cette hypothèse. Alors que dans le mandat, le juge s'intéresse principalement aux liens qui unissent la collectivité publique et la personne privée, en revanche, dans la jurisprudence Entreprise Peyrot, c'est le critère matériel (l'objet du contrat qui appartient "par nature " à l'État) qui est déterminant.

Les limites de cette jurisprudence « Entreprise Peyrot. », se manifestent dès lors que les sociétés d'économie mixte agissent en pleine autonomie, car là elle ne peuvent conclure des contrats administratifs<sup>447</sup>.

- Le cas des contrats passés entre deux personnes publiques :

Les contrats passés entre deux personnes publiques forment une catégorie particulière de contrats administratifs. En vertu d'un arrêt du Tribunal des conflits du 21 mars 1983 « un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif ». La présomption du caractère administratif de tels contrats s'explique parce qu'ils se situent à la rencontre de deux gestions publiques<sup>448</sup>.

Cette présomption ne se trouve renversée que lorsque le contrat a pour but d'assurer à une des personnes publiques les prestations d'un service public à caractère industriel et commercial assuré par l'autre et lorsque le contrat « ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé »<sup>449</sup>, ou s'il concerne

---

tentative de conciliation. Faute d'arriver à un accord, le différend sera soumis à l'arbitrage ...". Aux termes de l'article 2061 du code civil "la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi". Aucune disposition législative n'autorise les signataires d'un marché de travaux publics à inclure une telle clause dans ce marché. Il suit de là que les stipulations précitées de l'article 17 du marché passé par la société A.R.E.A. avec le groupement d'entreprises I.S.A. sont illégales. Par voie de conséquence, la sentence arbitrale du 17 avril 1986, rendue en application de l'article 17 est dépourvue de base légale. Dès lors, la société A.R.E.A. est fondée à en demander l'annulation. »

<sup>446</sup> : TC, 08 juill. 1963, Rec., p. 787, D, 1963, p. 534, concl. Lasry, note Josse.

<sup>447</sup> : par ex : CE, 10 nov. 1972, Société des Grands Travaux alpins, AJDA, 1973, p. 47, note Moderne.

<sup>448</sup> : TC, 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris, Rec., p. 537, AJDA, 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; D, 1984, 33, note J.-B. Auby et H.G. Hubrecht voir aussi cass. Civ. 1, 16 mars 1999, Chambre de Commerce et d'Industrie de Valence et de la Drôme.

<sup>449</sup> : TC, 11 mai 1990, Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-À-Mousson, JCP, 1990.IV. p. 221 ; cependant Pour une référence à "l'exécution même du service public " (du logement des étudiants), c'est-à-dire comme il l'aurait fait pour un contrat passé entre une personne publique et une personne privée :TC, 7 oct. 1991, CROUS de l'Académie de Nancy-Metz, Rec., p.472.

la gestion du domaine privé de l'une d'entre elles, par exemple des relations strictement commerciales<sup>450</sup>.

On appelle contrats "in house" les contrats conclus avec des cocontractants "contrôlés" par la personne publique<sup>451</sup>.

### ***b) La condition alternative: service public ou clauses exorbitantes***

Un contrat dans lequel est intervenue une personne publique n'est administratif que s'il est lié à l'exécution du service public ou s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun.

- Le contrat lié à l'exécution du service public :

Le contrat administratif est un contrat lié à l'exécution du service public. À l'origine, seul le contrat confiant aux intéressés l'exécution d'un service public est un contrat administratif. Ainsi dans l'arrêt principe époux Bertin<sup>452</sup>, le Conseil d'État décide que lorsqu'un contrat a pour objet de confier aux intéressés l'exécution même du service public "cette circonstance suffit à elle seule à imprimer au contrat dont s'agit le caractère d'un contrat administratif". Mais, la jurisprudence ultérieure a été plus extensive, une relation étroite avec l'exécution du service public suffit pour rendre le contrat administratif. Le contrat administratif n'est plus seulement celui qui confie au cocontractant le soin de faire fonctionner le service, il suffit désormais d'une "relation directe et suffisamment précise et étroite"<sup>453</sup> avec le service public. Par exemple, des conventions associant étroitement une société à l'exécution d'un service public municipal, sont administratives<sup>454</sup>. L'objet de conventions entre une commune et une SEM locale pour l'édition et la diffusion d'un journal communal relève d'une mission de service public qui leur confère un caractère administratif<sup>455</sup>. Sont ainsi considérés comme remplissant cette condition:

---

<sup>450</sup> : TC, 3 nov. 2003, UGAP, AJDA 2003, p. 2323, note J.-D. Dreyfus.

<sup>451</sup> : Sur certaines des conséquences induites: CE, 5 mars 2003, Union nationale des services publics industriels et commerciaux, requête n°233372, Publié au recueil Lebon.

<sup>452</sup> : CE, 20 avr. 1956, Bertin et Ministre de l'Agriculture, Rec., p. 167 et 168.

<sup>453</sup> : André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, « Traité des contrats administratifs », Tome 2, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd, 1984.

<sup>454</sup> : CE, 7 juillet 1992, CAA de Paris et SA La Campinoise, Rec., p. 562.

<sup>455</sup> : CE, 10 juillet 1996, M. Coisne, RFDA, n°2, 1996, p. 1037.

- Les contrats confiant au cocontractant la gestion du service public — Tel était le cas dans l'affaire époux Bertin (CE, 20 avr. 1956) l'administration avait confié à des particuliers par un contrat verbal un service public d'hébergement de réfugiés soviétiques à la Libération. Tel est également le cas notamment des contrats de concession de service public.
- Les contrats des personnels de service public administratif — Les personnels devaient à l'origine participer directement à l'exécution d'un service public administratif pour avoir un statut administratif et être soumis au contrat administratif<sup>456</sup>. Cette jurisprudence complexe à mettre en œuvre a fait l'objet d'un revirement. Le Tribunal des conflits a finalement consacré le principe selon lequel « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi » . Le statut des agents des services publics administratifs est désormais unifié, dans le sens d'une extension du champ du droit public, des contrats administratifs<sup>457</sup>. Les juridictions suprêmes ont immédiatement confirmé cette solution<sup>458</sup>. Cette jurisprudence s'applique tant qu'aucune loi contraire ne vient la contredire, ce qui est le cas concernant les contrats emploi-jeune ou emploi-solidarité<sup>459</sup>.
- Les contrats ayant pour objet l'exécution du service public.— Même lorsque le contractant n'a pas la gestion du service public, ou n'est pas un agent public, le contrat peut-être administratif s'il a pour objet l'exécution du service public et permet à l'administration de mieux assurer la mission qui lui est confiée, notamment en matière d'interventionnisme économique. Ainsi, sont considérés comme des contrats administratifs des contrats de prêts consentis par le Crédit public Foncier de France à des rapatriés pour le compte de l'État, ces contrats « ayant pour objet l'exécution même du service public d'aide aux Français rapatriés »<sup>460</sup> ou le contrat entre l'ONIC et une société de meunerie

---

<sup>456</sup> : CE, 4 juin 1954, Vingtain et Affortit, Rec., p.342, concl. Chardeau ; l'agent devait participer au fonctionnement du service public. Une simple collaboration était insuffisante; voir aussi : TC, 25 novembre 1963, Dame veuve Mazerand, Rec., p.792.

<sup>457</sup> : TC, 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes Berkani, AJDA, 1996, p. 355, chr. Stahi et Chauvaux.

<sup>458</sup> : CE, 26 juin 1996, Commune de Céreste; et Cour de cassation, 18 juin 1996, Gonin, DA, 1996, n° 536.

<sup>459</sup> : TC, 3 juillet 2000, Franchini ; TC, 17 novembre 2001, Mme Silve , TC. 01 juillet 2002, Reynier.

qu'il charge d'assurer " l'exécution même" d'un service public d'aide alimentaire à l'Égypte<sup>461</sup>, encore le contrat passé par une région avec un navigateur participant à la promotion de son image<sup>462</sup>, ou le contrat accordant une aide financière à une entreprise en difficulté<sup>463</sup>.

Mais des travaux qui n'ont pas pour objet même un service public (d'enseignement), et qui n'en constituent qu'un moyen pour le dispenser, ne font pas participer le cocontractant à l'exécution du service public<sup>464</sup>. En revanche, un contrat d'engagement d'un chanteur pour des représentations au théâtre municipal, géré par la municipalité au titre de service public, est un contrat administratif<sup>465</sup>, comme le contrat qui confie à une société privée la prospection de la publicité pour un bulletin municipal qu'elle fabrique<sup>466</sup>. Tout le problème est ici de savoir la relation entre le contrat et le service public.

- La présence de clauses exorbitantes du droit commun :
- Lorsqu'une personne publique passe un contrat, celui-ci est réputés administratif, même s'il n'est pas lié à l'exécution du service public, des lors qu'il contient une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun. C'est un arrêt du 31 juillet 1912<sup>467</sup> qui est à l'origine de la théorie des clauses exorbitantes. Dans cette affaire, le Conseil d'État a estimé que le contrat conclu par la ville de Lille pour la fourniture de pavés n'est pas un contrat administratif. Il est en effet établi " selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers", Par contre, même si les relations entre un SPIC (l'assurance-crédit des opérations commerciale) et les usagers comportent des clauses exorbitantes du droit commun, la juridiction judiciaire reste compétente<sup>468</sup>. Le choix d'insérer ou non une clause exorbitante du droit

---

<sup>460</sup> : CE, 18 juin 1976, Dame Culard, AJDA, 1976, p. 579, note Durupty; v.dans le même sens : CE, 26 juin 1974, Société La Maison des isolants de France, RDP. 1974, p. 1486, note J.-M. Auby.

<sup>461</sup> : TC, 28 septembre 1998, Sté. des grands moulins italiens de Venise.

<sup>462</sup> : Région Haute-Normandie et Paul Vatine: TC, 22 janvier 2001, Préfet de Seine-maritime.

<sup>463</sup> : TC, 23 oct. 2000, Matoise Préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur.

<sup>464</sup> : TA de Lyon, 25 mars 1993, Peruzaro, Marchés publics, nov. 1993, n° 277, p. 37, concl. Levasseur.

<sup>465</sup> : TC, 22 nov. 1993, Martinucci c/ Ville de Toulouse, AJDA, 1994, p. 167.

<sup>466</sup> : TC, 24 juin 1900, Préfet de l'Essonne.

<sup>467</sup> : CE, 31 juillet 1912, Sté des granits porphyroïdes des Vosges, requête n°30701, Publié au recueil Lebon, p. 909.

<sup>468</sup> : Cass. civ., 18 nov. 1992, Soc. OTH International, JCP, 1993, éd. G, IV, n° 234, Bull. civ., n° 279.



privé permet, dans une certaine mesure, aux parties de choisir la nature juridique du contrat qui les lie<sup>469</sup>.

La clause exorbitante peut être:

Une clause illicite en droit privé. Il s'agit dans ce cas de clauses comportant des obligations qui ne sont pas susceptibles d'être librement consenties dans le cadre des lois civiles et commerciales<sup>470</sup>, ou stipulant des obligations ne pouvant, par nature, figurer dans un contrat analogue de droit privé<sup>471</sup>. Tel est le cas, par exemple, d'une clause prévoyant le recouvrement de la créance de la personne publique par voie d'état exécutoire<sup>472</sup>.

Une clause accordant des pouvoirs importants à l'administration pour lui permettre d'assurer la défense de l'intérêt général. Tel est le cas de clauses imposant au cocontractant des obligations au profit du public: ainsi la location par la ville de Cannes du casino municipal avec engagement de nous donner que des spectacles de haute tenue artistique et morale<sup>473</sup>; ou la présence de clauses résolutoires dans un contrat, un acte de cession à titre gratuit d'un terrain appartenant au domaine privé de l'État<sup>474</sup>.

Des clauses inspirées par des considérations de police et d'ordre public sont des clauses exorbitantes. Ainsi la clause par laquelle l'administration se réserve le droit d'exiger à son gré sans qu'elle est à fournir de motifs et sans que sa responsabilité se trouve engagée, le renvoi de toute personne attachée à un établissement est une clause exorbitante qui repose "sur des motifs de police, d'ordre et de moralité"<sup>475</sup>. Ou une clause qui comporte des contrôles particuliers, par exemple qui

---

<sup>469</sup> : TC, 5 juillet 1999, Commune de Sauve c/ Société Gestetner.

<sup>470</sup> : CE, 15 février 1935, Société française de constructions mécaniques, Rec., p. 201.

<sup>471</sup> : CCass. civ., 18 nov. 1992, Commune de Pantin, JCP, 1992, éd. G, IV, n° 235, Bull. civ., 1, n° 286.

<sup>472</sup> : TC, 27 juillet 1950, Peulaboef, Rec., p.668.

<sup>473</sup> : CE, 28 mai 1962, Société immobilière et thermale pour le développement des stations françaises, Rec., p. 818.

<sup>474</sup> : CAA de Paris, 29 sept. 1995, Domput, Rec., p. 893: clauses exorbitantes en raison " tant de leur objet d'intérêt général que de leur contenu" ; TC, 22 octobre 2001, Société BNP Paribas c/ UGAP.

<sup>475</sup> : TC, 20 avril 1959, Société nouvelle d'exploitation des plages piscines et patinoires, Rec., p.866.

oblige le cocontractant à communiquer à l'administration à première demande ses documents comptables<sup>476</sup> une clause mettant à la charge du cocontractant une indemnité forfaitaire en contrepartie de sujétions de police<sup>477</sup>.

Mais, n'a pas été considérée comme exorbitante de droit commun la clause conférant à une personne publique la faculté de résilier le contrat de plein droit, sans mise en demeure préalable, en cas de manquement du cocontractant à l'une de ses obligations<sup>478</sup>.

Notons qu'une clause qui confère un pouvoir de résiliation unilatérale n'est pas nécessairement exorbitante<sup>479</sup>. Un contrat de louage d'ouvrage passé entre l'État et une société de droit privé, dépourvu de clauses exorbitantes, est un contrat de droit privé. Ainsi, l'action en garantie intentée par cette société et son assureur relève de la compétence judiciaire<sup>480</sup>.

Le plus souvent, la jurisprudence, plutôt que de se référer à une clause précise, apprécie " le climat général du contrat<sup>481</sup>".

- La notion traditionnelle de clause exorbitante est, à l'heure actuelle, relayée dans la jurisprudence par un autre concept, celui de régime exorbitant. Le contrat est administratif alors même qu'aucune clause exorbitante ne s'y trouve dès lors qu'il se situe dans un " environnement réglementaire" exorbitant. Il s'agit alors plus d'une ambiance de droit public que d'une clause exorbitante<sup>482</sup>.

---

<sup>476</sup> : TC, 22 juin 1998, Miglierina.

<sup>477</sup> : Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 mars 2000, Société du Pont-Neuf.

<sup>478</sup> : Cass. Civ. I, 8 nov. 1989, Commune de Thumières c/ Sté. Telinor, D, 1990, SC, p. 331.

<sup>479</sup> : CE, 12 décembre 2003, Commune du Lamentin, requête n° 256561, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

**Résumé** : « Il appartient aux tribunaux judiciaires de connaître d'une requête tendant à l'expulsion d'un occupant sans titre d'immeubles relevant du domaine privé d'une commune, à moins que le contrat relatif à l'occupation de ces immeubles puisse, en raison d'une clause exorbitante du droit commun, être qualifié de contrat de droit public. S'il résulte des termes de la convention litigieuse que celle-ci prévoyait, au profit de la personne publique contractante, un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat même en l'absence de tout manquement du titulaire de ce dernier à ses obligations contractuelles, le juge des référés a pu, eu égard aux caractéristiques de ce contrat et, en particulier, au caractère gratuit et précaire de la mise à disposition de ces locaux par la commune, estimer, sans commettre d'erreur de droit, que celui-ci ne contenait aucune clause exorbitante du droit commun. »

<sup>480</sup> : TC, 11 oct. 1993, Soc. Centrale sidérurgique de Richemont c/ Agent jud. Trésor, AJDA, 1994, p. 246, obs. Marchesson, et Dr. Adm., 1994, comm., p. 30.

<sup>481</sup> : CE, 10 mai 1963, Société coopérative de production La Prospérité fermière, RDP, 1963, p. 597, Concl. Braibant.

***c) Le cas des contrats passés par les services publics industriels et commerciaux :***

Les contrats passés par des services publics industriels et commerciaux peuvent constituer des contrats administratifs. Tel est le cas des contrats passés par l'Office national des céréales pour l'exécution d'un service public industriel et commercial<sup>483</sup>. Il en va de même des cas des contrats passés par un établissement public industriel et commercial constituant une entreprise publique comme EDF<sup>484</sup>.

Les contrats des services publics industriels et commerciaux peuvent constituer des contrats administratifs aussi bien au titre du critère des clauses exorbitantes qu'à celui de la participation du service public.

Comme l'affirme le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'affaire Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant « Confier à un tiers l'exécution même du service, fût-il industriel et commercial, c'est l'associer de manière trop étroite à la mission de la collectivité publique pour qu'un tel contrat puisse relever des relations ordinaires avec les particuliers ».

Des exceptions existent à cette soumission des contrats des services publics industriels et commerciaux au régime des contrats des services publics administratifs :

- Les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux avec leurs usagers sont des contrats de droit privé même s'ils comportent des clauses exorbitantes du droit commun<sup>485</sup>.
- Les contrats passés avec le personnel, même s'ils comportent participation à l'exécution du service public sont des contrats de droit privé sauf s'ils concernent l'agent chargé de la direction de l'ensemble du service ou l'agent comptable<sup>486</sup>.

---

<sup>482</sup> : CE, 19 janv. 1973, Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant, Rec., p. 48.

<sup>483</sup> : TC, 14 mars 1960, Sté coopérative agricole de stockage et Sté Vaudroy-Jaspar, AJDA, 1961, p. 89, note A. de Laubadère.

<sup>484</sup> : CE, 19 janv. 1973, Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant, AJDA, 1973, 358 JCP, 1974.11.17629, note Pellet.

<sup>485</sup> : CE, 13 oct. 1961 Établissements Campanon-Rey, AJDA, 1962, p. 98, concl. Heumann, note A. de Laubadère ; pour un service de distribution d'eau : TC, 19 févr. 1990, M. Thomas c/ Commune de Francazal, RDP, 1991, p. 279-280.

<sup>486</sup> : CE, 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec., p.158.

### **C. La dimension économique du contrat administratif (selon le facteur de risques dégagé par la jurisprudence du Conseil d'État):**

Le droit du contrat administratif ne recourt pas au lexique de la science économique. La syntaxe du droit administratif lui est spécifique : plus particulièrement, le risque dans le langage du droit répond à des questions que le contentieux du contrat pose au juge administratif. Cela est manifeste dans un arrêt de 1996 à l'occasion duquel le Conseil d'État, implicitement mais nécessairement, a étroitement associé le risque à la distinction opérée entre marchés publics et conventions de délégation de service public<sup>487</sup>.

Une rémunération assise substantiellement sur les résultats de l'exploitation est présumée traduire un transfert du risque d'exploitation. Si ce transfert du risque est significatif ou substantiel, alors il est indéniable que le risque de gestion du service sous-tend le critère de la rémunération de la délégation de service public.

Toutefois, la définition jurisprudentielle du risque d'exploitation, entendu comme critère distinctif de la délégation de service public, ne rend compte ni de la diversité des risques, ni des modalités de partage effectives de leur mise en œuvre dans les contrats, qu'elles résultent des clauses contractuelles ou de la théorie générale du contrat administratif. Le diagnostic de ces limites, déjà établi<sup>488</sup>, a été reconduit et confirmé par une enquête récente menée sur le choix du mode de gestion du service public local. La synthèse qui en a été livrée conclut qu'au sein du *continuum* rémunération/équilibre financier/risque, la relation entre rémunération du cocontractant et équilibre financier de l'exploitation ne se vérifie pas plus que celle qui unit rémunération du cocontractant et risque d'exploitation<sup>489</sup>.

De fait, le critère du risque n'autorise pas à discriminer avec rigueur entre les différents montages contractuels. Certains d'entre eux, pour ne prendre qu'un exemple, consacrent une rémunération qui dépend des résultats de l'exploitation sans pour autant qu'un risque quelconque ne pèse sur le partenaire

---

<sup>487</sup> : Laurent Vidal, « Le juge administratif, l'économie et le contrat », *RFDA*, n° 6, 1999, p. 1147 et s.

<sup>488</sup> : Laurent Vidal, « *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative* », Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 1114 et suivant.

<sup>489</sup> : Jean Claude Douence, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public*, Paris, Dalloz, 2004, p. 501 et suivant.

de la puissance publique. La liaison entre risque et résultat d'exploitation est souvent plus complexe et ne saurait être résumée à la formule retenue pour le critère de la rémunération. Confronté à la complexité de ces relations ainsi qu'à la complexité de la définition substantielle du risque, le juge administratif a choisi d'adosser le critère du risque à l'équilibre financier du contrat : c'est la structure de l'équilibre financier du contrat qui, après examen, doit permettre de dire si, effectivement, l'entrepreneur assume un risque. Théoriquement, elle autorise alors l'exégète à qualifier la convention de délégation de service public. Reste que cet adossement du risque à l'équilibre financier ne va pas lui-même sans poser de nouvelles questions. Ainsi la mesure du risque effectuée par le Conseil d'État paraît-elle quelque peu restrictive. Une perspective davantage « analytique » et réaliste commanderait que le juge s'interroge, outre sur l'existence d'un risque, sur sa nature, son ampleur, son influence sur l'économie financière de la convention et, si possible, sur les probabilités de sa réalisation, sur le degré d'aversion de la personne cocontractante pour le risque et sur les moyens dont elle dispose. Ces interrogations, menées de front, dispenseraient le juge de fixer un pourcentage pas trop aléatoire en y substituant des instruments de diagnostic plus fiables. Cette démarche revient pour l'essentiel, d'une part, à s'interroger sur la structure de l'équilibre financier – qui en définitive constitue le terreau dans lequel, ou bien le risque se développera, ou bien sera contenu et encadré par les dispositions financières –, et, d'autre part, à en tirer les conséquences. Jusqu'à présent, le Conseil d'État se refuse de se prêter à cette démarche<sup>490</sup>.

En effet, si le risque est effectivement évalué à partir de l'équilibre financier du contrat qui en constitue le socle, encore faut-il réunir suffisamment d'éléments pour le jauger, et pour ce faire, accepter d'entrer dans les détails de cet équilibre afin d'en entrevoir les composantes. Celles-ci déterminent à leur tour, par leur nature et leur agencement, l'existence d'un risque. Mais ce dernier peut être mesuré avec beaucoup plus de certitude et ses critères paraissent enfin opérationnels. Bien évidemment, il n'est pas question ici de demander au Conseil d'État de s'immiscer dans la gestion des partenaires de l'administration. Il s'agit plus simplement d'attirer son attention sur la prise en compte de certains facteurs qui entrent dans leurs modes d'évaluation et de décision concernant les

---

<sup>490</sup> : CE, 2 février 1999, *S.A. Bouygues et autres*, requête n° 206749, concl. BERGEAL (C.), *Publié au recueil Lebon*, p. 620

éléments déterminants du processus de production. Cela revient à vérifier, dans chaque cas d'espèce, si le délégataire supporte effectivement un risque. Certaines juridictions du fond s'y essaient avec plus ou moins de raffinement<sup>491</sup>.

Aussi, on le comprend, ni un discours économique pur, ni une exégèse de la jurisprudence du Conseil d'État ne permettent de jeter un regard empirique entièrement satisfaisant sur le traitement du risque (que le droit du contrat administratif contribue à structurer fortement). À cet égard, les visages qu'emprunte le risque dans la vie du contrat administratif sont multiples.

La vie du contrat administratif est en effet scandée par des risques de différents types, qui pèsent soit sur les offreurs, soit sur les acheteurs. Si l'on se place du côté de la personne publique, des risques peuvent survenir à l'occasion de la procédure de passation du contrat ou au cours de son exécution.

Dans le cours de la procédure de passation du contrat, la personne publique est exposée au risque de comportements anticoncurrentiels de la part des entreprises en situation d'oligopole, propice à la conclusion d'ententes sur les prix ou sur le partage du marché, ou à l'abus de position dominante. La personne publique est également confrontée à la possibilité de comportements « opportunistes » de la part de cocontractants détenteurs de certaines informations portant soit sur les performances dont ils sont capables (productivité, niveau des coûts, effort), soit sur leur « type » (« efficace » et « honnête » ou « inefficace » et « opportuniste »). Ces risques sont définis sous le vocable de « risque moral » dans le premier cas, d'anti sélection dans le second. Enfin, on peut ajouter à cette recension le risque assumé par la personne publique dans l'hypothèse d'une conduite irrégulière de la procédure d'attribution du contrat portée devant le juge administratif par un tiers.

On le voit, la passation du contrat engendre des risques. Cependant, qu'il soit un marché ou une délégation, le contrat administratif recèle également des risques d'exécution. De ce point de vue, le risque n'est pas en soi un critère de démarcation entre les deux types de contrat, dans la mesure où chacun peut être confronté à des aléas qui affectent les conditions dans lesquelles la procédure de passation s'opère et les prestations du cocontractant assurées. Ces aléas sont de différentes sortes : physiques (le risque de sol dans les marchés de

---

<sup>491</sup> : François Llorens, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », in *Gouverner, administrer, juger. Liber Amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 301 et suivant.

travaux), météorologiques (l'aléa climatique, la pluviométrie) ou sociaux (grève dans l'entreprise ou dans d'autres secteurs), voire économiques (inflation, taux d'intérêt, taux de change). Les notions de force majeure, d'imprévision et de sujétions imprévues entrent alors en jeu.

Économiquement, si l'on s'intéresse à l'exécution altérée, la question qui émerge naturellement est celle de la détermination de la nature des risques alloués aux parties contractantes, c'est-à-dire soit à la personne publique, soit à son cocontractant. Cette question appelle à dire vrai une reconsidération des rapports entre le droit et l'économie.

Il serait à l'évidence vain de penser que les règles juridiques incorporent une théorie économique explicite de l'allocation des risques. Ce qui toutefois n'empêche pas le droit positif du contrat administratif de définir une grammaire de la répartition des risques, ces risques étant placés au cœur d'un faisceau de règles qui, regroupées et mises en relation, dessinent le paysage de leur allocation : les règles en jeu, dont il est essentiel de saisir les interactions, sont celles du Code des marchés publics, des cahiers des clauses administratives, de la jurisprudence administrative, mais aussi celles de la comptabilité publique.

Du reste, si le risque est également au cœur des relations entre acteurs du contrat, il est important de prendre conscience que leurs préférences et leurs préoccupations sont loin d'être uniformes : pour les entreprises, il s'agit de maximiser le profit et les marges et dès lors de transférer les risques sur l'État ou la collectivité; pour la personne publique, il s'agit d'assurer la livraison du produit ou du service en temps utile et selon certains critères de qualité; pour le contrôleur financier et le gestionnaire du budget, le but est de maîtriser la dépense publique et donc de transférer les risques sur le fournisseur; pour le bénéficiaire et l'utilisateur enfin, il s'agit de disposer de l'infrastructure ou du service dans des délais acceptables pour un coût minimal (impôts ou prix du service), selon les critères de qualité requis.

L'allocation du risque doit donc être située dans ce cadre général<sup>492</sup>. Plus spécifiquement, pour l'entreprise, le contrat administratif est un outil de couverture du risque : plus les aléas sont circonscrits, plus la sécurité d'exécution est grande dans la mesure où la survenance des aléas ne déséquilibre pas l'économie du contrat. Pour la personne publique et le

---

<sup>492</sup> : Kirat Thierry, Marty Frédéric, Vidal Laurent, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *Revue internationale de droit économique*, 2005/3 (t. XIX, 3), p. 291-318.

gestionnaire de ressources rares, il convient d'arbitrer entre la maîtrise de la dépense (éviter les surcoûts et retards) et la garantie apportée aux cocontractants de conditions économiques aptes à assurer leur maintien dans l'activité.

Pour le juge administratif, le risque constitue le critère de la distinction entre marchés publics et délégations de service public. Surtout, il est implicitement mais incontestablement au centre des théories de l'imprévision, de la force majeure et des sujétions imprévues à travers le prisme de l'équilibre financier du contrat.

Même si le langage du droit n'utilise pas ou très peu le vocabulaire économique, il existe un contenu économique du droit des contrats dont on a pu commencer à évaluer la portée.

L'analyse des arrêts fait apparaître quelques tendances fortes dans la manière dont les risques sont alloués dans la jurisprudence du Conseil d'État. Quatre sources de risques, qui se traduisent par des retards d'exécution ou des dépenses supplémentaires, peuvent être identifiées : les sources macroéconomiques ou extérieures aux parties tels que les phénomènes inflationnistes ou la dévaluation de la monnaie; les sources géologiques de difficultés d'exécution des marchés de travaux; les sources météorologiques de difficultés d'exécution des marchés de travaux; le pouvoir de modification unilatérale du contrat par l'administration.

De ces quatre facteurs d'altération de l'exécution du contrat, un seul, offre aux cocontractants de l'État une possibilité de compensation des sujétions imprévisibles rencontrées : le risque de sol. Les trois autres interdisent pratiquement toute assomption du risque par l'État, risque transféré à ses cocontractants sur lesquels pèsent des obligations de prévision.

Un grand nombre d'arrêts ont été rendus à propos de marchés passés et exécutés au début des années 1970, plus particulièrement dans les premiers temps du choc pétrolier de 1973<sup>493</sup>, choc qui a suscité une forte inflation dont les macroéconomistes ont alors souligné le caractère exogène et non anticipable. Une série d'arrêts de la fin des années 1970 et du début des années 1980

---

<sup>493</sup> : Une crise mondiale des prix du pétrole qui débute en 1971 à la suite du pic de production de pétrole des États-Unis et de l'abandon des accords de « Bretton-Woods » qui a pour effet une forte concentration de la dévalorisation du dollar et donc des cours du pétrole qui sont libellés en dollars.

La crise économique induite est cependant souvent associée à ce choc à cause de la déclaration d'embargo de l'OPEP accélérant encore la hausse de prix du baril dans le contexte de la guerre du Kippour. D'octobre 1973 (date traditionnelle associée au début de la crise) à mars 1974, le prix du baril est quadruplé, passant de 2,59 à 11,65 dollars. Les effets du « premier choc pétrolier » vont se faire sentir jusqu'en 1978.



concernent des marchés de travaux dont l'exécution a eu lieu lors de cette période de choc inflationniste<sup>494</sup>. Le Conseil d'État s'y est montré particulièrement attentif à l'examen des dates auxquelles les marchés litigieux ont été conclus, puis exécutés, pour vérifier la prévisibilité ou l'imprévisibilité des hausses de prix que les titulaires prétendaient avoir subies. Dans un deuxième temps, après constat de la réalité des hausses de prix, les juges de la Haute juridiction en ont examiné l'effet sur l'économie du contrat.

Dans les années qui précédèrent les arrêts susmentionnés, le Conseil d'État avait eu l'occasion d'arguer que la dévaluation de la monnaie du Laos aurait dû entrer dans les prévisions d'un entrepreneur français chargé d'un marché de construction dans ce pays pour le ministère des Affaires étrangères<sup>495</sup> et que la dévaluation du franc français de l'été 1969 a certes renchéri le prix des produits sidérurgiques, mais qu'il s'agit là d'« un aléa qui doit rester à la charge du cocontractant »<sup>496</sup>.

Le seul cas d'admission d'une compensation par le Conseil d'État au profit du titulaire du marché résulte d'un arrêt de 1991<sup>497</sup>, relatif à un marché signé en septembre 1973, pour lequel des difficultés d'exécution sont à rechercher dans l'inflation salariale consécutive au choc pétrolier. Dans cette espèce, le Conseil d'État a estimé que les hausses de salaires et autres charges invoquées pesant sur l'entreprise n'étant pas prévisibles au moment de la signature du marché, elles en ont bouleversé l'économie compte tenu du caractère tardif de la notification de l'ordre de service, intervenue en janvier 1975.

Les risques liés à la nature du sol dans les marchés de travaux donnent lieu à un traitement par le Conseil d'État plus nuancé, donc statistiquement plus dispersé. Les considérants des arrêts sont eux-mêmes hétérogènes : certains exposent *ex abrupto* que la nature du sol rencontré<sup>498</sup>, qui

---

<sup>494</sup> : CE, 20 janvier 1978, *SCREG*, requête n° 3526; CE, 29 février 1980, *Entreprise nouvelle de l'Ouest*, requête n° 10589, *Rec.*, p. 790 ; CE, 29 avril 1981, *Bernard*, requête n° 10170 et 13920; CE, *Société méditerranéenne de bâtiment industrialisé*, 27 janvier 1982, requête. n° 17665.

<sup>495</sup> : CE, 21 avril 1971, *Desdame*, requête n° 68643.

<sup>496</sup> : CE, 2 mars 1977, *Leflon et compagnie*, requête n°385, *Rec.*, p.890.

<sup>497</sup> : CE, 29 mai 1991, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, requête n° 92551, *Rec.*, p. 1048-1049.

<sup>498</sup> : Il est très difficile de comprendre les motifs pour lesquels la Haute juridiction admet ou rejette les sujétions imprévues causées par la rencontre de couches géologiques imprévues. À titre d'exemple, dans un arrêt le Conseil

ne pouvait entrer dans les anticipations des parties, est constitutive d'une sujétion imprévue, ou inversement; d'autres évaluent son exclusion du domaine des sujétions en référence à l'attitude du titulaire dans l'anticipation du risque<sup>499</sup>. D'autres, enfin, considèrent que les entrepreneurs ne pouvaient ignorer, par leur connaissance de la zone, la nature des risques courus<sup>500</sup>.

L'aléa météorologique est statistiquement associé à une fréquence plus forte de décisions de rejet que de décisions d'acceptation. On trouve certes des décisions qui admettent l'existence de sujétions imprévues, considérant dans cette espèce que « les intempéries des mois de septembre et d'octobre 1974 ont constitué (...) des sujétions imprévues dans l'exécution des travaux »<sup>501</sup>. Mais plus fréquentes sont les décisions qui donnent lieu à rejet<sup>502</sup>.

Un arrêt de 1987 illustre clairement la position du Conseil d'État. Il s'agit d'un cas où la modification des prescriptions techniques par la personne publique a retardé les travaux, entraîné des frais d'immobilisation de matériel et de personnel, mais cette charge « doit (...) être rattachée aux travaux supplémentaires demandés par le maître de l'ouvrage et ne peut être rangée parmi les charges extracontractuelles susceptibles de justifier l'allocation d'une indemnité d'imprévision »<sup>503</sup>.

### ***Quels enseignements tirer de cette analyse de la jurisprudence ?:***

---

d'État estime qu'en raison de l'instabilité du sol, l'entreprise a été contrainte d'accomplir des travaux de fondations supplémentaires, qui excédaient les communes prévisions des parties (CE, 22 décembre 1976, *Depussé*, requête n° 94998) alors que dans un autre il estime que la présence d'argile à silex dans le terrain n'a pas présenté un caractère imprévisible (CE, 25 novembre 1994, *Mastelloto*, requête n° 85341 et 85647, *Rec.*, p. 1038).

<sup>499</sup> : Par exemple dans les arrêts *Balout Frères* (CE, 26 novembre 1975, requête n° 93744) et *SIVOM de l'Anse de Moidrey* (CE, 27 mai 1981, requête n° 13755), le Conseil d'État fonde sa décision de rejet des sujétions imprévues sur le fait que l'entrepreneur avait été informé du risque de sol et a manqué de prendre les mesures de nature à permettre de s'en prémunir.

<sup>500</sup> : Par exemple dans l'arrêt *Fougerolle* (CE, 29 mars 1985, requête n° 26676 et 26677), l'entreprise ne pouvait ignorer les sujétions qui ne manqueraient pas de résulter de travaux exécutés en hiver; il lui appartenait de s'assurer de la nature des terrains lors de l'élaboration de son offre.

<sup>501</sup> : CE, 13 mai 1987, *CITRA-France*, requête n° 35374,50006 et 50065, *Rec.*, p. 821.

<sup>502</sup> : Par exemple CE, 27 avril 1973, *SOBEMA*, requête n° 82292 : les circonstances atmosphériques de l'automne 1961 n'ont pas entraîné des sujétions imprévues; CE, 13 décembre 1996, *Société Bec Frères*, requête n° 133373 : ni l'enneigement de l'hiver considéré ni un glissement de terrain ne constituaient des sujétions de nature à bouleverser l'économie du contrat.

<sup>503</sup> : CE, 12 juin 1987, *Billiard et Jardin*, requête n° 30060.

Pour la période considérée, la constance de la jurisprudence du Conseil d'État est très nette sur un point : les conditions ouvrant droit à indemnisation des difficultés d'exécution sont interprétées restrictivement. Ainsi, les conditions d'admission des demandes de compensation des conséquences des aléas imprévisibles sont, globalement, extrêmement étroites (aléas extérieurs aux parties, non prévisibles et entraînant un bouleversement de l'économie du contrat). Les dérives inflationnistes qui ont marqué le début des années 1970 n'ont donc pas été considérées comme des risques imprévisibles, même si le choc pétrolier de 1973 a représenté un choc exogène pour les pays industrialisés.

Les conflits mettant en jeu des sujétions imprévues donnent quant à elles l'image d'une ouverture relativement plus grande du Conseil d'État à l'admission d'un droit à compensation de dépenses supplémentaires. Mais les décisions de la Haute juridiction n'entretiennent pas de relation univoque avec les faits matériels, physiques ou météorologiques, qui contribuent à altérer les conditions d'exécution des contrats. Les décisions d'admission ne semblent pas corrélées avec la taille des entreprises, pas plus qu'avec l'ampleur des moyens avancés : la fréquence de la présence des grandes entreprises du secteur du bâtiment et des travaux publics est similaire dans les décisions de rejet<sup>504</sup> et dans celles d'admission des demandes d'indemnisation de sujétions imprévues<sup>505</sup>.

Lorsque les données utilisées se résument aux seuls textes des arrêts du Conseil d'État, la motivation des décisions de rejet ou d'acceptation est peu aisée à établir, tout comme le *criterium* de la partition entre les deux. Si l'appréhension par la Haute juridiction des risques qui marquent l'exécution des contrats administratifs est dans l'ensemble restrictive, notamment quant à l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat, elle apparaît toutefois difficile à déterminer pour les titulaires de marchés et les personnes publiques lorsqu'il s'agit des fondements matériels et économiques que le juge assigne aux difficultés d'exécution qu'il accepte d'indemniser. En effet, il n'existe pas de corrélation claire entre les sources matérielles (risque de sol, aléa

---

<sup>504</sup> : Par exemple : CE, 31 janvier 1997, *Campenon-Bernard*, requête n° 119430, *Rec.*, p. 933; CE, 2 juillet 1982, *Colas*, requête n° 23653, *Rec.*, p. 261; CE, 29 mars 1985, *Fougerolle*, requête n° 26676 et 26677.

<sup>505</sup> : Par exemple : CE, 13 mai 1987, *CITRA France*, requête n° 35374, 50006 et 50065, *Rec.*, p. 821; CE, 12 mai 1982, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône/Spie-Batignolles*, requête n° 14735, *Rec.*, p. 175.

météorologique) et économiques de l'exécution altérée et les décisions du Conseil d'État, à l'exception des hausses de prix.

Les jugements du Conseil d'État mettent au premier plan l'appréciation des responsabilités que supportent les cocontractants de l'État en termes de prévision d'événements susceptibles d'intervenir dans l'exécution des contrats. Les événements non imprévisibles et non extérieurs aux parties ne donnent pas lieu à compensation des dépenses supplémentaires.

Le phénomène de hausse de prix peut raisonnablement être considéré comme un événement risqué, sauf dans l'hypothèse d'une situation d'inflation soudaine et substantielle liée à un choc conjoncturel. La doctrine selon laquelle les effets des hausses de prix sont « gérables » par le jeu des formules de révision de prix est dans son principe satisfaisante, mais son enjeu réside dans la définition des indices de prix utilisés dans leur construction. Il ne semble pas que ce problème soit présent dans la jurisprudence du Conseil d'État<sup>506</sup>.

L'examen minutieux de l'évolution de la jurisprudence et des versions successives des clauses et conditions générales permet de mesurer l'étendue des nuances introduites tant par le juge administratif que par l'administration dans les modalités d'allocation des risques. On a pu mettre en évidence<sup>507</sup> que la promotion de clauses ou cahiers dans lesquels se dessinait un équilibre entre souci de la réduction des risques supportés par les entrepreneurs et conquête ou préservation par l'administration de son pouvoir de contrôle et de négociation avait favorisé la tâche du juge administratif. Cette stratégie de positionnement de l'administration dans ses rapports avec ses entrepreneurs, est le fruit d'une longue construction. Celle-ci peut résulter aussi bien de l'introduction d'un simple terme en apparence anodin dans l'un des articles d'une nouvelle version des clauses et conditions générales que de l'inclination de la Haute juridiction à favoriser la protection ou le rétablissement de

---

<sup>506</sup> : Rares sont les arrêts dans lesquels le Conseil d'État analyse le fonctionnement de clauses de révision du prix, comme dans l'arrêt : CE, 5 juin 1985, *Ministre délégué au temps libre*, requête n° 60732, dans lequel on trouve une analyse des effets de l'application réelle de la formule de révision de prix, notamment sur la partie fixe : « considérant (...) que l'application littérale de la formule de révision par l'État a abouti à majorer sensiblement l'incidence réelle de la partie fixe telle qu'elle a été prévue par les cocontractants, le taux de 0,15 n'ayant été appliqué à aucun ouvrage, le taux de 0,20 à une fraction seulement du prix des cinq piscines et le taux de 0,25 à tout le reste de la commande; que cette application qui méconnaît la commune intention des parties en vertu de laquelle la valeur de la partie fixe devait varier en fonction du découpage par tranche du programme de construction (...) a causé un préjudice important à la société (...) en minorant le montant total du marché ».

<sup>507</sup> : Laurent Vidal, *L'équilibre financier du contrat...* », *op. cit.*, p. 508 et suivant.

l'équilibre contractuel. Ce faisant, la lente maturation des cahiers des charges successifs ainsi que l'affirmation par le juge administratif d'un nécessaire équilibre rejoignent les analyses économiques pour lesquelles une relation équilibrée entre principal et agent doit permettre, grâce à un système incitatif adéquat, la révélation des efforts consentis par l'agent dans la recherche d'une diminution des coûts au détriment de la part occupée dans la fonction de coût de la firme par la variable aléatoire<sup>508</sup>.

---

<sup>508</sup> : Laurent Vidal, « *L'équilibre du contrat...* », op. cit, p. 647 et p. 1025 et suivant. ainsi que le Conseil économique et social qui, parmi une liste des problèmes économiques habituellement rencontrés en matière de gestion déléguée du service, retient la préoccupation suivante : « chercher à contrebalancer l'asymétrie structurelle d'information entre l'autorité publique et l'opérateur, et le rapport de force probablement déséquilibré entre eux, par des mécanismes incitatifs inclus dans le contrat, de manière à créer les bases d'un jeu coopératif ou d'un partenariat "gagnant-gagnant", prévoyant à l'avance un partage équitable des risques et des résultats » (Conseil économique et social, « *La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux* », 24 avril 2001, Les éditions des Journaux officiels, 2001, p. 32).



**Partie II Les dispositifs de contrôle du**  
**Conseil d'État sur l'action gouvernementale**  
**en droit comparé :**

Créé en 1799, le Conseil d'État a traversé tous les régimes. Cette permanence est-elle gage de pérennité pour le XXI<sup>e</sup> siècle ou, au contraire, le Conseil d'État est-il un héritage du passé qui ne serait pas adapté aux évolutions du monde d'aujourd'hui ? La remise en cause du modèle étatique français et la construction européenne sont les deux facteurs qui pouvaient le plus bouleverser le rôle du Conseil d'État. Cependant, celui-ci a désormais intériorisé ce nouveau contexte pour adapter son organisation. On peut souligner que le Conseil sort renforcé du contrôle de conventionalité et en tire des marges de manœuvre accrues. Il serait aujourd'hui mieux armé pour exercer ses deux missions de juge et de conseil.

Traiter du Conseil d'État est une entreprise difficile. En apparence pourtant, l'affaire est simple : d'une part, le Conseil d'État est un juge, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif ; d'autre part, c'est aussi le conseiller du gouvernement, doté à ce titre d'attributions consultatives. Aucune de ces facettes ne présente de réelle spécificité : sans doute n'existe-t-il pas toujours une juridiction distincte des tribunaux ordinaires pour statuer sur les litiges administratifs, mais cette formule n'en est pas moins largement répandue, notamment dans les pays européens ; (d'ont l'Algérie a calqué le système) et les compétences administratives sont partout mobilisées pour éclairer l'action politique. Si le cumul de ces attributions est moins fréquent, il n'est pas pour autant exceptionnel. Le Conseil d'État n'est ainsi, à première vue, qu'une variante d'un modèle d'application beaucoup plus générale : l'accent mis à l'occasion de la célébration de son bicentenaire sur les exemples étrangers montre d'ailleurs qu'il entend lui-même s'inscrire dans un mouvement d'ensemble.<sup>509</sup>

Cette présentation reste superficielle. La dimension comparative est à cet égard trompeuse dans la mesure où le Conseil d'État, plongeant ses racines profondément dans l'histoire nationale française, entend se poser en modèle<sup>510</sup>. Et surtout, l'énoncé des attributions du Conseil est insuffisant pour cerner la place singulière qu'il occupe au cœur de l'État, et partant dans la société française. Déjà le fait que les règles protocolaires le fassent figurer au premier

---

<sup>509</sup> : Dans le cadre des réflexions du rapport public du conseil d'État de 1999 sous le thème de l'intérêt général et sa modernité.

<sup>510</sup> : Modèle qui aurait été plus ou moins fidèlement reproduit ailleurs notamment en Algérie eue égard des précédents historiques



rang des institutions administratives après les organes politiques, ce qui vaut à son vice-président la charge de présenter chaque année au président de la République les vœux des « corps constitués », témoigne de son statut particulier dans l'État.

Si les institutions étatiques développent une idéologie officielle de désintéressement et de service de la chose publique, il s'élabore au travers du droit produit par le Conseil d'État un art « de mettre en forme et de mettre des formes »<sup>511</sup>. Ce raisonnement repose sur une mécanique complexe, caractérisée par deux processus mentaux qui se conditionnent l'un l'autre : le premier de descente vers une singularité de plus en plus poussée, le second de montée vers une généralité étendue servant à augmenter l'emprise de l'État sur la société. Le contentieux administratif est le symptôme de cela : il permet à l'État républicain de s'organiser en État de droit tout en offrant la possibilité au Conseil d'État, corps cadrant, de justifier son maintien dans un régime démocratique<sup>512</sup>. Un observateur attentif comme Maurice Hauriou ne s'y trompe pas lorsque, dressant un panorama de l'évolution de la jurisprudence entre les années 1870 et les années 1920, il déclare : « Jusque-là, le Conseil d'État avait été le chien de garde de la prérogative. Désormais, il sent le besoin de s'humaniser, il a bien servi l'administration, il veut maintenant bien servir le public »<sup>513</sup>. En ce sens, le droit administratif républicain peut être décrit comme un avatar de la biopolitique que Michel Foucault décrit à l'âge classique, et dont il rappelle à de multiples reprises qu'elle se forge sous le couvert d'un discours juridique. Dans *Surveiller et punir*, ce dernier établit de lui-même une continuité de l'époque qu'il étudie au régime napoléonien et à « cette forme d'État qui lui subsistera et dont il ne faut pas oublier qu'il a été préparé par des juristes, mais aussi par des soldats, des conseillers d'État et des bas officiers, des hommes de loi et des hommes de camp »<sup>514</sup>. L'évolution du droit administratif sous la

---

<sup>511</sup> : Pierre Bordieu, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 18.

<sup>512</sup> : Rappelons qu'après la proclamation du nouveau régime en 1870, certains républicains radicaux étaient favorables à la suppression du Conseil d'État.

<sup>513</sup> : Maurice Hauriou., « Le développement de la jurisprudence administrative depuis 1870 », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1922, p. 236.

<sup>514</sup> : Michel Foucault, « *Surveiller et punir. Naissance de la prison* », Paris, Gallimard, 1975, p.198.

III<sup>e</sup> République, que J. Romieu accompagne sur plusieurs décennies, permet ainsi de décrire cette discipline comme un développement de la technologie pastorale en direction des populations, et de la restituer dans une histoire générale de la gouvernementalité, le Conseil d'État apparaissant sur la période comme « l'un des tout premiers producteurs de droit afin de protéger les citoyens de l'administration »<sup>515</sup>.

Par ailleurs c'est, en raison de son ancienneté, de son prestige et de sa vocation générale, le plus important des organismes consultatifs. Institué par la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), le Conseil d'État est à la fois le principal conseil du gouvernement et la plus haute des juridictions administratives Il a d'abord été créé comme organisme consultatif. Ce n'est que plus tard que lui a été confiée la mission de juger les litiges mettant en cause l'Administration. Les dispositions qui le régissent forment le livre 1er du Code de justice administrative<sup>516</sup>, Elles déterminent à la fois son organisation et ses attributions.

---

<sup>515</sup> : Luc Rouban, « *Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps* », Paris, CEVIPOF, Les cahiers du CEVIPOF , n° 49, 2008,p.8.

<sup>516</sup> : Le Code de justice administrative a été créé, pour sa partie législative, par l'ordonnance du 4 mai 2000. Sa partie réglementaire a été créée par deux décrets de la même date.

L'ensemble est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001, non sans avoir entretemps été modifié par la *loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*.

Cette modification, avant même son entrée en vigueur, montre combien eue été long le cheminement qui a conduit au Code.

En effet, la décision de procéder à la codification des textes épars régissant jusqu'alors la justice administrative a été prise en avril 1996 (source : rapport relatif à l'ordonnance du 4 mai 2000).

Un groupe de travail a été créé à partir de cette date par le vice-président du Conseil d'État, qui a œuvré jusqu' au printemps 1998. La Commission supérieure de codification a ensuite approuvé le projet de code en avril-mai 1998. Le projet de loi de codification n'ayant pu être déposé au Parlement sous la XI<sup>e</sup> législature, le gouvernement a décidé de publier le Code par voie d'ordonnance. Le Code de justice administrative a donc été intégré à la *loi d'habilitation n° 99-1071 du 16 décembre 1999*, qui a autorisé le gouvernement a publié l'ordonnance dans les neuf mois de la publication.

Un projet de loi de ratification a ensuite été déposé devant le Sénat le 29 juin 2000 (soit dans le délai de deux mois prévu à l'issue de la publication de l'ordonnance), mais n'a pu être adopté avant la fin de la législature en 2002. Ce dépôt conservait, en application de l'article 38 de la Constitution, pleine valeur juridique au Code, mais seulement à titre réglementaire, ce qui faisait difficulté pour sa partie législative. D'autant que la loi du 30 juin 2000 avait, elle ratifié - certes implicitement - la partie de l'ordonnance relative aux référés (titre V).

Sous la XII<sup>e</sup> législature, la *loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003* habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, publiée au J.O. du 3 juillet 2003, a enfin ratifié le Code de justice administrative par son article 31. Cette ordonnance a été publiée le 24 décembre 2003.

Ce code rassemble et organise, en un ensemble clair et ordonné les textes qui gouvernent la justice administrative. Il reprend l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires régissant les juridictions administratives à savoir le Conseil d'État les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel.

Il porte sur l'organisation et le fonctionnement des juridictions le statut de leurs membres et enfin la procédure administrative contentieuse. Il définit les règles : de répartition des compétences à l'intérieur de la juridiction

## **L'organisation du Conseil d'État :**

### **A. STRUCTURE INTERNE :**

Le Conseil d'État est divisé en sept sections : une section du contentieux et six sections administratives. Elles sont toutes dirigées par un président. Ce sont les sections administratives qui exercent les attributions consultatives imparties au Conseil. Leur champ de compétence correspond aux affaires relevant de plusieurs ministères, selon une répartition déterminée par le Premier ministre. Leur dénomination donne une idée de leur spécialité : intérieur, finances, travaux publics, sociale, rapport et études, et administration.

De ces sept unités de base procèdent deux autres formations administratives. Il y a d'abord la commission permanente. Formation à effectifs réduits - 20 membres, elle est susceptible de se prononcer rapidement sur les projets de lois et d'ordonnances considérés comme urgents par le gouvernement. Il y a ensuite l'assemblée générale. Elle siège, soit en formation plénière, soit en formation ordinaire. La première comprend tous les présidents de section et tous les conseillers d'État, c'est-à-dire plus de 100 personnes. La seconde comprend seulement les présidents de section et 35 conseillers d'État. Si, en principe, l'assemblée générale est présidée par le vice-président du Conseil d'État, elle peut l'être également par le Premier ministre et, en son absence, par le garde des Sceaux, ministre de la Justice. Les membres du Conseil d'État composent ces formations.

### **B. COMPOSITION :**

Les membres du Conseil d'État sont au nombre d'environ 300. Les deux tiers d'entre eux sont recrutés par la voie du concours de l'ENA. Le tiers restant est nommé au tour extérieur. Le tour extérieur permet d'intégrer au Conseil des fonctionnaires appartenant aux cadres supérieurs des Administrations actives - préfets par exemple -, des membres du corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ainsi que des personnalités du secteur privé. Cela permet au Conseil d'être informé des réalités, des besoins et des difficultés des Administrations actives. Le tour extérieur contribue ainsi

---

administrative ; de procédures relatives à l'introduction de l'instance en premier ressort ; des procédures d'urgence devant les juridictions administratives ; des pourvois ; de jugement des voies de recours et de l'exécution des décisions.

au maintien du lien entre le Conseil d'État et le monde extérieur. Les membres du Conseil se répartissent en trois catégories.

La première catégorie est celle des auditeurs. Il y a d'abord les auditeurs de seconde classe. Ils sont recrutés parmi les élèves de l'ENA. Ces postes étant très recherchés, seuls les élèves les mieux classés peuvent espérer devenir membres du Conseil. Il y a ensuite les auditeurs de première classe. Ils sont nommés parmi les auditeurs de seconde classe.

La seconde catégorie est celle des maîtres des requêtes. Ils sont, pour les trois quarts d'entre eux, recrutés parmi les auditeurs. Le grand quart est pourvu au tour extérieur. L'Exécutif dispose d'une grande liberté pour les nominations au tour extérieur. Il faut seulement être âgé d'au moins 30 ans et justifier de dix années de service public.

La troisième catégorie est celle des conseillers d'État. Ils sont, pour les deux tiers d'entre eux, recrutés parmi les maîtres des requêtes. Le dernier tiers est pourvu au tour extérieur. L'Exécutif dispose là aussi d'un large pouvoir discrétionnaire. La seule condition exigée est l'âge minimum de 45 ans. En plus de ces membres « Ordinaires », il faut ajouter 12 conseillers d'État en service extraordinaire nommés pour un mandat de quatre ans. Ce sont des personnalités qualifiées dans les différents domaines de l'activité nationale : agriculteurs, industriels, syndicalistes, médecins, professeurs de droit. Ils sont exclusivement affectés aux sections administratives. Ils vont ainsi faire bénéficier le Conseil d'État, en tant que Conseil du gouvernement, de leurs compétences et expériences professionnelles.

Quel que soit leur mode de recrutement, les membres du Conseil d'État sont nommés par décret du président de la République<sup>517</sup>. Les 12 conseillers d'État en service extraordinaire le sont sur proposition du ministre de la Justice.

Le Conseil d'État est présidé par le Premier ministre. Il ne préside cependant que les assemblées solennelles réunies à l'ouverture de l'année judiciaire ou pour commémorer un événement important. La présidence effective du Conseil d'État est assurée par son vice-président.<sup>518</sup>

---

<sup>517</sup> : Aux termes de l'article 13 al.2, de la constitution française du 4 octobre 1958 en vigueur qui disposent : « le président de la république nomme aux emplois civils et militaires de l'État », et selon l'alinéa 3 du dit article il nomme par décret en Conseil des ministres aux emplois les plus élevés ou politiquement sensibles dont : les conseillers d'État.

Les autres membres du conseil d'État sont nommés par décret simple du président de la république aux termes de l'article 2 de la loi organique du 28 novembre 1958 (Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État.)

---

<sup>518</sup> : Pierre Serrand, « Manuel d'institutions administratives françaises », PUF, 3<sup>ème</sup>éd, collection : Droit fondamental, Paris, juillet 2009, p. 198.

## **Titre\_ I : *Le conseiller juridique du gouvernement (Le contrôle a priori)***

Mis à part la composition du conseil d'État et sa fonction contentieuse dans les structures de contrôle de l'administration. Il s'agit ici d'examiner l'autre fonction de la haute assemblée, celle du conseil du gouvernement. Lors de sa création en 1799, sa vocation était d'ailleurs plus de conseil du gouvernement que de juridiction. Mais c'est cette double fonction qui fait vraiment la grande spécificité du Conseil d'État sans que l'une l'emporte vraiment sur l'autre. « Les deux fonctions se confortent mutuellement et concourent à établir l'autorité morale du Conseil. Il est d'autant plus écouté comme conseiller qu'il l'est, comme juge, en mesure de censurer les décisions allant contre son avis, et qui seraient illégales. Il est d'autant plus respecté comme juge que ses attributions consultatives le mettent en rapport constant avec l'administration active, qui se sait connu de lui et est par la suite portée à lui faire confiance »<sup>519</sup>.

La fonction consultative, remplie par les formations administratives du conseil d'État, se caractérise par l'émission d'avis à destination du gouvernement qui en a l'exclusivité. Ces avis demeurent secrets tant que celui-ci n'en autorise pas la publication. Si la confidentialité demeure le principe et la règle confirmée par la loi du 17 juillet 1987 relative à l'accès au document administratifs<sup>520</sup>, la pratique est plus souple. En effet, dans la plupart des cas le gouvernement ne s'oppose pas à la publication. Cet équilibre entre discrétion et publication est satisfaisant. « Le Conseil d'État doit donner son avis en toute liberté, échapper à toute pression, d'où qu'elle vienne, échapper aussi à la tentation de se bâtir une image médiatique toute fondée sur la réponse qu'il donnera à telle question à la fois délicate et passionnelle »<sup>521</sup>.

---

<sup>519</sup> : René Chapus, Op.cit., nouvelle édition, 2001, p.406.

<sup>520</sup> : Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, Publiée au JORF du 18 juillet 1978 , p. 2851.

<sup>521</sup> : Marceau Long, préface de la 2<sup>é</sup> éd. À l'ouvrage de Yves Gaudemet, Bernard Stirn, Thierry Dal Farra, Frédéric Rolin, « *Les Grands Avis du Conseil d'État* », Dalloz, 2002, v. circulaire du premier ministre français du 30 janvier 1997 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au journal officiel (JO 1<sup>er</sup> février 1997).

Accepter de rompre avec les usages, d'inverser les perspectives : les juristes dissèquent les arcanes du contentieux administratif, mais, à bien y réfléchir, le point nodal de la compréhension du droit ne se situe-t-il pas plus en amont, dans la fonction consultative exercée par le Conseil d'État ? À ce titre, le Conseil rend chaque année environ 1 400 avis. Polymorphe, cette fonction se caractérise par des consultations obligatoires prévues par les articles 37, 38 et 39 de la Constitution concernant les projets de décrets, de loi et d'ordonnances ; par des avis rendus dans le cadre de la procédure issue de l'article 88-4 relatif à la transmission au Parlement des propositions d'acte communautaire ; par des demandes d'avis portant sur la répartition des compétences entre les différentes collectivités publiques en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française ; par une forme d'autosaisine, les études et les propositions du rapport annuel caractérisant une autre valence de cette fonction. Pour le reste, les consultations sont laissées à la libre appréciation du gouvernement.

Depuis 1958, la mission consultative connaît un nouveau printemps. Faut-il attribuer ce renouveau<sup>522</sup> au développement du pouvoir réglementaire qui se conjugue avec le maintien de la compétence consultative ou à l'omniprésence gouvernementale dans l'initiative des lois qui justifie la constitutionnalisation nouvelle des avis du Conseil ? Aux deux, sans doute, mais plus encore au développement du contrôle de constitutionnalité qui a donné une nouvelle dimension aux avis sur les projets de loi. Le Conseil constitutionnel procède à la vérification de la consultation du Conseil d'État indirectement en censurant, par le contrôle classique du détournement de procédure, les amendements qui dépassent par leur objet ou par leur portée les limites inhérentes à l'exercice de ce droit<sup>523</sup>, directement en sanctionnant par un vice de procédure, une modification de la nature du texte qui aurait supposé une nouvelle consultation du Conseil d'État<sup>524</sup>. Mais la véritable nouveauté n'est-elle pas due à l'impensé de cette fonction consultative ? En mesurant mieux quelle est la fonction de

---

<sup>522</sup> : Michel Bernard, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la V<sup>e</sup> République », *EDCE*, n° 46, La Documentation française, 1994, p. 439.

<sup>523</sup> : CC, Décision 86-225 DC, 23 janvier 1987.

<sup>524</sup> : CC, 3 avril 2003, n° 2003-468 DC, « Loi relative à l'élection des conseillers régionaux », note Guillaume Drago, *AJDA*, 2003, p. 948, et Marie-Thérèse Viel, « Le refus d'ériger le Conseil d'État en coauteur des projets de loi », note sous CC, 3 avril 2003, *AJDA*, 2003, p. 1625 : le gouvernement avait substitué pour l'accès au second tour des élections régionales le seuil de 10 % du nombre des électeurs inscrits à celui de 10 % du total des suffrages exprimés présenté au Conseil d'État.

cette mission, quelles en sont les arrêtes, les réponses à deux querelles juridiques se dessinent avec plus de netteté. Le Conseil d'État, coauteur des projets de texte réglementaire<sup>525</sup>, est-il également celui des projets de loi ? La « fonction législative du Conseil d'État<sup>526</sup>, à l'aune des fonctions de la fonction consultative, s'exprime davantage par son influence dans le contexte, voire dans l'hypertexte de l'élaboration de la loi, plus que, notamment au vu de la décision de 2003, par l'affirmation de sa qualité de coauteur. Peut-on évoquer l'antiparlementarisme du Conseil d'État ou du moins son adhésion forte aux thèses du parlementarisme rationalisé ? L'importance de la fonction législative du Conseil d'État serait inversement proportionnelle à celle du Parlement<sup>527</sup> et la V<sup>e</sup> République, qui lui reconnaît un rôle constitutionnel dans la fabrication de la loi, rejoindrait la tradition bonapartiste<sup>528</sup>. Les finalités de la fonction consultative, telle qu'elle est aujourd'hui organisée, confirment cette visée : le Conseil contribue à valoriser l'autonomie et l'efficacité de l'exécutif, faisant valoir par ses avis et sa jurisprudence que le parlement n'épuise pas toute la légitimité du pouvoir étatique<sup>529</sup>.

L'étude des avis du Conseil d'État et la rencontre de différents acteurs impliqués témoignent que ce qui est légitimement attendu, l'analyse du droit et de l'opportunité administrative, côtoie le sous-jacent : l'appui apporté au gouvernement dans différents arbitrages et l'aide dans la conduite de négociations. Autorité morale, l'institution est un acteur majeur du processus de décision gouvernementale. Mais, au-delà du bel ordonnancement combiné de neutralité politique et d'expertise juridique, l'expression consultative ne traduit-elle pas une volonté engagée, qui pourrait être emblématique d'une institution au service de l'État ?

La consultation du conseil d'État est obligatoire ou facultative selon la nature des textes objets de la consultation. Si un texte impose la consultation,

---

<sup>525</sup> : Rôle sanctionné dans sa propre jurisprudence par le vice de compétence, moyen d'ordre public.

<sup>526</sup> : Yves Gaudemet, « La constitution et la fonction législative du Conseil d'État », in Jean Foyer auteur et législateur, *Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 61.

<sup>527</sup> : Guy Braibant, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 92.

<sup>528</sup> : Yves Gaudemet, « La VI<sup>e</sup> République ? Quel Conseil d'État ? », *RDP*, n° 1-2, 2002, p. 376.

<sup>529</sup> : Norbert Foulquier, « Le Conseil d'État et l'antiparlementarisme », *Droits*, n° 44, *La V<sup>e</sup> République : des institutions libérales ?*, PUF, 2007, p. 161.



son absence entache l'acte, soit, éventuellement, d'inconstitutionnalité pour les projets de loi, soit du vice d'incompétence pour les projets de décret. Les avis du Conseil d'État, en général, ne lient pas le gouvernement. Néanmoins, lorsque l'avis est obligatoire, le gouvernement se trouve devant le choix suivant : soit il maintient son texte initial en passant outre l'avis du Conseil d'État, soit il suit l'avis du Conseil. Une autre solution serait entachée d'illégalité.<sup>530</sup>

Les attributions consultatives du Conseil d'État le conduisent à rendre des avis de manière traditionnelle sur les projets de textes: lois, ordonnances, décrets ou décisions. La consultation du Conseil porte alors sur le style et la forme des textes, de manière à améliorer leur clarté. Mais le Conseil rend aussi, des avis dans des domaines particuliers. Sa consultation touche alors également des problèmes de fond.

Cependant il faut distinguer les cas dans lesquels la consultation du Conseil d'État est obligatoire, de ceux dans lesquels l'autorité qui le consulte peut faire appel au Conseil d'État mais n'y est pas tenue.<sup>531</sup>

---

<sup>530</sup> : Henri Oberdorff et Nicolas Kada, « Institutions administratives », 7<sup>e</sup>éd, Sirey, Paris, 2013, p.137

<sup>531</sup> : La distinction entre les deux cas de consultation du Conseil d'État se traduit par la présence, dans les visas du texte, de deux formule différentes : « Le Conseil d'État entendu », lorsque la consultation est obligatoire, et « Vu l'avis du Conseil d'État », si elle est facultative.

## Chapitre I : La consultation obligatoire du Conseil d'État :

Le Conseil d'État est le conseiller du Gouvernement pour l'élaboration des normes juridiques et des principaux actes administratifs. Après avoir presque disparu en matière législative sous la III<sup>e</sup> République, la fonction consultative a été rétablie par l'ordonnance du 31 juillet 1945 qui a rendu obligatoire la consultation du Conseil d'État sur les projets de loi. La Constitution du 4 octobre 1958 a consacré cette fonction au niveau constitutionnel. Le Conseil d'État doit ainsi être saisi, avant leur délibération en Conseil des ministres, sur tous les projets de texte relevant du domaine de la loi qui sont élaborés à l'initiative du Gouvernement, c'est-à-dire les projets de loi, mais aussi les projets d'ordonnance. Il est également saisi des principaux décrets, les « décrets en Conseil d'État » qui sont pris sur habilitation expresse du législateur pour l'application des lois. »<sup>532</sup>

En vertu donc de l'article 39 de la Constitution française<sup>533</sup>, le Conseil d'État est obligatoirement saisi de tous les projets de lois, avant leurs adoption par le Conseil des ministres et leurs dépôt devant le Parlement, La même règle est établie par la constitution algérienne<sup>534</sup>. En vertu de l'article 38 de la Constitution française<sup>535</sup>, il doit être saisi des projets d'ordonnances avant leurs adoption par le Conseil des ministres, La même règle est établie par la constitution algérienne<sup>536</sup>.

---

<sup>532</sup> : Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, au Séminaire des membres d'honneur de l'Académie des sciences et techniques comptables et financières le 25 janvier 2017.

<sup>533</sup> : L'article 39, alinéa 2 de la constitution française modifié par l'article 15 de la loi constitutionnelle n°2008-724 dispose : « Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres **après avis du Conseil d'État** et déposés sur le bureau de l'une des deux Assemblées. »

<sup>534</sup> : L'article 136, alinéa 3 de la constitution algérienne modifiée par la loi n°16-01 du 06 mars 2016 dispose : « Les projets de lois sont présentés en Conseil des Ministres **après avis du Conseil d'État**, puis déposés par le Premier ministre, selon le cas, sur le bureau de l'Assemblée Populaire Nationale ou sur celui du Conseil de la Nation. »

<sup>535</sup> : L'article 38, alinéa 2 de la constitution française modifié par l'article 15 de la loi constitutionnelle n°2008-724 dispose : « Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. »

<sup>536</sup> : L'article 142, alinéa 1 de la constitution algérienne modifiée par la loi n°16-01 du 06 mars 2016 dispose : « En cas de vacance de l'Assemblée Populaire Nationale ou durant les vacances parlementaires, le Président de la République peut, sur des questions urgentes, légiférer par ordonnance, **après avis du Conseil d'État**. »

Enfin, les décrets en Conseil d'État<sup>537</sup> ne peuvent être pris ou modifiés qu'après la saisine du Conseil d'État<sup>538</sup>, en Algérie la constitution ne prévoit pas de décrets en conseil d'État, et la loi organique 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'État modifiée et complétée par les lois 11-13 et 18-02, ne prévoit la consultation obligatoire qu'en matière de projets de lois et projets d'ordonnances<sup>539</sup> et n'est nullement fait allusion aux projets de décrets, ce qui fait des décrets en Conseil d'État une spécificité française propre au Conseil d'État français par rapport à son homologue algérien.

Le gouvernement n'est pas tenu de suivre l'avis du Conseil d'État, mais, s'agissant des décrets, il ne peut édicter que le texte adopté par le Conseil d'État ou le projet qu'il lui a soumis. En vertu de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, le Conseil d'État est obligatoirement consulté par le gouvernement de Nouvelle-Calédonie ou par le président du congrès sur les projets ou les propositions de lois du pays.

Dans l'exercice de sa fonction consultative, le Conseil d'État rend principalement des avis au gouvernement sur des projets de texte. Sa

---

<sup>537</sup> : En vertu de l'article 37, alinéa 2 de la constitution française, ou lorsqu'il est fait référence par la loi française des décrets en Conseil d'État.

<sup>538</sup> : D'une façon plus générale, il a été jugé que la consultation du Conseil d'État est toujours obligatoire pour modifier un décret pris en Conseil d'État (CE, 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement* et CFDT, Requêtes n° 177248, 177320, 177387, Publié au recueil Lebon.

**Résumé** : Lorsqu'un décret comporte la mention "le Conseil d'État entendu" et ne précise pas que certaines de ses dispositions pourront être modifiées par décret simple, il ne peut être modifié que par décret en Conseil d'État. Les dispositions des articles 13 à 17, 24, 25, 34 et 37 du décret du 6 décembre 1995 portant statut des personnels de l'Office national de la chasse, lequel est un décret simple, qui dérogent aux règles fixées par le décret en Conseil d'État du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État, et celles des articles 85 et 104 du même décret, qui dérogent à l'article R.221-9 du code rural, sont entachées d'incompétence). Cette définition purement formelle du champ de décret en Conseil d'État est à rapprocher de la définition, également formelle, du champ de décret en conseil des ministres (CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, Requête n° 140376, Publié au recueil Lebon.

**Résumé** : Aux termes de l'article 13 de la Constitution : "Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres". Aux termes de l'article 21 : "Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement ... Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire". Il résulte de ces dispositions que des décrets doivent être signés par le Président de la République dès lors qu'ils ont été délibérés en Conseil des ministres, même si aucun texte n'imposait cette délibération).

<sup>539</sup> : L'article 04 de la loi organique 98-01 algérienne relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'État modifiée et complétée, dispose : « Le conseil d'État donne son avis sur les projets de lois et les projets d'ordonnances dans les conditions fixées par la présente loi organique et selon les modalités fixées par son règlement intérieur. »

consultation est fréquente s'agissant des actes administratifs. En matière réglementaire, le recueil de l'avis du Conseil d'État est obligatoire sur certains projets de décret, principalement lorsque la loi a prévu l'intervention d'un *décret en Conseil d'État*, ce qui est fréquent pour les décrets d'application des lois. Il est également nécessaire dans le cadre de la procédure particulière de déclassement prévue par l'article 37 de la Constitution : lorsqu'une disposition législative est intervenue dans le domaine réglementaire, elle peut être modifiée par décret, après avis du Conseil d'État; pour les lois postérieures à la Constitution de 1958, cet avis doit être précédé d'une décision du Conseil constitutionnel constatant l'empiètement du législateur sur le domaine réglementaire<sup>540</sup>. Des décisions administratives particulières sont également parfois soumises à la consultation obligatoire du Conseil d'État. Tel est le cas pour certaines déclarations d'utilité publique, pour les grands projets d'équipement public.<sup>541</sup>

En résumé Le Conseil d'État est obligatoirement consulté sur les projets de textes suivants :

- Projets de loi (en application du deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution du 04 octobre 1958) ;
- Projets d'ordonnance (en application des articles 38 et 74-1<sup>542</sup> de la Constitution du 04 octobre 1958);
- Projets de décret pris pour l'application de dispositions, le plus souvent législatives, prévoyant sa consultation ou pris en application du second

---

<sup>540</sup> : Selon l'article 37 de la constitution du 04 octobre 1958 qui dispose : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. »

<sup>541</sup> : Bernard Stirn et Yann Aguila, Op.cit., p.554.

<sup>542</sup> : L'article 74-1 de la constitution du 04 octobre 1958 modifiée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (article 39) dispose : « Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure. Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication. »

alinéa de l'article 37 de la Constitution. Hormis cet alinéa, la Constitution ne comporte pas de dispositions générales déterminant les décrets devant être soumis au Conseil d'État.

## **Section 01 : Sur les projets de lois**

Les projets de lois sont délibérés en Conseil des ministres « après avis du Conseil d'État »<sup>543</sup>. Les projets de lois concernés sont ceux dont il est fait mention à l'article 39 de la Constitution: projets de lois ordinaires, de lois de finances, et de lois de financement de la Sécurité sociale. Mais ce sont également les projets de lois organiques<sup>544</sup> et de lois référendaires<sup>545</sup>, ainsi qu'en vertu d'une pratique constante sous la V<sup>ème</sup> République, les projets de lois constitutionnelles. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, les propositions de loi déposées par l'un des membres des deux assemblées peuvent également être soumises pour avis au Conseil d'État par le président de l'assemblée intéressée<sup>546</sup>.

Le projet de loi est transmis au Conseil d'État par le secrétariat général du Gouvernement. Le Conseil d'État l'attribue à l'une de ses cinq sections administratives (intérieur, finances, travaux publics, sociale, administration), dont le président désigne un ou plusieurs rapporteurs.

À partir de l'avant-projet du Gouvernement, le rapporteur rédige son propre projet ; c'est celui-ci qui est débattu par la section compétente.

Le projet du rapporteur est examiné par la section en présence des commissaires du Gouvernement, qui sont les représentants de l'administration. Le texte est d'abord examiné dans son ensemble, puis article par article. Le texte issu de cet examen est à son tour soumis à l'assemblée générale du Conseil d'État selon la même procédure. Il appartient alors au rapporteur devant la section de défendre en assemblée le projet issu des travaux de sa section.

Cet examen aboutit à l'adoption par l'assemblée générale d'un texte définitif qui constitue l'avis que le Conseil d'État donne au Gouvernement. L'assemblée générale peut aussi rejeter le projet de loi. Cet avis qui ne contraint pas le Gouvernement est réservé à son usage exclusif. Toutefois, depuis mars 2015,

---

<sup>543</sup> : Selon les dispositions de l'article 39 de la constitution française du 4 octobre 1958 en vigueur.

<sup>544</sup> : Selon les dispositions de l'article 46 de la constitution française du 4 octobre 1958 en vigueur.

<sup>545</sup> : Selon les dispositions de l'article 11 de la constitution française du 4 octobre 1958 en vigueur.

<sup>546</sup> : Selon les dispositions de l'article 39 de la constitution française du 4 octobre 1958 en vigueur, cette attribution du Conseil d'État introduite par les nouvelles dispositions de la loi constitutionnelle n° 2008-274 sera traitée dans la partie relative à la consultation facultative du Conseil.

les avis du Conseil d'État sont rendus publics à l'issue du Conseil des ministres qui en a délibéré et sont joints au projet de loi déposé sur le bureau de l'une des deux assemblées, afin de mieux éclairer les débats parlementaires et d'informer les citoyens.

Pour que l'avis du Conseil d'État éclaire le Gouvernement, il est nécessaire que toutes les questions posées par le projet de loi finalement soumis au Conseil des ministres aient pu être examinées au préalable par le Conseil d'État. Si le Gouvernement introduit des dispositions nouvelles entre le passage au Conseil d'État et celui en Conseil des ministres sans consulter au préalable le Conseil d'État, ces dispositions, une fois adoptées par le Parlement, encourent la censure du Conseil constitutionnel pour méconnaissance de la procédure de consultation prévue à l'article 39 de la Constitution<sup>547</sup>.

Une procédure d'urgence peut être également mise en œuvre. Dans ce cas, c'est la commission permanente du Conseil d'État qui examine le texte soumis par le rapporteur sans examen préalable en section. L'usage de cette procédure est rare.

L'examen du texte par le Conseil d'État porte sur la forme et sur le fond. Sur la forme : le Conseil d'État vérifie la structure du texte, sa compatibilité avec le droit existant et le respect des règles de procédure.

Sur le fond : le Conseil d'État s'autorise à examiner les effets prévisibles du texte au regard de ses objectifs.

L'examen du texte par le Conseil d'État permet surtout de limiter le risque d'une annulation partielle ou totale du texte par le Conseil constitutionnel si ce dernier est saisi après le vote du Parlement. Le Conseil d'État examine en effet la compatibilité du texte avec la Constitution. Il vérifie, par ailleurs, que le projet de loi est conforme aux conventions internationales auxquelles la France est partie ainsi qu'au droit de l'Union européenne.

Le Gouvernement n'est pas lié par cet avis mais s'en écarter présente des risques pour lui.<sup>548</sup>

---

<sup>547</sup> : CC, décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003.

<sup>548</sup> : Fiche de synthèse n°33, « L'initiative gouvernementale », publiée sur le site internet officielle de l'assemblée nationale française, URL : <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-legislatives/l-initiative-gouvernementale>.

## A. Les avis rendus en application de l'article 88-4 de la Constitution :

En vertu de cet article, le gouvernement soumet au Parlement les projets ou propositions d'actes de Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative. Il peut également lui soumettre les autres projets ou propositions d'actes ainsi que tout document émanant de l'Union européenne. Les notions d'« acte des Communautés européennes et de l'Union européenne » et d'« acte comportant des dispositions de nature législative » n'étant pas claires, il est apparu nécessaire de faire intervenir le Conseil d'État. Un régime de consultation préalable à la transmission au Parlement des propositions d'actes en cause a ainsi été institué.

Depuis la révision opérée par la loi du 25 juin 1992<sup>549</sup>, le Premier ministre a décidé de saisir les formations administratives du Conseil d'État de toute proposition ou de tout projet d'acte de l'Union européenne, notamment quant à leur compatibilité avec la Constitution. Le premier alinéa de l'article 88-4 de la Constitution dispose que « le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets d'actes législatifs européens et les autres projets ou propositions d'actes de l'Union européenne ». Pour déterminer si une proposition d'acte communautaire comporte des dispositions de nature législative, le gouvernement a décidé de s'en remettre à l'avis du Conseil d'État.

Cet article traduit une implication sans précédent des parlementaires français dans les questions européennes. Il peut ainsi dans cette hypothèse être amené, très en amont du processus de négociation, à se prononcer sur la constitutionnalité des normes dérivées de l'Union.

Il n'est possible de citer qu'un seul exemple relatif à un problème de constitutionnalité : l'avis du 10 juin 1993 relatif au projet de directive sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Dans cet avis, le Conseil a considéré que le projet de directive comportait des garanties moindres pour la liberté individuelle que celles résultant de la législation française existante : « Certaines pourraient conduire à une régression du niveau de protection jusqu'ici accordée à ces

---

<sup>549</sup> : Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre " Des Communautés européennes et de l'Union européenne ", *JO* n° 147 du 26 juin 1992, p. 8406.



principes en droit interne ». Le gouvernement français s'est, par la suite, prévalu de cet avis pour solliciter la modification du projet de directive.

Dans le cadre d'intervention du contrôle effectué par les formations administratives du Conseil d'État en ce qui concerne la conformité des engagements internationaux à la Constitution, le Conseil d'État s'attache à ce que les textes qu'il adopte soient d'une parfaite qualité du point de vue du droit. Afin de mettre en évidence le contrôle d'opportunité du Conseil d'État et ses incidences quant aux normes de références, nous évoquerons l'avis du 24 septembre 1996 relatif à la Charte européenne des langues régionales<sup>550</sup>.

Le Conseil d'État sollicité par le Premier ministre était saisi d'une demande d'avis portant sur la compatibilité à la Constitution de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Aux termes de cet avis, le Conseil d'État a conclu à l'impossibilité de ratifier la Charte sans une révision préalable de la Constitution.

S'il considère que les articles 8, 11 et 12 de la Charte, relatifs à l'éducation, aux médias et à la culture, sous réserve de certaines précautions à prendre dans leur mise en œuvre, ne se heurtent à aucune objection constitutionnelle, en revanche, « les obligations prévues aux articles 9 et 10 prévoient un véritable droit à l'utilisation de langues régionales ou minoritaires dans les rapports avec la justice et les autorités administratives ». Tel que rédigé, l'article 9 méconnaît les obligations résultant de l'article 2 de la Constitution selon lequel la langue de la République est le français. Il en va de même concernant les prescriptions de l'article 10 relatif à l'usage des langues régionales ou minoritaires par les autorités administratives et les services publics.

En conséquence, selon le Conseil d'État, « l'obligation de retenir un nombre minimum d'obligations dans les articles 9 et 10 s'oppose à la ratification ». Rappelons, en effet, que la Charte impose aux États de choisir au moins un engagement dans chacun des articles 9 (sur la justice) et 10 (relatif aux autorités administratives).

Cette argumentation du Conseil d'État sera reprise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 juin 1999 (n° 99-412 DC). Ce dernier était saisi en application de l'article 54 de la Constitution afin de savoir si une

---

<sup>550</sup> : CE, avis n° 359461 du 24 septembre 1996 relatif à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : *Rapport public du Conseil d'État pour 1996*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 303.

modification de la Constitution était nécessaire à la ratification de la Charte. Dans la continuité du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a répondu par l'affirmative estimant que la Charte « comporte des clauses contraires à la Constitution ».

Le Conseil constitutionnel va ainsi reprendre les motifs du Conseil d'État rappelant en premier lieu certains principes à valeur constitutionnelle et notamment le principe d'indivisibilité de la République et d'égalité devant la loi, mais aussi le principe d'unicité du peuple français conformément à sa décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991. En second lieu, le Conseil fait référence à la liberté d'expression et de communication introduite à l'article 2 de la Constitution et en déduit que « l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public », et que « les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage ».<sup>551</sup>

## **B. Les avis sur les projets et propositions de loi du pays :**

La loi organique du 19 mars 1999 permet au Congrès de Nouvelle-Calédonie de voter des « lois du pays »<sup>552</sup>. Les modalités de l'intervention du Conseil d'État varient selon qu'il est consulté sur un projet ou sur une proposition de loi du pays<sup>553</sup>. Dans tous les cas, l'avis est réputé donné dans le délai d'un mois.

---

<sup>551</sup> : Tiffanie Tabeau, « Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux dans le cadre des attributions consultatives du Conseil d'État. L'influence réciproque du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 108, no. 4, 2016, pp. 939-964.

<sup>552</sup> : Ce statut transfère à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes : le Congrès est autorisé à voter des « Lois du pays ». Ce sont des délibérations du Congrès qui portent des matières énumérées à l'article 99 de la loi organique. Elles peuvent avoir notamment pour objet: les signes identitaires, les impôts, le droit du travail, l'exploitation du nickel, le droit domanial, l'accès à l'emploi des étrangers. Ces lois du pays, dont les projets et les propositions sont soumis pour avis au Conseil d'État avant leur adoption, peuvent être déferées au Conseil constitutionnel. Ce sont des actes de « force législative », Pour la première fois en France, une norme législative exprime donc la volonté d'une collectivité autre que l'État.

<sup>553</sup> : Selon l'article L112-6 du CJA qui dispose : « Ainsi qu'il est dit à l'article 100 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, " les projets de loi du pays sont soumis, pour avis, au Conseil d'État avant leur adoption par le gouvernement délibérant en conseil.

Les propositions de loi du pays sont soumises, pour avis, au Conseil d'État par le président du congrès avant leur première lecture. Le vote du congrès intervient après que le Conseil d'État a rendu son avis.

L'avis est réputé donné dans le délai d'un mois.

Les avis mentionnés au présent article sont transmis au président du gouvernement, au président du congrès, au haut-commissaire et au Conseil constitutionnel. " »

La faculté reconnue aux assemblées délibérantes des territoires d'outre-mer d'intervenir dans un champ de compétence qui, en métropole, relève du domaine de la loi a constitué, avec le principe de spécialité législative, l'un des traits spécifiques de cette catégorie de collectivité d'outre-mer.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs estimé dans une décision du 2 juillet 1965<sup>554</sup> que la répartition des compétences entre la loi et le règlement dans les territoires d'outre-mer pouvait différer de celle prévue en métropole.

Néanmoins, si les délibérations des assemblées délibérantes des territoires d'outre-mer -désormais collectivités d'outre-mer- sont législatives *ratione materiae*, elles demeurent formellement des actes administratifs et relèvent à ce titre du contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Ainsi l'assemblée de la Polynésie française intervient de longue date dans le domaine de la loi et son champ d'initiative en la matière n'a cessé de s'accroître au fil des compétences transférées.

Ce n'est donc pas sur ce point que le projet de loi organique innove mais sur la désignation de ces actes et leur procédure d'adoption ainsi surtout que sur leur contrôle juridictionnel.

Les délibérations prises dans le domaine législatif sont dénommées « lois du pays ». Cette désignation n'est toutefois explicitement mentionnée qu'à l'article 139, les autres articles visant les lois du pays se bornant à renvoyer aux actes visés à l'article 139. Le projet de loi gouvernemental a ainsi délibérément manifesté une certaine prudence dans l'emploi d'une formule qui tend à les assimiler aux « lois du pays » de la Nouvelle-Calédonie alors même qu'elles n'en ont pas les caractéristiques.

Il n'en reste pas moins que la qualification -même sous la forme d'une seule occurrence- de « lois du pays » répond à une profonde attente des autorités polynésiennes et autorisera celle-ci à dénommer ainsi l'ensemble des actes pris en matière législative.

Les lois du pays peuvent intervenir dans une douzaine de matières (principes fondamentaux du droit du travail, règles concernant le nickel...). Elles

---

<sup>554</sup> : CC, décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965 relative à l'examen des articles 1<sup>er</sup>, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins de commerce.

sont adoptées par le Congrès après avis du Conseil d'État. Elles peuvent donner lieu, dans un délai de quinze jours, à une deuxième délibération. Celle-ci conditionne une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel appelé à se prononcer dans un délai de trois mois. Au terme de cette procédure, elles sont promulguées par le Haut-commissaire. Elles acquièrent alors « valeur législative », ne pouvant être contestées devant les tribunaux administratifs.

À ce jour, vingt-neuf lois du pays ont été adoptées, le Conseil constitutionnel ayant été saisi une fois, en janvier 2000, à propos de la loi du pays instituant une taxe générale sur les services.

Par ailleurs, ces actes seront soumis à une procédure législative plus rigoureuse, voire plus solennelle (désignation d'un rapporteur par l'assemblée de la Polynésie française dans son ensemble, adoption au scrutin public à la majorité des membres de cette assemblée, promulgation par le président de la Polynésie française).

Surtout ces actes sont soumis à un contrôle juridictionnel spécifique.

En effet, le caractère hybride de ces actes a motivé leur soumission à un contrôle juridictionnel spécifique exercé par le Conseil d'État comme le prévoit l'article 74, huitième alinéa, de la Constitution. Le contrôle par le Conseil constitutionnel n'a pas été retenu contrairement à ce qu'il en est pour les lois du pays en Nouvelle-Calédonie. Celles-ci sont en effet généralement considérées comme ayant valeur législative, ce qui peut être le cas des lois du pays de la Polynésie française.

Les articles 176 à 180 définissent les modalités de ce contrôle juridictionnel spécifique. Elles présentent plusieurs traits originaux.

Tout d'abord, **seul le Conseil d'État** peut connaître de ces actes. Ainsi, si une juridiction est saisie par voie d'exception, elle sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'État se soit prononcé.

Ensuite, les lois du pays ne peuvent plus être contestées par voie d'action après leur publication au Journal officiel de la Polynésie française. Le but est de conférer une plus grande sécurité juridique à des actes intervenant dans le domaine de la loi. Il justifie certaines restrictions au droit de recours. En lieu et

place d'un recours pour excès de pouvoir, le projet de loi met en place un contrôle a priori, avant la promulgation<sup>555</sup>.

À l'expiration du délai de huit jours pendant lequel un projet de « loi du pays » adopté par l'assemblée de la Polynésie française peut faire l'objet d'une nouvelle lecture, le haut-commissaire, le président de la Polynésie française, le président de l'assemblée de la Polynésie française ou six membres de cette dernière disposent de quinze jours pour déférer le projet au Conseil d'État. À l'évidence, la procédure est inspirée de l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution relatif à la saisine du Conseil constitutionnel sur les lois avant leur promulgation<sup>556</sup>. Toutefois, une différence importante est la possibilité pour un particulier de déférer le projet d'acte au Conseil d'État dans le délai d'un mois à compter de l'expiration de la même période de huit jours. Comme pour un recours en excès de pouvoir, il n'aura pas à se prévaloir d'un intérêt à agir particulier.

La suite de la procédure est très proche également de celle des articles 61 et 62 de la Constitution. Le Conseil d'État se prononce dans les trois mois sur le projet de « loi du pays » quant à sa conformité totale ou partielle, voire à sa contrariété totale aux normes qui lui sont supérieurs. L'acte, finalement promulgué, doit être conforme à ces normes et le président de la Polynésie peut demander une nouvelle délibération de l'assemblée, afin d'en assurer la conformité. Une fois promulguée, la « loi du pays » n'est susceptible d'aucun recours par voie d'action.

Après la promulgation, deux voies de recours sont ouvertes. D'une part, par voie d'exception, il est possible d'exciper l'illégalité de la « loi du pays ». La juridiction doit alors transmettre sans délai la question au Conseil d'État qui peut

---

<sup>555</sup> : *Si d'un point de vue symbolique et théorique la différence est importante, pratiquement la portée est moindre. Le recours pour excès de pouvoir est en effet enfermé dans des délais assez courts afin d'assurer de la même manière la sécurité juridique des actes administratifs.*

<sup>556</sup> : L'article 61 de la constitution du 04 octobre 1958 dispose : « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois.

Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation. »

seul apprécier la validité de la loi du pays. Ainsi, contrairement à l'article L. 111-5 du code pénal<sup>557</sup>, même le juge répressif ne pourrait en apprécier la légalité. D'autre part, l'article 180 crée une procédure permettant le déclassement d'une « loi de pays » intervenue, soit dans le domaine réglementaire, soit dans les compétences de l'État. La procédure est fortement inspirée de celle de l'article 37, deuxième alinéa, de la Constitution et constitue le pendant de l'article 12 la loi organique citée plus haut. Le Conseil d'État est saisi par le président de la Polynésie française, le président de l'assemblée de la Polynésie française ou le ministre chargé de l'outre-mer. Il statue dans un délai de trois mois.

Enfin, le projet de loi organique dispose que le Conseil d'État se prononce sur la conformité des lois du pays au regard de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et des principes généraux du droit. L'ajout de la mention des principes généraux du droit à valeur législative est dû au Conseil d'État. Toutefois, l'avant-dernier alinéa de l'article 139 précise que les « lois du pays » peuvent être applicables, lorsque l'intérêt général le justifie, aux contrats en cours. Le principe général de non-rétroactivité des actes administratifs n'est donc que partiellement applicable. Notons également que nombre de principes généraux du droit ont un contenu équivalent aux principes à valeur constitutionnelle.

La sauvegarde des compétences propres de la collectivité apparaît comme une condition essentielle d'une autonomie effective. Sans doute a-t-il été reconnu à la Polynésie française la possibilité de modifier des lois intervenues antérieurement à l'attribution de compétences à la collectivité. En revanche, les collectivités ultramarines se sont longtemps trouvés démunies face au risque d'empiètement du législateur postérieurement à la dévolution de compétences. La réforme constitutionnelle de 1992 obligeant le législateur à emprunter la voie de la loi organique pour toute modification relative à l'organisation particulière de ces collectivités a marqué un évident progrès dans le sens d'une meilleure protection des compétences propres de la collectivité. Il n'en reste pas moins que la pratique institutionnelle n'est pas exempte d'exemples d'empiètement de

---

<sup>557</sup> : Codifié par la loi 92-683 du 22 juillet 1992, l'article 111-5 du code pénal dispose : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. »

la loi ordinaire, voire de l'ordonnance, dans les domaines de compétence de la Polynésie française<sup>558</sup>.

Sans doute de telles dispositions pourraient-elles être censurées par le Conseil constitutionnel au motif qu'elles relèvent de la loi organique. Cependant, faute d'une saisine du Conseil constitutionnel, les lois entrant dans le champ de compétence de la Polynésie française s'imposent à cette collectivité. Comme l'a indiqué le Conseil d'État, « *Une fois intervenue une loi postérieure à la loi organique fixant le statut du territoire, le territoire n'a pas le pouvoir de la modifier* »<sup>559</sup>. Il reste aux conseillers territoriaux la faculté, en vertu de l'article 70 de la loi organique de 1999 citée plus haut, de présenter des vœux pour obtenir des autorités de la République l'abrogation des dispositions méconnaissant la compétence de la collectivité.

Parallèlement, l'État a toujours, quant à lui, la faculté d'imposer le respect des compétences régaliennes par la Polynésie française : les actes de la collectivité qui ont valeur réglementaire sont soumis au contrôle de légalité -le Conseil d'État étant appelé à rendre un avis en la matière sur la base des articles 113 et 114 de la loi organique.

Sur le fondement de l'article 74 de la Constitution, l'article 12 de la loi organique introduit une procédure de « déclassement » devant le Conseil constitutionnel des dispositions législatives intervenant dans le champ de compétence de la Polynésie française.

Ainsi les « institutions compétentes » de la Polynésie française pourraient modifier ou abroger une loi postérieure à l'entrée en vigueur du statut à condition que le Conseil constitutionnel -saisi par le président de la Polynésie française, le président de l'assemblée ou le premier ministre- ait déclaré qu'elle est intervenue dans le domaine de compétence de la Polynésie française.

Cette nouvelle disposition est en quelque sorte le pendant de l'article 37 de la Constitution qui permet au gouvernement de modifier par décret des textes de

---

<sup>558</sup> : Alain Moyrand, « Les institutions de la Polynésie française », ministère de l'éducation de la Polynésie française, Centre territorial de recherche et de documentation pédagogiques, 2003, pp. 46 et 47.

<sup>559</sup> : CE, avis n° 363633 du 5 octobre 1999.

forme législative intervenus dans le domaine du règlement à condition que le Conseil constitutionnel en ait reconnu le caractère réglementaire.<sup>560</sup>

---

<sup>560</sup> : Rapport législatif du Sénat sur le projet de loi organique du 19 mars 1999, in : III. LES GRANDES LIGNES DU PROJET DE LOI ORGANIQUE ET DU PROJET DE LOI LE COMPLÉTANT, Publié sur le site officiel du Sénat français, URL : <https://www.senat.fr/rap/l03-107/l03-1076.html>.



## **Section 02 : Sur les ordonnances présidentielles et les décrets en Conseil d'État (spécificité française).**

### **A. Consultation obligatoire du Conseil d'État sur les projets d'ordonnances présidentielles :**

Les ordonnances présidentielles sont prises en Conseil des ministres « après avis du Conseil d'État »<sup>561</sup>. Tous ces avis sont obligatoires, à l'exception de ceux rendus sur les propositions de loi. Ils sont en principe rendus par l'assemblée générale du Conseil d'État.

Il revient au secrétariat général du Gouvernement de saisir le Conseil d'État des projets d'ordonnances. La saisine doit intervenir, sauf exception, au moins quatre semaines avant la date envisagée pour l'inscription du projet d'ordonnance au conseil des ministres.

Le ministre qui a l'initiative du projet le transmet au moyen du système d'organisation en ligne des opérations normatives (SOLON)<sup>562</sup> au secrétariat général du Gouvernement, en joignant à l'envoi :

- Le rapport de présentation<sup>563</sup> ;

---

<sup>561</sup> : Selon les dispositions de l'article 38 de la constitution française du 4 octobre 1958 en vigueur.

<sup>562</sup> : L'outil S.O.L.O.N (*Système d'Organisation en Ligne des Opérations Normatives*) a été déployé au printemps 2007 à l'échelle interministérielle sous la responsabilité du *Secrétariat général du gouvernement*. Dématérialisant le parcours des textes publiés au *Journal officiel de la République française* (édition "*Lois et décrets*") entre les ministères, le Conseil d'État et le *Secrétariat général du gouvernement*, il a notamment pour avantage de permettre un meilleur suivi du travail gouvernemental, en garantissant la traçabilité des différents états successifs des projets de textes jusqu'à leur publication au *Journal officiel*.

S.O.L.O.N. est aujourd'hui devenu le vecteur de droit commun de la transmission des textes à la *Direction des Journaux officiels* pour publication. 90 % des textes paraissant au *Journal officiel* sont traités par son canal : projets de lois, ordonnances, décrets, arrêtés, décisions, avis, soit un peu plus de 30 000 textes chaque année. Ces textes sont désormais transmis par le *Secrétariat général du gouvernement* à la *Direction des Journaux officiels* par le canal de l'application, sont intégrés dans le système d'information de la *Direction des Journaux officiels* puis diffusés au format papier ou électronique, notamment par le site *Légifrance*.

S.O.L.O.N est basé sur une application de *Records Management* ou « *gestion des archives intermédiaires et courantes* » développée par la célèbre société SAP et intégrant les outils suivants :

- Base de données
- Workflow
- Gestion électronique des documents
- Moteur de recherche
- Annuaire des contributeurs (LDAP)
- Mise en forme des projets de texte
- Outils de « reporting ».

<sup>563</sup>: Un rapport de présentation accompagne obligatoirement les ordonnances, en vertu de l'article L. 221-9 du code des relations entre le public et l'administration.

- La fiche d'impact s'il y a lieu<sup>564</sup>;

Le rapport de présentation obéit aux règles suivantes :

– Il éclaire le signataire – Président de la République – sur les raisons pour lesquelles le texte est proposé et sur son contenu ;

– Le cas échéant, il explique les raisons qui ont conduit à modifier la réglementation en vigueur et l'économie des dispositions prises en ce sens ;

– Il précise la teneur des articles essentiels du projet.

D'une manière générale, et en particulier pour les textes ayant un effet pratique sur la vie quotidienne des administrés, il convient de faire ressortir clairement dans le rapport de présentation :

– Les objectifs poursuivis par le texte ;

– La description précise des mesures adoptées ;

– Les conditions à remplir pour bénéficier de ces mesures.

Si un texte est en Conseil d'État et qu'il est intégralement conforme à l'avis du Conseil d'État, il est d'usage que le rapport de présentation le précise.

Le rapport de présentation doit être soigneusement rédigé, mais il n'a pas de portée juridique propre. Ainsi, il a été jugé que « *le rapport présenté au Président de la République en vue de l'examen d'une ordonnance en conseil des ministres, qui a pour objet de l'éclairer sur les raisons pour lesquelles le texte est proposé et sur son contenu, ne saurait être regardé, quels qu'en soient les termes, comme une décision susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir* » (CE, Sect., 19 octobre 2005, Confédération générale du travail et autres, no 283471).

Pour un texte présenté à la signature du Président de la République, le rapport commence par les mentions suivantes :

« *Rapport au Président de la République*

« *Monsieur le Président de la République,* » et se termine par les formules suivantes :

« *Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.*

« *Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.* »

<sup>564</sup> : À l'exception des dispositions du II de l'article 8 du décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration qui conditionne la légalité externe d'un projet de texte réglementaire concernant les services déconcentrés de l'État à la production d'une fiche d'impact et de celles de l'article R. 1213-27 du code général des collectivités territoriales qui prévoit la transmission au Conseil national d'évaluation des normes, à l'appui de tout projet de texte créant ou modifiant des normes applicables aux collectivités territoriales, « *d'un rapport de présentation et d'une fiche d'impact faisant apparaître les incidences techniques et les incidences financières, quelles qu'elles soient, des mesures proposées pour les collectivités territoriales* », aucun texte ne rend obligatoire, de façon générale, la production d'une évaluation préalable pour les projets d'acte réglementaire.

Par une circulaire du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales, publiée au *Journal officiel* du 18 février, le Premier ministre a donné instruction aux membres du Gouvernement de procéder à une « *analyse d'impact circonstanciée* » pour tout projet de texte comprenant des mesures concernant les entreprises, c'est-à-dire susceptibles d'avoir une incidence sur elles, particulièrement sur les petites et moyennes entreprises et sur les entreprises du secteur industriel. Le secrétariat général du Gouvernement, rendu destinataire de cette analyse d'impact à l'appui du projet de texte, apprécie si elle a été conduite de manière satisfaisante.

**Les projets d'ordonnance constituent un cas particulier.** En effet, il s'agit d'actes de nature réglementaire, jusqu'à leur ratification par le Parlement. Il en résulte qu'ils doivent faire l'objet d'une étude d'impact dans les cas présentés ci-dessus ou est prévue une obligation relative aux actes réglementaires, qu'ils concernent les collectivités territoriales ou les entreprises. De façon plus générale, compte tenu de la teneur de leurs dispositions, il est de bonne méthode de procéder à une évaluation préalable aussi complète que celle qui aurait été exigée pour un projet de loi.

La circulaire du Premier ministre du 17 juillet 2013 relative à la mise en œuvre du gel de la réglementation prévoit notamment que l'évaluation préalable des projets de textes réglementaires concerne désormais l'ensemble des textes applicables aux collectivités territoriales, aux entreprises et aux particuliers, à l'exception des textes uniquement applicables aux administrations de l'État.

La circulaire du Premier ministre du 12 octobre 2015 rappelle que les projets de texte applicables aux collectivités territoriales, qui nécessitent à ce titre la consultation du Conseil national d'évaluation des normes, doivent être systématiquement accompagnés d'une fiche d'impact. Chaque projet de texte précité, accompagné d'une fiche d'impact renseignée avec soin et de manière précise, doit être soumis à l'avis préalable du secrétariat général du Gouvernement disponible sur son site extranet (<http://extraqual.pm.ader.gouv.fr>). Lorsque les réglementations

- La liste des ministres et secrétaires d'État intéressés ainsi que le nom, la qualité, l'adresse postale, l'adresse électronique et le numéro de téléphone des fonctionnaires susceptibles d'être désignés en qualité de commissaire du Gouvernement au Conseil d'État ;
- Une fiche recensant l'ensemble des consultations obligatoires, avec l'indication du texte qui prescrit la consultation, et mentionnant la date à laquelle il y a été ou sera procédé, à laquelle sont joints les avis rendus ou, à défaut, les lettres de saisine des organismes consultés ;
- Une fiche relative à l'application outre-mer du projet de texte exposant, par collectivité ou groupe de collectivités ultramarines, le fondement de la compétence de l'État ou de la collectivité, la nécessité de prévoir une mention d'extension ou d'adaptation et quelles consultations obligatoires en découlent;
- Une fiche expliquant le raisonnement tenu quant à la nécessité de mesures transitoires et leurs modalités ;
- Pour les projets d'ordonnance modifiant les textes en vigueur, la version consolidée du texte modifié en faisant apparaître les modifications en corrections apparentes (police ordinaire pour les dispositions maintenues, caractères barrés pour les dispositions supprimées ou remplacées, caractères gras ou soulignés pour les dispositions ajoutées ou substitutives) et en

---

nouvelles concernant les collectivités territoriales sont également applicables à d'autres catégories d'acteurs (par exemple : les entreprises ou les particuliers), l'évaluation les concernant doit figurer dans la fiche d'impact sauf si l'impact est considéré comme non significatif.

La circulaire du 12 octobre 2015 prévoit également que ces projets de texte doivent systématiquement être accompagnés d'une fiche d'impact dès lors qu'ils ont un impact significatif qui s'apprécie en termes de charges nouvelles ou d'économie pour les entreprises et le public. Le ministère porteur du ou des projets de texte doit apprécier, de manière pragmatique, le caractère significatif de l'impact en prenant en compte les spécificités du secteur auquel le texte a vocation à s'appliquer. En tout état de cause, le secrétariat général du Gouvernement s'assure que les projets de texte ayant un impact significatif sur les entreprises ont donné lieu à des échanges avec le conseil de la simplification pour les entreprises.

Dans le cas contraire, il examine si ce ou ces projets doivent faire l'objet d'un « test PME ».

La circulaire du Premier ministre du 2 mai 2016 prévoit que les projets de loi et de textes réglementaires doivent donner lieu à une évaluation de leurs impacts sur la jeunesse. La version dématérialisée du modèle de fiche d'impact est disponible sur le portail de la qualité et de la simplification du droit (<http://extraqual.pm.ader.gouv.fr>). Enfin, la circulaire du Premier ministre du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise du flux des textes réglementaires et de leur impact subordonne l'entrée en vigueur d'un décret réglementaire comportant des mesures constitutives de normes nouvelles contraignantes opposables aux acteurs de la société civile (entreprises, associations, particuliers), aux services déconcentrés de l'État et aux collectivités territoriales à l'adoption simultanée d'au moins deux mesures d'abrogation ou, à titre subsidiaire, de deux mesures de simplification de normes existantes.

Ces abrogations ou ces simplifications doivent intervenir dans le même champ ministériel ou dans le cadre d'une même politique publique que la norme créée, et, apparaître qualitativement de niveau équivalent et non pas simplement répondre à cet objectif quantitatif.

incluant les articles non modifiés mais nécessaires pour mesurer la portée des modifications introduites ;

- En cas de transposition de directive, deux tableaux sont établis : le premier<sup>565</sup> de concordance entre les dispositions de droit de l'Union européenne à mettre en œuvre et le droit national et le second<sup>566</sup> mentionnant, pour chaque article du projet d'ordonnance, les dispositions du droit de l'Union européenne que ce projet a pour objet de transposer, de manière à bien distinguer, au sein du projet, ce qui relève des obligations de transposition et ce qui est étranger à ces obligations ou va au-delà ;
- La copie de la disposition législative d'habilitation ;
- Le cas échéant, la copie des directives de l'Union européenne que le texte a pour objet de transposer.

Le texte adressé au Conseil d'État via « SOLON » fait seul foi dans la procédure de consultation. Il est diffusé par voie électronique à tous les membres du Gouvernement intéressés par les soins du secrétariat général du Gouvernement.

Outre les indications générales données par ailleurs, il convient de préciser que :

Toute modification du projet souhaitée par le Gouvernement et autre que rédactionnelle doit prendre la forme d'une saisine rectificative par les soins du secrétariat général du Gouvernement. À titre exceptionnel, s'agissant de modifications de portée limitée par leur ampleur et leur portée, la saisine peut prendre la forme de propositions émises ou confirmées en séance par le représentant du secrétariat général du Gouvernement.

<sup>565</sup> : TABLEAU DE TRANSPOSITION D'UNE DIRECTIVE DE L'UNION EUROPÉENNE :

Dispositions de la directive à transposer	Normes de droit interne existantes portant déjà transposition de certaines dispositions de la directive	Nature juridique des nouvelles normes à adopter pour assurer l'entière transposition de la directive	Dispositions proposées	Observations

<sup>566</sup> : TABLEAU COMPLÉMENTAIRE AU TABLEAU DE TRANSPOSITION D'UNE DIRECTIVE DE L'UNION EUROPÉENNE :

Dispositions proposées	Dispositions de la directive à transposer	Observations

Il a été ainsi jugé qu'un amendement (à un projet de décret), présenté verbalement en séance par le Gouvernement lors de l'examen pour avis par le Conseil d'État, est régulièrement soumis au Conseil d'État<sup>567</sup>.

Le ministère qui a l'initiative du projet indique précisément les motifs d'une saisine rectificative au secrétariat général du Gouvernement en vue de préparer la lettre d'accompagnement au Conseil d'État. Il adresse également une nouvelle version du rapport de présentation mis en cohérence avec le nouveau projet. La saisine rectificative elle-même identifie clairement les modifications proposées par rapport au projet initial, en suivant sa structure. Les articles ou ensembles d'articles sans changement sont éludés et remplacés par le signe typographique « [...] ». La numérotation des articles est poursuivie si des articles complémentaires sont ajoutés à la fin du projet. En revanche, s'ils s'insèrent dans le projet, il convient de les numéroter en fonction du numéro de l'article qui précède en ajoutant les suffixes *bis*, *ter*, *quater*... de sorte à ne pas modifier la numérotation des articles suivants du projet initial ; si des échanges portant sur la rédaction du texte ou tout élément susceptible de l'affecter ont lieu entre le ou les rapporteurs et les commissaires du Gouvernement en dehors des réunions de travail organisées à cet effet, le représentant du secrétariat général du Gouvernement doit en être informé.

L'avis du Conseil d'État est transmis via SOLON au secrétariat général du Gouvernement qui le diffuse par voie électronique à tous les membres du Gouvernement intéressés

Les avis et délibérations du Conseil d'État sont destinés au seul Gouvernement. Ce principe a été confirmé au cours des travaux préparatoires de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des

---

<sup>567</sup> : CE, 18 janvier 1991, Société « Multypromotion », requête n° 104197, publié au recueil Lebon.

**Résumé** : « Un amendement à un projet de décret, présenté verbalement en séance par le Gouvernement lors de l'examen pour avis par le Conseil d'État, est régulièrement soumis au Conseil d'État. Les dispositions du décret examinées dans ces conditions ne sont pas entachées d'incompétence.

Aux termes de l'article 3 de la loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et pré enseignes "constitue une publicité, à l'exclusion des enseignes et des pré enseignes, toute inscription, forme ou image destinée à informer le public ou à attirer son attention, les dispositifs dont le principal objet est de recevoir lesdites inscriptions, formes ou images étant assimilés à des publicités" et aux termes de l'article 1er du décret n° 82-764 du 6 septembre 1982 pris en application de l'article 14 de la loi précitée "la surface totale des publicités apposées sur chaque véhicule ne peut excéder 16 m<sup>2</sup>". Il résulte de ces dispositions combinées que les règles de dimension maximum ainsi rendues obligatoires concernent notamment les dispositifs qui ont pour principal objet de recevoir la publicité et dont la mise en conformité peut être ordonnée en utilisant la procédure d'astreinte instituée par l'article 25 de la loi. Véhicule utilisé à des fins publicitaires doté d'un dispositif destiné à recevoir de la publicité d'une surface excédant 16 m<sup>2</sup>. En mettant en demeure le propriétaire de réduire à 16 m<sup>2</sup> la surface dudit support, un maire ne commet pas d'erreur de droit. »

institutions de la V<sup>ème</sup> République, l'Assemblée nationale et le Sénat ayant rejeté des amendements qui prévoyaient de rendre publics les avis du Conseil d'État sur les projets de loi. Il est consacré par l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration, aux termes duquel les avis du Conseil d'État ne sont pas des documents administratifs communicables.

Il en résulte que seul le Premier ministre peut décider de rendre public un avis ou d'en autoriser la diffusion et qu'en l'absence d'une telle décision, les avis sur les projets de textes ne doivent faire l'objet d'aucune divulgation ; cette règle doit être strictement respectée par les commissaires du Gouvernement et les autres personnes informées de la teneur des avis.

Les avis du Conseil d'État au vu desquels le Gouvernement adopte ses textes sont couverts par le secret de ses délibérations<sup>568</sup>.

Les avis sur les projets de décrets conformément à l'article L. 112-1 du CJA<sup>569</sup> sont donnés au terme du processus d'élaboration de ces actes. La consultation du Conseil d'État est, soit obligatoire, soit facultative.

Lorsqu'elle est obligatoire, le décret est désigné comme étant un « décret en Conseil d'État », et il mentionne qu'il a été pris « le Conseil d'État entendu ». Lorsqu'elle est facultative, le décret simple est pris « après avis du Conseil d'État », et il porte dans ses visas la mention « vu l'avis du Conseil d'État ». La consultation est obligatoire dans trois hypothèses :

- Pour les décrets pris dans le cadre de la procédure de « délégalisation »<sup>570</sup> ;

---

<sup>568</sup> : CE, 30 mars 2016, Association France nature environnement, requête n° 383546, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

**Résumé** : « Il résulte des dispositions combinées des articles L. 124-1 et L. 124-4 du code de l'environnement, ainsi que des dispositions de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 aujourd'hui codifiées, en premier lieu, que si les avis du Conseil d'État ne sont pas communicables, les informations relatives à l'environnement qu'ils pourraient le cas échéant contenir sont quant à elles communicables et, en second lieu, qu'il appartient au Premier ministre d'apprécier au cas par cas si la préservation du secret des délibérations du Gouvernement est de nature à faire obstacle à leur communication. Les avis du Conseil d'État au vu desquels le Gouvernement adopte ses textes sont couverts par le secret de ses délibérations. »

<sup>569</sup> : Qui dispose : « 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.

Le Conseil d'État émet un avis sur les propositions de loi, déposées sur le bureau d'une assemblée parlementaire et non encore examinées en commission, dont il est saisi par le président de cette assemblée.

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.

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. »

<sup>570</sup> : Si le législateur intervient dans le domaine réglementaire, les règlements doivent, certes, respecter la loi, mais le pouvoir exécutif a la possibilité de récupérer ce qui lui revient en utilisant la procédure dite de « délégalisation »

- Lorsque les dispositions législatives qui servent de fondement au décret précisent que les mesures nécessaires à leur application seront prises par « décret en Conseil d'État »;
- Lorsqu'il s'agit de modifier ou d'abroger un décret comportant dans ses visas la mention « le Conseil d'État entendu » et que ce décret ne précise pas que certaines de ses dispositions pourront être modifiées ou abrogées par décret simple<sup>571</sup>.

Lorsque le Conseil d'État doit ainsi être consulté sur un projet de décret et que cette consultation n'a pas eu lieu, ledit décret est entaché d'incompétence<sup>572</sup>.

---

de l'article 37, al. 2 de la Constitution qui dispose : « Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. »

En vertu de laquelle, le pouvoir réglementaire peut modifier les textes législatifs intervenus dans le domaine de l'article 37, par des décrets pris après avis, soit du Conseil d'État, soit du Conseil constitutionnel, selon que le texte de loi est intervenu dans le domaine du règlement avant ou après l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958. Les règlements édictés en application de cette procédure n'ont donc plus à respecter la loi ainsi délégalisée puisqu'ils peuvent en modifier les dispositions.

<sup>571</sup> : CE, Ass, 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*, Rec., p.272.

<sup>572</sup> : Cette solution déroge à la règle selon laquelle l'absence de consultation d'un organisme devant donner un avis obligatoire entache d'un vice de procédure l'acte à propos duquel l'organisme aurait dû être sollicité (CE, 26 Octobre 1951, *Association nationale de la Meumerie française*, Rec., p. 498). Elle s'explique ainsi. À la différence du vice de forme, l'incompétence est un moyen d'ordre public. Il peut ainsi être soulevé par les parties en tout état de la procédure. Il doit même être soulevé d'office par le juge. Assimiler un vice de procédure à une incompétence permet donc plus facilement au Conseil d'État statuant au contentieux de sanctionner le non-respect de l'obligation de consulter le Conseil d'État en ses formations administratives.

## B. Les décrets en Conseil d'État :

Un projet de décret en Conseil d'État constitue, dans de nombreux cas, une mesure d'application d'une loi ou d'une ordonnance. Comme tel, il doit faire l'objet d'une réflexion concomitante à l'élaboration de celle-ci de façon à permettre dès ce stade une vision d'ensemble de la réglementation projetée<sup>573</sup> et, une fois les dispositions législatives adoptées, à faciliter leur mise en œuvre dans un délai raisonnable. Cette mise en œuvre fait l'objet d'un suivi interministériel<sup>574</sup>. Les mesures réglementaires d'application des lois sont en effet programmées lors d'une réunion interministérielle, présidée par le secrétaire général du Gouvernement, en présence de l'ensemble des

---

<sup>573</sup> : L'édition d'une norme unilatérale – loi, décret, arrêté – est soumise au respect de règles juridiques de fond et de procédure ainsi qu'à des principes de bonne rédaction.

Mais elle doit avant tout avoir pour but de résoudre un problème clairement identifié et d'atteindre un résultat précisément défini, lorsqu'il est manifeste que des solutions non normatives ne le permettent pas.

Une connaissance précise de l'état du droit en la matière constitue évidemment un élément indispensable de l'identification du problème comme du choix de la solution.

Toutefois, au-delà de la connaissance et de l'analyse du droit existant, une réflexion doit être menée sur l'utilité de la « réglementation », l'insuffisance de cette réflexion figurant parmi les causes de l'excès ou, ce qui revient au même, de la modification incessante des normes.

Ainsi, toute idée d'action publique dont la mise en œuvre peut conduire à l'édition d'une norme doit faire l'objet d'une analyse préalable, même sommaire, destinée à présenter le ou les problèmes à résoudre, la solution recherchée et les avantages et inconvénients respectifs des différentes options envisagées pour la mettre en œuvre ; il convient notamment d'examiner à ce stade si des dispositions relevant du « droit souple » (voir sur ce point l'étude annuelle 2013 du Conseil d'État « Le droit souple », à la Documentation française.) ne peuvent suffire. Pour les projets de loi ou certains textes réglementaires, il peut être rendu compte de cette analyse préalable dans l'étude ou la fiche d'impact.

Avant de rédiger un projet de texte, il convient d'examiner notamment les questions suivantes :

- La réforme répond-elle à une obligation juridique ou à un choix d'opportunité ?
- Quel est le niveau de norme adéquat ?
- Quel degré de précision faut-il retenir ?
- Quelles sont les conditions à réunir pour assurer l'effectivité du nouveau dispositif ?

<sup>574</sup>: Les textes d'application des lois (décrets, arrêtés, éventuellement conventions, mesures individuelles) doivent être pris dans un délai maximal de six mois. Le respect de ce délai implique que ces textes soient conçus, dans la mesure du possible, en même temps que le projet lui-même.

Il est rappelé que l'exercice du pouvoir réglementaire comporte l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle (CE, 28 juillet 2000, Association France nature environnement, requête n° 204024, Publié au recueil Lebon). La responsabilité de l'État peut être engagée du fait de la non-intervention des décrets d'application dans un délai raisonnable (CE, Ass., 27 novembre 1964, Veuve Renard, Rec. p. 590). Le Conseil d'État a une conception stricte du délai raisonnable (voir, pour un délai inférieur à un an, CE, 27 juillet 2005, Association Bretagne Ateliers, requête n° 261694, Publié au recueil Lebon). Les annulations de refus de prendre ces mesures peuvent être assorties d'injonctions et d'astreintes (CE, Ass., 28 mars 1997, Union nationale des associations familiales, requête n° 180943, Publié au recueil Lebon ; 27 juillet 2005 – 13 juillet 2007 – 17 décembre 2008, Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires et autres, requête n° 270327, inédit au recueil Lebon ; 12 décembre 2012, M. E., requête n° 332082, Mentionné dans les tables du recueil Lebon).



administrations concernées, afin de déterminer le calendrier de publication des textes ainsi que le ministère et la direction d'administration centrale responsables de la préparation du projet de décret.

Les conditions d'élaboration du décret par le ministère qui en est responsable comme les discussions interministérielles auxquelles il donne lieu le cas échéant doivent permettre d'assurer sa régularité juridique et son adaptation à l'objectif recherché.

Lorsqu'ils ne requièrent pas de délibération en conseil des ministres, les décrets en Conseil d'État sont élaborés suivant un processus comprenant les étapes suivantes, à intégrer dans un calendrier prévisionnel :

- 1- Élaboration, au sein du ministère responsable, du projet de texte, de sa notice explicative<sup>575</sup> et, lorsqu'elle est prescrite, de sa fiche d'impact, laquelle doit être soumise au secrétariat général du Gouvernement au titre de l'évaluation préalable<sup>576</sup> ;
- 2- Consultation des ministères appelés à le contresigner en vertu de l'article 22 de la Constitution, ou dont l'avis peut se révéler utile ; le ministère de la justice doit être systématiquement consulté sur les projets de décret incluant des sanctions pénales et celui de l'outre-mer lorsque des dispositions particulières sont envisagées ou prévues en ce qui concerne l'applicabilité

---

<sup>575</sup> : En application de la circulaire du Premier ministre du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit, la publication de l'ensemble des décrets réglementaires et de certains arrêtés réglementaires – dont ceux concernant les entreprises – s'accompagne d'une notice explicative, c'est-à-dire d'un document synthétique destiné à éclairer le lecteur du Journal officiel de la République française sur la portée du texte.

<sup>576</sup> : La discipline de l'évaluation préalable repose, s'agissant des projets de loi, sur les dispositions des articles 8 à 12 de la loi organique no 2009-403 du 15 avril 2009 pris pour l'application du troisième alinéa de l'article 39 de la Constitution, introduit par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Les projets de loi doivent, sauf exceptions, faire l'objet d'une étude d'impact.

Certains actes réglementaires sont également soumis à une obligation d'évaluation préalable, selon des modalités particulières, en particulier celles que définit la circulaire du Premier ministre du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales, qui prévoit, pour les projets de textes concernés, la production de fiches d'impact, et celles que prévoit l'article R. 1213-27 du code général des collectivités territoriales pour les textes applicables à ces dernières.

L'étude ou la fiche d'impact s'attache à fournir une évaluation préalable de la réforme envisagée, aussi complète, objective et factuelle que possible. Elle ne doit être ni un exercice formel de justification *a posteriori* d'une solution prédéterminée, ni une appréciation technocratique de l'opportunité d'une réforme qui viendrait se substituer à la décision politique. Il s'agit au contraire d'une méthode destinée à éclairer les choix possibles, en apportant au Gouvernement et au Parlement les éléments d'appréciation pertinents : nature des difficultés à résoudre, avantages et inconvénients des options possibles en fonction de l'objectif poursuivi, évaluation détaillée des conséquences qui peuvent être raisonnablement attendues de la réforme pour chacune des catégories de personnes concernées comme pour les administrations elles-mêmes. Cette approche permet d'apporter une démonstration rigoureuse de la nécessité d'un nouveau texte et de la proportionnalité de la réponse juridique envisagée, en vue d'assurer un bon équilibre entre les objectifs d'intérêt général qui inspirent la réforme et la prise en compte des différents intérêts particuliers en présence.

du décret outre-mer ; les ministères intéressés formalisent leur accord par une lettre signée par le directeur ou le sous-directeur compétent (le silence gardé par une administration ne peut être assimilé à un accord) ; ces lettres sont nécessairement transmises au secrétariat général du Gouvernement puis au Conseil d'État ;

- 3- Réunion interministérielle dans l'hypothèse où l'étape précédente a fait apparaître des désaccords, qu'il est alors demandé au cabinet du Premier ministre de trancher : les réunions interministérielles ne constituent pas le mode normal de travail interministériel ; elles ne doivent être sollicitées que pour arbitrer des différends préalablement identifiés et exposés par une note établie par le ministère qui est à l'origine de la demande d'arbitrage ;
- 4- Consultation des organismes dont l'avis est requis ou souhaité<sup>577</sup> et, le cas échéant, consultation du public ; ces consultations ne peuvent en aucun cas être engagées avant que le texte du projet ait fait l'objet d'un accord entre les ministères intéressés ou d'un arbitrage du cabinet du Premier ministre ; dans ce dernier cas, la consultation a lieu sur le projet de texte qui a été arbitré ;
- 5- Consultation du Conseil d'État ;
- 6- Envoi du texte à la signature (ou au contreseing) du Premier ministre ; dans l'hypothèse d'un décret du Président de la République, la signature du chef de l'État est recueillie par les soins du secrétariat général du Gouvernement ; le projet n'est présenté au Premier ministre que s'il est accompagné de

---

<sup>577</sup> : L'édiction des textes législatifs ou réglementaires ou des décisions administratives individuelles est souvent précédée de la consultation d'organismes créés à cet effet ou dont c'est l'une des missions. Cette consultation peut être facultative ou obligatoire, voire être assortie de la nécessité d'un avis conforme ; elle obéit, dans ces différents cas, à des règles partiellement communes. En outre, il peut ou, dans certains cas, il doit être recouru à des consultations dites « ouvertes », essentiellement sur internet, qui permettent la participation du public.

Ces consultations, qui s'insèrent dans la procédure d'édiction d'un texte, doivent être, en droit, distinguées des concertations ou discussions pouvant être engagées, de manière préalable ou parallèle, sans obligations de forme particulières, avec les représentants des différentes catégories de personnes ou d'organismes intéressées par le projet. Elles doivent également être distinguées des cas dans lesquels une décision ne peut être prise que sur la proposition d'une autre autorité ou d'un organisme.

La légalité externe d'un acte administratif s'apprécie à la date à laquelle cet acte est pris. De ce fait, est irrégulier un acte qui n'a pas fait l'objet des consultations prévues par les dispositions en vigueur à la date à laquelle cet acte est signé (et non préparé : CE, Ass., 19 novembre 1955, Andréani, Rec. p. 551 et 552 ; Section, 30 juillet 2003, Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs, requête n° 237201, Publié au recueil Lebon).

L'annulation se trouve tout particulièrement encourue par un acte pour lequel a été omise une consultation obligatoire s'analysant comme une garantie pour les intéressés (voir par exemple : CE, Ass., 23 décembre 2011, M. Danthony et autres, requête n° 335033, Publié au recueil Lebon : la consultation des comités techniques paritaires de deux établissements fusionnés constitue une garantie du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail).

certaines pièces<sup>578</sup> et si son opportunité ou sa régularité n'ont fait l'objet d'aucune observation de la part tant du cabinet du Premier ministre que du secrétariat général du Gouvernement.

---

<sup>578</sup> : Tous les projets de décret sont transmis au secrétariat général du Gouvernement par l'application SOLON, sous la forme d'un dossier qui respecte les conditions suivantes :

- Les champs « type d'acte » et « NOR » sont renseignés automatiquement au moment où le ministère crée un acte dans SOLON. Certains champs doivent impérativement être complétés par le ministère responsable du projet de décret : nom et coordonnées du fonctionnaire responsable du texte, s'il s'agit d'un texte d'application d'une loi ou d'une mise en œuvre d'une directive... ;
- Le ministère utilise le modèle de la feuille de route créé spécialement pour chaque type de texte et pour chaque ministère par le secrétariat général du Gouvernement. Par ailleurs, le dossier SOLON comprend les éléments suivants :
- La version du projet de texte dans le format requis par le secrétariat général du Gouvernement (ainsi qu'un extrait pour publication dans le même format, le cas échéant), accompagné de ses éventuelles annexes (carte, tableau, etc.) ;
- Une notice explicative (comportant les rubriques « publics concernés », « objet », « entrée en vigueur », « notice » et « références ») ainsi que, le cas échéant, le rapport de présentation du projet de décret au Président de la République ou au Premier ministre, sous le format requis par le secrétariat général du Gouvernement selon les formes prévues par la réglementation en vigueur ;
- L'avis du Conseil d'État, le cas échéant. Pour les décrets en Conseil d'État, il est précisé si le texte est intégralement conforme à l'avis du Conseil d'État. Si le projet de décret proposé à la signature comporte une divergence avec l'avis donné par le Conseil d'État, le projet initial du Gouvernement et une note expliquant les raisons de cette divergence sont impérativement joints au dossier. Cette note doit énumérer les points de divergence avec le texte du Conseil d'État, montrer, pour chacun de ces points, que la version retenue est celle du projet du Gouvernement soumis au Conseil d'État (le plus simple est de joindre un tableau comparatif des trois versions : projet initial, avis du Conseil d'État, projet retenu), indiquer les raisons pour lesquelles l'avis du Conseil d'État n'est pas suivi et mentionner la portée de ces divergences, notamment les risques contentieux induits par la version retenue. À défaut de production de cette note, le texte n'est pas mis à la signature du Premier ministre. Au vu de cette note, il peut être décidé d'organiser, sous la présidence du secrétaire général du Gouvernement et d'un membre du cabinet du Premier ministre une réunion de mise au point du texte;
- Une fiche recensant l'ensemble des consultations obligatoires et mentionnant la date à laquelle il y a été ou sera procédé, à laquelle sont joints les avis rendus ou, à défaut, les lettres de saisine des organismes consultés ;
- Une fiche présentant les conditions d'application outre-mer du projet de texte et les consultations qui s'en déduisent ;
- Une fiche exposant le raisonnement tenu quant à la nécessité de mesures transitoires et leurs modalités ;
- Pour les projets de décret modifiant les textes en vigueur, la version consolidée du texte modifié en faisant apparaître les modifications en corrections apparentes ;
- En cas de transposition de directive, un tableau de concordance afin de mettre en regard les dispositions de la directive et celles du projet de texte établi suivant le modèle et un tableau complémentaire faisant apparaître, pour chaque article du projet de texte, les dispositions du droit de l'Union européenne que ce projet a pour objet de transposer;
- Dans l'hypothèse où le projet créerait ou réformerait une commission consultative, l'étude de nécessité prévue par l'article R. 133-2 du code des relations entre le public et l'administration. L'étude fait apparaître avec précision l'adéquation de ce projet avec les termes de la circulaire du 8 décembre 2008 relative à la modernisation de la consultation, en prenant appui sur la base de données des instances existantes régulièrement actualisée par le secrétariat général du Gouvernement et consultable sur le portail interministériel de la qualité et de la simplification du droit (Extraqual) ;
- Pour les décrets comportant des mesures concernant les entreprises, les particuliers ou les collectivités territoriales, les éléments de l'échange avec le secrétariat général du Gouvernement au titre de l'évaluation préalable ;
- Les pièces annexes, lorsque de telles pièces sont mentionnées dans le corps du texte, ainsi que dans les visas (par exemple *curriculum vitae*), à l'exception des textes se trouvant aisément à partir de Légifrance. Simultanément à la transmission dématérialisée par le ministère responsable du texte, ce dernier transmet par voie papier l'original du projet de décret contresigné des ministres et secrétaires d'État intéressés au secrétariat général du Gouvernement (service de la législation et de la qualité du droit).

Le Conseil d'État ne peut se prononcer qu'une fois rendus (de manière expresse ou tacite) les avis des organismes dont la consultation est obligatoire. Les organismes en cause doivent avoir été saisis avant la saisine du Conseil d'État, et le ministère auteur de la saisine doit être en mesure d'indiquer la date à laquelle les avis requis seront rendus ou réputés avoir été rendus. Les textes comportant des aides d'État ou des règles techniques au sens de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information doivent avoir été préalablement notifiés à la Commission européenne<sup>579</sup>.

La lettre de saisine du Conseil d'État par le ministère rapporteur est signée par le ministre, le directeur de cabinet du ministre ou un directeur d'administration centrale. Pour les textes délibérés en conseil des ministres et pour les décrets préparés en vertu de l'article 37, second alinéa, de la Constitution, le Conseil d'État est saisi par le secrétariat général du Gouvernement.

La lettre de saisine du Conseil d'État est adressée à celle des sections du Conseil qui est compétente en application de l'arrêté du 4 juillet 2008 portant répartition des affaires entre les sections administratives du Conseil d'État.

Outre cette lettre, le dossier adressé au Conseil d'État via le système d'organisation en ligne des opérations normatives (SOLON) comprend nécessairement les documents énumérés ci-après. Le caractère complet du dossier conditionne sa transmission au Conseil d'État. La direction responsable de l'élaboration du projet puis, le cas échéant, la direction des affaires juridiques

---

<sup>579</sup>: Les réglementations relatives aux produits ou services sont portées à la connaissance de la Commission et des autres États membres afin qu'ils vérifient que les dispositions envisagées ne risquent pas d'entraver, directement ou indirectement, les échanges intracommunautaires.

Ces obligations de notification découlent de deux directives européennes :

- La directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information ;
- La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Pour une présentation détaillée du champ d'application de ces obligations et de leurs exceptions, ainsi que des procédures internes de notification, il convient de se reporter à la circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2011 relative aux obligations de notification à la Commission européenne de projets de texte et textes législatifs et réglementaires relatifs aux produits et aux services. Par ailleurs, il incombe, en principe, à l'Assemblée nationale ou au Sénat de saisir la direction générale des entreprises (DGE) des propositions de loi qui comportent des dispositions entrant dans le champ d'application des deux directives mentionnées ci-dessus en vue de leur notification à la Commission européenne.

du ministère et, en dernier lieu, le secrétariat général du Gouvernement vérifie que le dossier comprend l'ensemble des documents requis, à savoir :

- Le projet de décret et, le cas échéant, ses annexes ;
- La notice explicative ;
- Le rapport de présentation;
- La fiche d'impact, le cas échéant;
- La liste des commissaires du Gouvernement établie suivant le modèle disponible dans SOLON ;
- Une fiche recensant l'ensemble des consultations obligatoires et précisant leur fondement ainsi que leur calendrier. Les lettres de saisine et les avis disponibles à la date de la saisine du Conseil d'État sont joints au dossier. Pour les avis non encore rendus, la fiche mentionne la date à laquelle ils devraient être rendus ou seront réputés rendus. Les avis rendus postérieurement à la saisine du Conseil d'État lui sont transmis par le ministère rapporteur, en plaçant en copie le secrétariat général.

Lorsque le ministère rapporteur s'est interrogé sur la nécessité de procéder ou non à d'autres consultations et qu'il a considéré qu'elles n'étaient pas obligatoires, il le mentionne également dans la fiche en exposant le raisonnement suivi pour conclure à l'absence d'obligation de consulter ; une fiche relative à l'application outre-mer du projet de texte exposant, par collectivité ou groupe de collectivités ultramarines :

- Le fondement de la compétence de l'État ou de la collectivité ;
- La nécessité de prévoir une mention d'extension ou d'adaptation ; et
- Quelles consultations obligatoires en découlent ;
- Une fiche exposant le raisonnement tenu quant aux conditions d'entrée en vigueur et, éventuellement, à la nécessité de mesures transitoires ;
- pour les projets de décret modifiant les textes en vigueur, la version consolidée du texte modifié en faisant apparaître les modifications en corrections apparentes (police ordinaire pour les dispositions maintenues, caractères barrés pour les dispositions supprimées ou remplacées, caractères gras ou soulignés pour les dispositions ajoutées ou substitutives) et en incluant les articles non modifiés mais nécessaires pour mesurer la portée des modifications introduites ; une présentation sous la forme d'un tableau faisant apparaître le texte en vigueur dans la première colonne et le texte

consolidé résultant de la modification proposée dans une seconde colonne est recommandée ;

- En cas de transposition de directive, deux tableaux établis suivant des modèles préétablies : le premier de concordance entre les dispositions de droit de l'Union européenne à mettre en œuvre et le droit national et le second mentionnant, pour chaque article du projet de décret en Conseil d'État, les dispositions du droit de l'Union européenne que ce projet a pour objet de transposer, de manière à bien distinguer, au sein du projet, ce qui relève des obligations de transposition et ce qui est étranger à ces obligations ou va au-delà ;
- Dans l'hypothèse où le projet créerait ou réformerait une commission consultative, l'étude de nécessité prévue par l'article R. 133-2 du code des relations entre le public et l'administration ;
- Les lettres d'accord, datées et signées, des départements ministériels concernés ou le compte rendu de la réunion interministérielle approuvant le projet ; l'accord des ministères intéressés peut être exprimé dans des courriers électroniques des lors que ceux-ci émanent d'un directeur ou d'un sous-directeur ;
- S'il s'agit d'un texte d'application d'une loi ou d'une ordonnance, copie de la disposition concernée ; le cas échéant, la copie des directives de l'Union européenne que le texte a pour objet de transposer ou des règlements européens auxquels il a pour objet d'adapter la réglementation nationale.

Lorsque cela s'avère nécessaire à la compréhension du projet, notamment dans le cas de textes modificatifs, une fiche présentant chaque disposition ou groupe de dispositions de manière plus détaillée que la notice est en outre fournie.

La saisine du Conseil d'État se fait exclusivement par l'intermédiaire de SOLON. Pour tous les décrets à caractère réglementaire, la « feuille de route » fait transiter les dossiers de saisine par le secrétariat général du Gouvernement. Celui-ci s'assure de l'accord du cabinet du Premier ministre avant de confirmer la saisine du Conseil d'État et de lui transmettre le dossier via SOLON.

Si, postérieurement à la saisine du Conseil d'État, le projet du Gouvernement doit évoluer à l'initiative du Gouvernement ou à la demande du Conseil d'État, une saisine rectificative peut être nécessaire.

Le ministère rapporteur s'assure de l'accord de l'ensemble des ministères intéressés et informe le secrétariat général du Gouvernement d'un tel projet afin que celui-ci recueille, le cas échéant, l'accord du cabinet du Premier ministre.

La saisine rectificative identifie les modifications proposées par rapport au projet initial en suivant sa structure. Les articles ou ensembles d'articles sans changement sont éludés et remplacés par le signe typographique « [...] ». La numérotation des articles est poursuivie si des articles complémentaires sont ajoutés à la fin du projet.

En revanche, s'ils s'insèrent dans le projet, il convient de les numéroter en fonction du numéro de l'article qui précède en ajoutant les suffixes *bis*, *ter*, *quater*... de sorte à ne pas modifier la numérotation des articles suivants du projet initial.

Dans l'attente d'une évolution technique qui permettra de la transmettre par SOLON, la saisine rectificative est adressée par courrier électronique au secrétariat de la section administrative du Conseil d'État chargée de l'examen du dossier en plaçant en copie le secrétariat général du Gouvernement.

Il est rappelé qu'en cas de consultation obligatoire, même si l'autorité administrative n'est pas liée par l'avis, elle ne peut retenir un texte traitant de questions nouvelles par rapport au projet soumis à consultation et aux observations ou suggestions éventuellement émises par l'organisme consulté<sup>580</sup>. Ainsi, une modification du projet au cours de son examen devant le Conseil d'État, résultant notamment d'une saisine rectificative et soulevant une ou plusieurs questions nouvelles, nécessitera, avant que le Conseil d'État ne se prononce, une nouvelle consultation des organismes antérieurement saisis, qui devraient alors se prononcer sur le texte rectifié.

Lors de l'examen du texte au Conseil d'État, le ministère rapporteur veille à prendre attentivement connaissance du projet transmis par le rapporteur du texte avant son examen en section ou en assemblée générale, afin d'identifier les questions qu'il est susceptible de poser et de préparer les réponses adaptées en s'assurant en outre de la présence des commissaires compétents.

---

<sup>580</sup> : La consultation, qui ne peut être que préalable à la décision, ne peut donner lieu à régularisation (CE, 1er juin 1994, Syndicat CFDT Interco de Maine-et-Loire, requête n° 143078, publié au recueil Lebon). Il est donc nécessaire, lorsqu'une procédure consultative est modifiée ou lorsque les compétences ou la composition de l'instance consultative sont réformées, de prévoir des mesures transitoires, de sorte que les consultations intervenues avant ces changements restent valables (CE, 22 janvier 2013, Syndicat national CGT des chancelleries et services judiciaires, requête n° 355511).

Postérieurement à l'examen du texte en section et, le cas échéant, en assemblée générale, le ministère rapporteur effectue, en lien avec le rapporteur du texte, un travail de relecture permettant d'identifier et de remédier à d'éventuelles erreurs matérielles qui, si elles n'étaient corrigées à ce stade, nécessiteraient, avant publication du texte, de recueillir l'accord préalable du Conseil d'État. En effet, le décret publié ne peut être différent à la fois du projet du Gouvernement et de l'avis du Conseil d'État ; ce principe est apprécié strictement. Son application se fait par ensemble de dispositions ayant entre elles un rapport au sens de la jurisprudence, c'est-à-dire le plus souvent par article ou par subdivision d'article<sup>581</sup>. Il a en outre été jugé que ne peut être regardé comme ayant été pris en Conseil d'État un décret qui reprend le texte adopté par le Conseil d'État mais qui, en le complétant, même par des dispositions qui figuraient dans le projet initial du Gouvernement, en modifie l'économie générale sans pour autant revenir à celle du projet initial<sup>582</sup>.

---

<sup>581</sup> : CE, 16 octobre 1968, Union nationale des grandes pharmacies de France, requêtes n° 69186 69206 70749, publié au recueil Lebon.

**Résumé** : « Décret attaqué ne faisant pas obligation au préfet de recueillir l'avis du Conseil municipal intéressé avant que soit autorisée, dans les conditions prévues à l'article L. 571 du Code de la santé publique, l'ouverture d'une officine de pharmacie par dérogation aux règles posées par l'article L. 570, contrairement à ce qui figurait dans les dispositions adoptées par le Conseil d'État, dans son avis. Cette obligation n'étant pas prévue dans le projet de décret soumis par le Gouvernement au Conseil d'État, ce dernier a été régulièrement consulté alors même que le Gouvernement a, sur d'autres points, sans rapport avec la consultation du Conseil municipal, adopté les modifications au projet apportées par le Conseil d'État. L'exercice de la profession de pharmacien étant soumis à une réglementation résultant notamment des dispositions de nature législative du livre V du Code de la Santé publique, légalité au regard de l'article 34 de la Constitution, des principes généraux du droit et de l'égalité des droits reconnus aux titulaires du diplôme de pharmacien, des dispositions attaquées, qui attribuent au Préfet la compétence, antérieurement dévolue au ministre de la Santé publique, d'autoriser l'ouverture d'officines en dérogation à l'article L. 570 du Code et dispensent l'autorité administrative de consulter préalablement à toute autorisation le Conseil supérieur de la pharmacie. »

<sup>582</sup> : CE, 10 janvier 2007, Fédération nationale interprofessionnelle des mutuelles, requête n° 283175, Inédit au recueil Lebon.

**Texte intégral** : « REPUBLIQUE FRANÇAISE, AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu la requête et le mémoire complémentaire, enregistrés les 28 juillet et 22 septembre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés par la FEDERATION NATIONALE INTERPROFESSIONNELLE DES MUTUELLES (FNIM), représentée par son président et ayant son siège 4, avenue de l'Opéra, à Paris (75001) ; la FEDERATION NATIONALE INTERPROFESSIONNELLE DES MUTUELLES demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2005-590 du 27 mai 2005, relatif à l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire et modifiant le code de la sécurité sociale, la décision ministérielle ayant reconnu ou agréé l'association UNOCAM comme étant l'Union nationale prévue par la loi, ainsi que la décision implicite par laquelle le ministre de la santé et des solidarités a rejeté sa demande tendant à ce que soit constatée sa qualité de membre de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire ;  
2°) subsidiairement, de prendre acte du mauvais accomplissement, par l'association UNOCAM, des formalités prévues par la loi du 1er juillet 1901, de ce que ses statuts ont été établis antérieurement au décret du 27 mai 2005 et de l'illégalité de la désignation des membres du bureau de cette association ;  
3°) de mettre à la charge de l'État le versement de la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;



---

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Eric Berti, chargé des fonctions de Maître des requêtes,
- les observations de Me de Nervo, avocat de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire (UNOCAM),
- les conclusions de M. Luc Derepas, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 182-3 du code de la sécurité sociale : L'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire regroupe des représentants des mutuelles régies par le code de la mutualité, des institutions de prévoyance régies par le présent code, de l'instance de gestion du régime local de l'assurance maladie complémentaire obligatoire des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle et des entreprises mentionnées à l'article L. 310-1 du code des assurances et offrant des garanties portant sur le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident. Cette union est dotée d'un conseil ; que le même article dispose que cette union a notamment pour mission d'émettre des avis sur certaines propositions de décision de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie, cette dernière pouvant l'associer à la négociation et la signature de certains accords, contrats ou conventions ; qu'en vertu de l'article L. 161-36-5 du même code, cet organisme participe au groupement d'intérêt public dénommé Institut des données de santé ; qu'aux termes, enfin, de l'article L. 184-1 de ce code : Des dispositions réglementaires déterminent, en tant que de besoin, les modalités d'application du livre Ier. Sauf disposition contraire, elles sont prises par décret en Conseil d'État ;

Considérant que le décret du 27 mai 2005, pris sur ce dernier fondement en vue de préciser les modalités de mise en œuvre des dispositions de l'article L. 182-3 du code de la sécurité sociale, a inséré les articles R. 182-2-8 à R. 182-2-12 dans la partie réglementaire de ce code ; que la FEDERATION NATIONALE INTERPROFESSIONNELLE DES MUTUELLES (FNIM) demande l'annulation pour excès de pouvoir, d'une part, de ce décret, d'autre part, de la décision que le ministre de la santé et des solidarités aurait prise de reconnaître et d'agréer l'association UNOCAM comme constituant l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire prévue par la loi et, enfin, de la décision implicite de rejet de ses demandes, adressées au même ministre par lettres des 11 mai et 28 juin 2005, de participer à cette union et à son conseil ;

Sur les conclusions dirigées contre le décret du 27 mai 2005 :

**Considérant que lorsque, comme en l'espèce, un décret doit être pris en Conseil d'État, le texte retenu par le Gouvernement ne peut être différent à la fois du projet qu'il avait soumis au Conseil d'État et du texte adopté par ce dernier ; que le respect de cette exigence doit être apprécié par ensemble de dispositions ayant un rapport entre elles ;**

Considérant qu'il ressort de l'examen des pièces versées au dossier par le ministre de la santé et des solidarités que le projet de décret soumis à l'avis du Conseil d'État prévoyait que l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire instituée par l'article L. 182-3 du code de la sécurité sociale prendrait la forme d'une association relevant des dispositions de la loi du 1er juillet 1901, soumise à l'agrément du ministre chargé de la sécurité sociale, dotée de statuts et administrée par un conseil et par un bureau ; que le texte adopté par la section sociale du Conseil d'État ne prévoyait pas la création d'une telle personne morale et se bornait à définir la composition de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire et de son conseil ainsi que les modalités d'élection de son président et à préciser que les compétences de l'Union seraient exercées par son conseil ; que, si le décret attaqué reprend le texte adopté par le Conseil d'État, il y ajoute des dispositions, insérées à l'article R. 182-2-12 du code de la sécurité sociale, aux termes desquelles l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire est dotée de statuts et comporte un bureau exerçant certaines des compétences dévolues à l'Union ; que, si ces dernières dispositions reprennent - à l'exception, toutefois, d'une phrase selon laquelle le bureau statue sur les demandes d'adhésion - celles qui, dans le projet soumis par le Gouvernement au Conseil d'État, étaient relatives à la composition et au rôle du bureau, elles n'en modifient pas moins l'économie générale du texte adopté par le Conseil d'État, qui ne prévoyait pas que l'union aurait la personnalité morale, sans pour autant correspondre au projet initialement présenté par le Gouvernement, qui lui reconnaissait une telle personnalité sous la forme d'une association soumise à agrément ; que, dans ces conditions, le décret attaqué ne peut être regardé comme ayant été pris en Conseil d'État comme le prescrit l'article L. 184-1 du code de la sécurité sociale ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens présentés au soutien de ces conclusions, la FNIM est fondée à en demander l'annulation dans son ensemble ;

Sur les conclusions dirigées contre la décision qu'aurait prise le ministre de reconnaître ou d'agréer l'association UNOCAM :

La jurisprudence du Conseil d'État témoigne de la rigueur de ces règles<sup>583</sup>, de sorte que le Gouvernement court les plus grands risques, sur le plan contentieux, en adoptant une rédaction qui s'écarte, même sur des points de détail, tant de celle adoptée par le Conseil d'État que de celle du projet initial. Réserve faite d'erreurs matérielles susceptibles d'être corrigées, à la demande du secrétariat général du Gouvernement, sur la minute du texte adoptée par le Conseil d'État, le Gouvernement n'a donc d'autre solution, lorsqu'il souhaite

---

Considérant qu'il ne résulte ni de l'article L. 182-3 du code de la sécurité sociale, ni d'aucune autre disposition législative ou réglementaire, que le ministre chargé de la sécurité sociale aurait le pouvoir de reconnaître ou d'agréer un organisme pour exercer les missions dévolues à l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le ministre aurait pris une telle décision à l'égard de l'UNOCAM, association régie par la loi du 1er juillet 1901 dont l'assemblée générale constitutive s'est tenue le 23 mai 2005 ; que la circonstance que cet organisme a été consulté le 28 juin 2005 par le Gouvernement sur un projet de décret, n'est pas de nature à révéler l'existence d'une telle décision ; que dès lors, les conclusions analysées ci-dessus ne peuvent qu'être rejetées ;

Sur les conclusions dirigées contre la décision rejetant la demande de la FNIM de participer à l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire :

Considérant que, si la fédération requérante a saisi le ministre des solidarités, de la santé et de la famille, par lettres des 11 mai et 10 juin 2005, de demandes en vue d'être admise à participer à l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire et à son conseil, le ministre ne tenait ni de l'article L. 182-3 du code de la sécurité sociale, ni d'aucune autre disposition législative ou réglementaire, le pouvoir de décider d'une telle participation ; qu'il n'a ainsi commis aucune illégalité en ne faisant pas droit à cette demande ;

Sur les conclusions de la FNIM mettant en cause les modalités de création ou le fonctionnement de l'association UNOCAM :

Considérant qu'il n'appartient pas au juge administratif de se prononcer sur un litige relatif à l'organisation ou au fonctionnement d'une association ; que, dès lors, les conclusions analysées ci-dessus doivent être rejetées comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître ;

Sur les conclusions aux fins d'application de l'article L. 761- 1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'État le versement à la FNIM d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

**D E C I D E :**

-----  
Article 1er : Le décret du 27 mai 2005 est annulé.

Article 2 : L'État versera la somme de 3 000 euros à la FNIM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions présentées par la FNIM est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la FEDERATION NATIONALE INTERPROFESSIONNELLE DES MUTUELLES, à l'association Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire et au ministre de la santé et des solidarités. »

<sup>583</sup> : V.ex, CE, 2 mai 1990, Joannides, requête n° 86662, Publié au recueil Lebon.

Résumé : « L'article 13 du décret du 24 février 1984 portant statut des praticiens hospitaliers, dans sa version publiée au Journal officiel, énumère cinq catégories de praticiens qui peuvent être inscrits sur la liste d'aptitude à l'emploi de praticien hospitalier. La mention d'une exigence d'ancienneté minimale et d'une limite d'âge ne se rapporte, dans la présentation typographique adoptée par le Journal officiel, qu'à la dernière catégorie, celle des médecins inspecteurs de la santé, alors que, dans la présentation typographique adoptée, tant dans le projet soumis par le Gouvernement au Conseil d'État que dans le texte adopté par le Conseil d'État, cette double exigence visait les cinq catégories. Dès lors que les dispositions de l'article 13 du décret, tel qu'il a été publié au Journal officiel, différent à la fois de celles figurant dans le projet qui avait été soumis au Conseil d'État et de celles figurant dans le texte adopté par le Conseil d'État, cet article ne peut être regardé comme ayant été pris en Conseil d'État. Il est, par suite, entaché d'incompétence. »

adopter un texte différent à la fois de son projet initial et du texte du Conseil d'État, que de ressaisir ce dernier du texte correspondant à la rédaction souhaitée, en vue d'une nouvelle délibération.

En application de la circulaire du Premier ministre du 3 décembre 2014, à compter du 1er janvier 2015, dès la réception de la minute du Conseil d'État, le secrétariat général du Gouvernement (département de l'activité normative) procède à l'envoi du projet de décret aux ministères contresignataires via SOLON, en précisant la date de publication prévue.

Si le texte du Conseil d'État paraît présenter à un ministère, en particulier celui qui est rapporteur du texte, une difficulté de nature à justifier une demande de divergence, il en avise le secrétariat général du Gouvernement (le chargé de mission compétent et le chef du département de l'activité normative) par courriel dans les meilleurs délais, si possible dans les quarante-huit heures suivant l'examen du projet par la haute assemblée et leur transmet une note de divergence exposant les raisons pour lesquelles il est proposé de s'écarter de l'avis du Conseil d'État<sup>584</sup>. La procédure de recueil des contreseings est alors suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur la difficulté soulevée.

Si la difficulté est signalée après l'envoi du projet en contreseing, le cabinet du Premier ministre et le secrétariat général du Gouvernement déterminent si le processus de publication doit être suspendu ou si la difficulté peut être traitée sans délai supplémentaire.

Les avis et délibérations du Conseil d'État sont destinés au seul Gouvernement. Ce principe a été confirmé au cours des travaux préparatoires de la loi constitutionnelle no 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, l'Assemblée nationale et le Sénat ayant rejeté des amendements qui prévoyaient de rendre publics les avis du Conseil d'État sur les projets de loi. Il est consacré par l'article L. 311-5 du code des relations

---

<sup>584</sup> : Si le projet de décret proposé à la signature comporte une divergence avec l'avis donné par le Conseil d'État, le projet initial du Gouvernement et une note expliquant les raisons de cette divergence sont impérativement joints au dossier. Cette note doit énumérer les points de divergence avec le texte du Conseil d'État, montrer, pour chacun de ces points, que la version retenue est celle du projet du Gouvernement soumis au Conseil d'État (le plus simple est de joindre un tableau comparatif des trois versions : projet initial, avis du Conseil d'État, projet retenu), indiquer les raisons pour lesquelles l'avis du Conseil d'État n'est pas suivi et mentionner la portée de ces divergences, notamment les risques contentieux induits par la version retenue. À défaut de production de cette note, le texte n'est pas mis à la signature du Premier ministre. Au vu de cette note, il peut être décidé d'organiser, sous la présidence du secrétaire général du Gouvernement et d'un membre du cabinet du Premier ministre une réunion de mise au point du texte

entre le public et l'administration, aux termes duquel les avis du Conseil d'État ne sont pas des documents administratifs communicables.

Il en résulte que seul le Premier ministre peut décider de rendre public un avis ou d'en autoriser la diffusion et qu'en l'absence d'une telle décision, les avis sur les projets de texte ne doivent faire l'objet d'aucune divulgation ; cette règle doit être strictement respectée par les commissaires du Gouvernement et les autres personnes informées de la teneur des avis.

Les avis du Conseil d'État au vu desquels le Gouvernement adopte ses textes sont couverts par le secret de ses délibérations<sup>585</sup>.

### **C. Élaboration d'un décret de l'article 37, second alinéa, de la Constitution du 04 octobre 1958 :**

Les textes de forme législative intervenus dans des matières autres que celles qui sont du domaine de la loi peuvent être modifiés par décrets en Conseil d'État. Ces décrets peuvent soit abroger les dispositions de forme législative pour les remplacer par des dispositions réglementaires, soit modifier directement les dispositions de forme législative par les nouvelles dispositions réglementaires.

Conformément au second alinéa de l'article 37 de la Constitution, il convient de distinguer selon que le texte législatif que l'on entend modifier est ou non intervenu sous l'empire de la Constitution de 1958. S'il est antérieur, il suffit que le décret soit pris en Conseil d'État.

#### **1- Modification de dispositions législatives antérieures à la Constitution de 1958 :**

Les étapes en sont les suivantes :

- Mise au point du projet au sein du ministère et discussions interministérielles ;
- Réunion interministérielle dans l'hypothèse où l'étape précédente a fait apparaître des désaccords, qu'il est alors demandé au cabinet du Premier ministre ou au Premier ministre de trancher : les réunions interministérielles ne constituent pas le mode normal de travail interministériel ; elles ne doivent

---

<sup>585</sup> : CE, 30 mars 2016, Association France nature environnement, Op.cit.

être sollicitées que pour arbitrer des différends préalablement circonscrits sur la base d'un dossier qui en expose les tenants et les aboutissants ;

- Consultation des organismes dont l'avis est requis ou souhaité<sup>586</sup>; ces consultations ne peuvent en aucun cas être engagées avant que le texte du projet ait fait l'objet d'un accord entre les ministères intéressés ou d'une décision du Premier ministre ou de son cabinet ; dans ce dernier cas, la consultation a lieu sur la base du texte qui a été arrêté au cours de la réunion ou des réunions interministérielles ;
- Envoi au secrétariat général du Gouvernement, qui est seul habilité à saisir le Conseil d'État, via le système d'organisation en ligne des opérations normatives (SOLON) d'un dossier comprenant les mêmes éléments que pour un décret en Conseil d'État.

Dans l'hypothèse où le Conseil d'État a été, par erreur, directement saisi par un ministère d'un projet de décret comportant le déclassement de dispositions législatives, le Conseil ne procède à son examen que si la saisine est régularisée par le secrétariat général du Gouvernement.

## **2- Modification de dispositions législatives postérieures à la Constitution de 1958 :**

S'agissant des textes intervenus après l'entrée en vigueur de la Constitution, il convient de saisir le Conseil constitutionnel avant le Conseil d'État.

Les conditions de la saisine sont fixées par les articles 24, 25 et 26 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.<sup>587</sup>

Il appartient au Premier ministre, seul habilité à saisir le Conseil constitutionnel, d'apprécier l'opportunité de cette saisine, qui suppose que le Gouvernement a l'intention de modifier le texte après déclassement.

---

<sup>586</sup> : L'édiction des textes législatifs ou réglementaires ou des décisions administratives individuelles est souvent précédée de la consultation d'organismes créés à cet effet ou dont c'est l'une des missions. Cette consultation peut être facultative ou obligatoire, voire être assortie de la nécessité d'un avis conforme ; elle obéit, dans ces différents cas, à des règles partiellement communes. En outre, il peut ou, dans certains cas, il doit être recouru à des consultations dites « ouvertes », essentiellement sur internet, qui permettent la participation du public.

<sup>587</sup> : Version initiale publié au JORF du 9 novembre 1958, p.10129

Il peut être demandé au Conseil constitutionnel de se prononcer sur le caractère législatif ou réglementaire d'un ou plusieurs articles de loi, d'un alinéa ou même de quelques mots seulement.

Lorsqu'un département ministériel envisage un déclassement, il adresse au secrétariat général du Gouvernement un dossier complet qui comprend :

- Le texte en vigueur de la disposition à déclasser, dans lequel les mots dont le déclassement est demandé sont soulignés, ainsi que la copie du texte en forme législative dont ces mots sont issus ;
- Le texte que le Gouvernement se propose de prendre après le déclassement des dispositions en cause ;
- La copie des différents textes législatifs et réglementaires qui se rapportent à l'affaire et permettent d'en appréhender le contexte ;
- Une note détaillée expliquant l'objectif recherché ;
- Une note donnant tous les éléments de droit nécessaires pour justifier le caractère réglementaire de la disposition dont le déclassement est demandé, accompagnée des références de jurisprudence.

Avant d'envoyer l'ensemble de ce dossier, le ministère intéressé saisit le secrétariat général du Gouvernement d'un dossier sommaire et examine avec lui l'opportunité et la formulation de la saisine.

Une fois rendue la décision du Conseil constitutionnel sur le déclassement, le ministère intéressé saisit via SOLON le secrétariat général du Gouvernement du projet de décret modifiant le texte déclassé, en vue de la saisine du Conseil d'État, en joignant au dossier la décision du Conseil constitutionnel.

Par exemple, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-264 L du 17 novembre 2016<sup>588</sup>, le Gouvernement a élaboré puis publié le décret n°

---

<sup>588</sup> : JORF n°0270 du 20 novembre 2016 texte n° 30

Texte intégral : « LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI, le 18 octobre 2016, par le Premier ministre, dans les conditions prévues par le second alinéa de l'article 37 de la Constitution d'une demande enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2016-264 L. Le Premier ministre demande au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la nature juridique des dispositions du paragraphe IV de l'article 6 de la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014-2019.

Au vu des textes suivants :

- la Constitution, notamment ses articles 34 et 37 ;
  - l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel notamment ses articles 24, 25 et 26 ;
  - la loi organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques ;
  - la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014-2019 ;
- Et après avoir entendu le rapporteur ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :

2016-1843 du 23 décembre 2016 abrogeant le IV de l'article 6 de la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019.

---

1. Le paragraphe IV de l'article 6 de la loi du 29 décembre 2014 mentionnée ci-dessus instaure une conférence des finances publiques associant les représentants de l'État, des collectivités territoriales et des organismes de sécurité sociale. Cette conférence se réunit, à titre consultatif, en cas de constatation d'un écart important entre l'exécution budgétaire de l'année écoulée et la trajectoire de solde structurel. Elle est chargée d'établir un diagnostic sur la situation des finances publiques et d'apprécier les conditions requises pour assurer le respect de la trajectoire des finances publiques. La détermination de la composition et des modalités de fonctionnement de cette conférence est renvoyée à un décret.

2. Ces dispositions ne portent pas sur l'une des matières que la Constitution place dans le domaine de la loi. En particulier, elles ne peuvent être regardées comme déterminant les orientations pluriannuelles des finances publiques, telles que précisées par les articles 1er et 2 de la loi organique du 17 décembre 2012 mentionnée ci-dessus. Elles ne sont pas davantage au nombre des autres dispositions dont l'article 4 de cette même loi organique permet l'inclusion dans une loi de programmation des finances publiques. Dès lors, ces dispositions ont un caractère réglementaire.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :

Article 1er.- Le paragraphe IV de l'article 6 de la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014-2019 a un caractère réglementaire.

Article 2.- Cette décision sera notifiée au Premier ministre et publiée au Journal officiel de la République française.

Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 17 novembre 2016, où siégeaient : M. Laurent FABIUS, Président, Mmes Claire BAZY MALAURIE, Nicole BELLOUBET, MM. Michel CHARASSE, Jean-Jacques HYEYEST, Lionel JOSPIN, Mme Corinne LUQUIENS et M. Michel PINAULT. »

## **Chapitre II : *La consultation facultative du Conseil d'État***

Depuis la réforme constitutionnelle française du 23 juillet 2008<sup>589</sup>, le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat peut, en application de l'article 39 de la Constitution, solliciter l'avis du Conseil d'État sur les propositions de lois d'origine parlementaire<sup>590</sup>.

Dans tous les cas autres que ceux énumérés ci-dessus, la consultation du Conseil d'État n'est pas obligatoire mais le Gouvernement peut toujours soumettre un texte au Conseil d'État afin qu'il donne son avis.<sup>591</sup>

Par ailleurs, le Gouvernement peut soumettre au Conseil d'État une question qui pose un problème juridique particulier afin qu'il l'éclaire. Ce fut par exemple le cas en 1989<sup>592</sup> lorsque, pour la première fois, s'est posée la question de la compatibilité du port du foulard islamique avec le principe de laïcité de l'école publique. Ou encore en 1993 sur les questions de droit d'asile<sup>593</sup>, et celle du

---

<sup>589</sup> : Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008.

<sup>590</sup> : Depuis la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, le président d'une assemblée peut saisir le Conseil d'État d'une demande d'avis sur une proposition de loi, sur le fondement du dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution, et de ce fait le Conseil d'État est devenu aussi Conseil du parlement.

<sup>591</sup> : sur le fondement de l'article L. 112-2 du code de justice administrative : « Le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. »

<sup>592</sup> : CE, section de l'intérieure, 27 novembre 1989, n°346893, Avis " port du foulard islamique" et principe de laïcité de l'enseignement :

En raison d'une expulsion disciplinaire de lycéennes portant un voile en cours, et la contestation par les parents de cette décision disciplinaire prise par le chef d'établissement, Le Conseil d'État saisi par le Ministre d'État, Ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des

Sports de la question de savoir :

Si, compte tenu des principes posés par la Constitution et les lois de la République et eu égard à l'ensemble des règles d'organisation et de fonctionnement de l'école publique, le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse est ou non compatible avec le principe de laïcité.

Le conseil d'État par son avis a rappelé le principe de laïcité et a mis en avant l'ordre public dont le chef d'établissement est le gardien.

Ainsi, si le comportement trouble le fonctionnement de l'établissement, quand bien même une norme religieuse serait évoquée par l'élève, le chef d'établissement est en droit de prendre des dispositions pour préserver le bon fonctionnement en transparence de l'ordre normatif religieux.

<sup>593</sup> : Avis du CE, 27 septembre 1993.



statut des agents de France télécom<sup>594</sup>. Ce fut également le cas en 1996<sup>595</sup>, lorsque s'est posée la question de l'existence, pour certaines catégories

---

<sup>594</sup> : Avis du CE, 18 novembre 1993.

<sup>595</sup> : Avis du CE, 22 août 1996, ou le CE a conclu :

« Il convient, tout d'abord, d'observer qu'il ne peut exister un « droit à la régularisation », expression contradictoire en elle-même. La régularisation, par définition, est accordée dans l'hypothèse où le demandeur d'un titre de séjour ne bénéficie pas d'un droit, sinon il suffirait qu'il le fasse valoir. Au contraire, l'autorité administrative a le pouvoir d'y procéder, sauf lorsque les textes le lui interdisent expressément, ce qu'ils ne font pas dans les cas mentionnés dans la demande d'avis. Ainsi, cette autorité peut prendre, à titre exceptionnel, et sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une mesure gracieuse favorable à l'intéressé justifiée par la situation particulière dans laquelle le demandeur établirait qu'il se trouve.

La faculté de régulariser prend tout son sens si on la rapproche du principe selon lequel l'administration doit procéder à un examen particulier de chacun des cas sur lesquels elle est amenée à se prononcer. Si donc le demandeur de régularisation a un droit, c'est celui de voir son propre cas donner lieu à examen et, éventuellement, à réexamen lorsqu'un élément nouveau apparaît dans sa situation.

À ces règles générales s'ajoutent, pour le traitement des situations sur lesquelles le Conseil d'État est consulté, les considérations de droit suivantes :

1. Dans aucune de ces situations, les intéressés ne possèdent un droit au séjour.
2. L'administration n'a l'obligation ni de rejeter une demande de régularisation ni de l'accueillir.

Toutefois, son pouvoir d'appréciation est plus limité, comme il sera dit plus loin, lorsque le demandeur peut faire valoir un droit distinct : le droit à une vie familiale normale.

3. Dans la généralité des cas évoqués, l'autorité administrative prend sa décision en opportunité. Mais elle ne peut refuser le séjour et, par voie de conséquence, prendre une mesure autoritaire d'éloignement à l'égard des demandeurs, lorsque sa décision peut avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de ceux-ci : le juge administratif annule alors de telles mesures comme entachées d'une erreur manifeste dans l'appréciation de ces conséquences. Tel est notamment le cas lorsqu'est sérieusement en cause l'état de santé des intéressés.
4. La durée de séjour en France n'a pas normalement à être prise en compte par l'administration.

Il y a lieu, cependant, de faire un cas à part des étrangers se trouvant dans la situation prévue à l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui interdit de prendre une mesure autoritaire d'éloignement à l'égard de ceux qui justifient résider habituellement en France depuis plus de quinze ans ou régulièrement depuis plus de dix ans.

Le gouvernement, dans sa circulaire aux préfets en date du 9 juillet 1996, a montré sa préoccupation devant des situations dans lesquelles le refus de séjour ne peut déboucher sur une mesure de reconduite à la frontière. Certes, la circulaire du 9 juillet 1996 ne traite, dans un sens favorable à l'octroi d'un titre de séjour, que du cas des parents d'enfants français. Mais le même raisonnement peut s'appliquer à celui, mentionné à la même place dans l'ordonnance, des personnes qui comptent, selon les cas, quinze ou dix ans de résidence.

5. Dans plusieurs des situations mentionnées dans la demande d'avis, le principe du droit à une vie familiale normale peut trouver à s'appliquer.

Énoncé à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, il a également été dégagé par le Conseil constitutionnel du 10<sup>e</sup> alinéa du préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil d'État exerce, pour sa part, en particulier dans le contentieux de l'attribution des titres de séjour et dans celui des reconduites à la frontière, un contrôle de proportionnalité entre les buts en vue desquels les mesures critiquées sont prises et le droit de personnes qui en font l'objet au respect de leur vie familiale.

Cette matière est une affaire de cas d'espèce. Mais il faut du moins retenir que le droit dont il s'agit s'apprécie indépendamment des règles énoncées par l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Il est d'autant plus utile que le gouvernement exerce, dans les situations où ce droit est en cause, l'examen individuel qui lui incombe de toute façon, que les mesures de régularisation éventuelles cessent alors de relever de l'opportunité pour se situer sur le terrain de la légalité.

d'étrangers en situation irrégulière, d'un droit à la régularisation, et encore en 2004<sup>596</sup> sur la directive service et pays d'origine.

Le Conseil d'État a été consulté sur la perspective d'une loi interdisant de manière générale et absolue le port du voile intégral. Il a exposé, dans un rapport en 2010<sup>597</sup>, ses doutes sur le fondement juridique d'une telle loi. Il s'est aussi prononcé défavorablement sur le projet de loi<sup>598</sup>, le 14 mai de la même année. Cette consultation est intéressante, au-delà du débat sur la question du voile, sur les relations du gouvernement et du conseil d'État. En effet, le premier ministre a indiqué, face aux incertitudes constitutionnelles et conventionnelles soulevées par le Conseil d'État, que le gouvernement était prêt à prendre des risques juridiques face au risque d'invalidation du texte par le Conseil constitutionnel.<sup>599</sup> Il est vrai que le Gouvernement n'est pas tenu par l'obligation de suivre le résultat de la consultation qu'il déclenche. Le Conseil d'État rend compte de cette activité consultative dans ces rapports annuels. On peut facilement en mesurer l'importance aussi quantitative que qualitative à la lecture des rapports. Dans le rapport 2012, on peut constater que le Conseil d'État est intervenu, pour prendre quelques exemples, notamment sur les questions suivantes : la prévention des conflits d'intérêts, la réforme des soins psychiatriques, la mise en œuvre de la loi « Grenelle2 »<sup>600</sup>, la réforme de la fonction publique d'encadrement supérieur, la codification, le traitement des

---

<sup>596</sup> : Avis du CE, 18 novembre 2004

<sup>597</sup> : Par lettre de mission du 29 janvier 2010, le Premier ministre a demandé au Conseil d'État d'étudier « les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral », qui soit « la plus large et la plus effective possible » tout en rappelant la nécessité de « ne pas blesser nos compatriotes de confession musulmane ». C'est donc dans le strict cadre de cette demande juridique, c'est-à-dire indépendamment de toute considération sur l'opportunité de légiférer en ce sens, que le Conseil d'État a procédé à l'étude demandée.

Alors qu'existent d'ores et déjà des dispositions contraignantes mais partielles, il est apparu au Conseil d'État qu'une interdiction générale et absolue du port du voile intégral en tant que tel ne pourrait trouver aucun fondement juridique incontestable. Il a donc également examiné la possibilité d'une interdiction de la dissimulation du visage, quelle que soit la tenue adoptée. Même dans cette perspective élargie, une interdiction dans l'ensemble de l'espace public se heurterait encore à des risques juridiques sérieux au regard des droits et libertés garantis constitutionnellement et conventionnellement. En revanche, le Conseil d'État est d'avis que la sécurité publique et la lutte contre la fraude, renforcées par les exigences propres à certains services publics, seraient de nature à justifier des obligations de maintenir son visage à découvert, soit dans certains lieux, soit pour effectuer certaines démarches. C'est dans cette optique que Le Conseil d'État a présenté au Premier ministre français le mardi 30 mars 2010 son étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral.

<sup>598</sup> : Avis non publié.

<sup>599</sup> : Henri Oberdorff et Nicolas Kada, *op.cit.*, p. 137.

<sup>600</sup> : LOI n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

données personnelles, les relations internationales et les conventions internationales...

Toujours dans le cadre de sa mission consultative, le Conseil d'État réalise et établit des rapports et des études, à la demande du premier ministre, souvent en vue de la préparation de réforme législative ou administrative. Ses travaux sont l'œuvre de la section du rapport et des études<sup>601</sup>, à cette occasion, le Conseil d'État montre son importante capacité d'expertise pour le gouvernement.

Un très grand nombre d'études qui concernent de grandes questions de société, touchent au fonctionnement de l'administration, portent sur la justice, le contentieux et le droit ont ainsi été réalisées par ses soins<sup>602</sup>.

---

<sup>601</sup> : La section du rapport et des études est chargée de la préparation du rapport public du Conseil d'État, de la coordination des études réalisées par le Conseil d'État et de régler les difficultés liées à l'exécution des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux et des autres juridictions administratives.

De plus la section du rapport et des études assure l'animation et la coordination de la coopération internationale du Conseil d'État. Au sein de la section du rapport et des études, une délégation du droit européen réalise à la demande des membres du Conseil d'État, toute recherche relative à des questions de droit.

Créée en 1963 sous le nom de commission du rapport, la section du rapport et des études a été érigée en section par le décret du 24 janvier 1985. Elle constitue la sixième section administrative du Conseil d'État Français.

<sup>602</sup> : Par exemple sur les thèmes suivants :

- La prévention des contentieux (en 1981 et 1987).
- Les autorités administratives indépendantes (en 1984).
- Les établissements publics nationaux (en 1985).
- L'administration et les nouvelles technologies de l'information (en 1988).
- La formation juridique des fonctionnaires (en 1988).
- L'aide juridique, pour un meilleur accès au droit et à la justice (en 1991).
- Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative (en 1993).
- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions (en 1995).
- La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles (en 1996).
- Internet et les réseaux numériques (en 1998).
- Les sciences de la vie : de l'éthique au droit (en 1998).
- Les lois de bioéthiques : cinq ans après (en 1999)
- Le cumul d'activité et de rémunération des fonctionnaires (en 1999).
- La norme internationale en droit français (en 2000).
- L'influence internationale du droit français (en 2001).
- La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs (en 2001).
- Redevances pour services rendus et redevances pour occupation du domaine public (en 2002).
- Mettre en œuvre les télé-procédures dans la juridiction administrative (en 2003).
- L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social (en 2004).
- Collectivités territoriales et obligations communautaires (en 2004).
- Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales (en 2006).
- Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national (en 2007).
- Révision des lois de bioéthiques (en 2009).
- Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral (en 2010).

Le Conseil d'État réalise aussi un rapport public annuel qui trace un bilan de son activité juridictionnelle, consultative et internationale ainsi que sur l'exécution des décisions de justices. À l'occasion de ce rapport, il a pris l'habitude de présenter des considérations générales.<sup>603</sup>

Par l'ensemble de ses travaux et de ses fonctions, le Conseil d'État représente une véritable institution centrale de l'administration.

- 
- Les établissements publics (en 2010).
  - Développer la médiation dans le cadre de l'union européenne (en 2010).
  - Vers l'institution d'un parquet européen (en 2011).
  - Les agences : une nouvelle gestion publique ? (en 2012).
  - Santé et justice : quelles responsabilités ? (en 2013).
  - Le droit souple (en 2013).
  - Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets (en 2014).
  - L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation » (en 2014).
  - Le numérique et les droits fondamentaux (en 2014).
  - Les commissaires du gouvernement dans les entreprises (en 2015).
  - L'action économique des personnes publiques (en 2015).
  - Directives européennes : anticiper pour mieux transposer (en 2015).
  - Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger. (en 2016).
  - Simplification et qualité du droit (en 2016).
  - Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » (en 2017).
  - Règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité (en 2018).
  - Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ? (en 2018).
  - La citoyenneté : être (un) citoyen aujourd'hui (en 2018).

<sup>603</sup> : Ces dernières ont successivement porté sur :

- La sécurité juridique (en 1992).
- Le droit communautaire (en 1993).
- Décentralisation et ordre juridique (en 1994).
- Service public, services publics : déclin ou renouveau (en 1995)
- La transparence et le secret (en 1996).
- Sur le principe d'égalité (en 1997).
- Sur le droit de la santé (en 1998).
- L'intérêt général (en 1999).
- Les associations et la loi de 1901, cent ans après (en 2000).
- Les autorités administratives indépendantes (en 2001).
- Collectivités publiques et concurrence (en 2002).
- Perspective pour la fonction publique (en 2003).
- Un siècle de laïcité (en 2004).
- Responsabilité et socialisation du risque (en 2005).
- Sécurité juridique et complexité du droit (en 2006).
- L'administration française et l'union européenne. Quelles influences ? Quelles stratégies ? (en 2007).
- Le contrat, mode d'action publique et de production de norme (en 2008).
- Droit au logement, droit du logement (en 2009).
- L'eau et son droit (en 2010).
- Consulter autrement, participer effectivement (en 2011) ...

## **Section 01 : *Sur les propositions de lois et sur la réglementation***

### **A. Le conseil d'État « Conseil du parlement » :**

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a prévu que le Conseil d'État pourrait être consulté pour avis sur une proposition de loi (article 39, dernier alinéa). La loi n° 2009-689 du 15 juin 2009<sup>604</sup> et le décret n° 2009-926 du 29 juillet 2009<sup>605</sup> ont fixé les modalités de la procédure de demande d'avis. La consultation du Conseil d'État par le Parlement, telle qu'elle a été organisée par ces textes, présente cinq caractéristiques :

- 1- Il s'agit d'une consultation facultative (à l'inverse de ce que prescrit l'article 39, alinéa 2 pour les projets de loi) ;
- 2- Elle est déclenchée, avec l'accord de l'auteur de la proposition, par le président de l'assemblée dans laquelle cette proposition a été déposée ;
- 3- L'avis est sollicité après dépôt de la proposition et avant son examen par la commission dont elle relève, c'est-à-dire sur un état public et cristallisé du texte, à l'inverse de ce qui se fait pour les projets de loi ;
- 4- La procédure d'examen par le Conseil d'État ne diffère de celle habituellement pratiquée par ses formations administratives que par les interlocuteurs associés à cet examen (le parlementaire auteur de la proposition de loi qui assiste à la séance de section puis à l'Assemblée générale) et par la forme revêtue par son avis : en effet le produit de l'examen d'une proposition de loi n'est pas un texte alternatif, mais une note relevant les difficultés juridiques que pourrait soulever la rédaction retenue par l'auteur de la proposition et exposant, le cas échéant, les voies permettant de surmonter ces difficultés. Cet avis est adressé au président de l'assemblée qui a saisi le Conseil d'État ;
- 5- Comme pour les projets, l'avis rendu sur les propositions est purement consultatif. Il appartient donc à l'auteur de la proposition – et aux autres instances parlementaires qui en auront connaissance (ce qui dépend de l'auteur) – de choisir ou non de le suivre.<sup>606</sup>

---

<sup>604</sup> : LOI tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le code de justice administrative.

<sup>605</sup> : Décret relatif à l'examen par le Conseil d'État des propositions de loi.

L'examen d'une proposition de loi est attribué par le vice-président du Conseil d'État à l'une des cinq premières sections mentionnées à l'article R. 123-2 du code de justice administrative qui sont :

- la section de l'intérieur ;
- la section des finances ;
- la section des travaux publics ;
- la section sociale ;
- la section de l'administration ;
- la section du rapport et des études.<sup>607</sup>

Le secrétaire de chaque section ou commission certifie les expéditions des avis émis par cette formation et les notifie au président de l'assemblée qui a saisi le Conseil d'État.<sup>608</sup>

Le secrétaire général du Conseil d'État assurant le secrétariat de l'assemblée générale du Conseil d'État, ou l'un des secrétaires généraux adjoints, qui peuvent être suppléés le cas échéant par l'un des secrétaires des sections administratives. Tient le procès-verbal de l'assemblée générale, signe et certifie les expéditions des avis du Conseil d'État sur les propositions de loi, destinées aux présidents des assemblées parlementaires.<sup>609</sup>

Quand la lettre par laquelle le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat saisit le Conseil d'État d'une demande d'avis sur une proposition de loi constate l'urgence, la proposition peut être soumise à l'examen de la commission permanente sur décision du vice-président du Conseil d'État.

La commission permanente peut décider de renvoyer après instruction l'affaire dont elle est saisie à l'assemblée générale.<sup>610</sup>

---

<sup>606</sup> : Rapport d'activité du Conseil d'État 2019 (année 2018), rapport délibéré en assemblée générale le 14 mars 2019, publié par la section des études et du rapport, Collection : « Les rapports du Conseil d'État », Paris, p.201.

<sup>607</sup> : Article R.123-3-1 du CJA, créé par l'article premier du Décret n°2009-926 du 29 juillet 2009 susnommé.

<sup>608</sup> : Selon l'article R.123-11 du CJA relative aux sections administratives du Conseil d'État, modifié par l'article 2 du Décret n°2009-926 du 29 juillet 2009.

<sup>609</sup> : Selon les dispositions de l'article R.123-19 du CJA relative à l'assemblée générale du Conseil d'État, modifié par l'article 3 du Décret n° 2009-926 du 29 juillet 2009.

<sup>610</sup> : Voir article R.123-21 du CJA relative à la commission permanente du Conseil d'État, article modifié par l'article 5 du Décret n°2009-926 du 29 juillet 2009.

Il est à noter que l'auteur de la proposition de loi, peut toujours désigner des personnes pour l'assister aux séances au cours desquelles une proposition de loi est examinée.<sup>611</sup>

### **B. Les avis sur des questions en matière administrative<sup>612</sup> :**

La consultation du Conseil d'État sur ce fondement peut avoir deux finalités principales. Il peut s'agir d'abord de renvoyer à une instance impartiale le soin de répondre à une question d'ordre général qui suscite des débats dans l'opinion publique.

Cet objectif fut poursuivi par le gouvernement, en 1989, dans l'affaire du « foulard islamique »<sup>613</sup>. Il arrive ensuite que le gouvernement cherche à être éclairé sur la portée d'une disposition nouvelle que la jurisprudence n'a pas encore interprétée, ou sur une notion juridique nouvelle qui semble se mettre en place. Les avis rendus ici par le Conseil d'État sont de véritables consultations juridiques données au gouvernement ou aux collectivités d'outre-mer.<sup>614</sup>

Quelques exemples tirés du rapport d'activité 2019 (année 2018) sur ces avis suite à la sollicitation du gouvernement ou d'une collectivité d'outre-mer s'imposent ici :

### **Exemples d'avis sur des questions posées par le Gouvernement :**

- Assemblée générale (section sociale), avis n° 394345 du 15/03/2018 –Avis portant sur la répartition des compétences entre l'État, les régions et Pôle emploi dans le cadre de la mise en œuvre des actions de formation des demandeurs d'emploi.

---

<sup>611</sup> : Leurs voix sont purement consultatives selon les dispositions de l'article R.123-24-1 du CJA, Créé par l'article 6 du Décret n°2009-926 du 29 juillet 2009.

<sup>612</sup> : Selon les dispositions de l'article L.112-2 du CJA :« Le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

<sup>613</sup> : CE, Ass, avis, 27 Novembre 1989, AJDA, 1990, p.39.

<sup>614</sup> : Les avis rendus par le Conseil d'État sur une question posée par le Gouvernement ou par une collectivité d'outre-mer sont consultables dans leur intégralité sur le site internet du Conseil d'État ([www.conseil-État.fr](http://www.conseil-État.fr), rubrique « décisions, avis et publications ») lorsque le Gouvernement ou la collectivité l'a autorisé. Ils sont également consultables sur l'application ConsiliaWeb, accessible gratuitement, depuis la page d'accueil du site internet du Conseil d'État. L'outil se présente comme un moteur de recherche où les entrées peuvent se faire par numéro d'avis, par date ou par mots clés.

- Section de l'intérieur, avis n° 394424 du 27/03/2018 – Avis portant sur les modalités permettant d'assurer la continuité de la présidence des sociétés nationales de programme en cas de cessation anticipée du mandat du président.
- Avis n° 394398 du 26/04/2018 – Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique.
- Section de l'administration, avis n° 394761 du 04/05/2018 – Avis sur la mise en place d'un dispositif visant à vérifier l'existence de menaces pour les intérêts fondamentaux de la Nation dans les données recueillies dans le cadre de la surveillance des communications internationales.
- Section des finances, avis n° 394777 du 29/05/2018 – Avis sur la fiscalité des transmissions d'entreprises.
- Section de l'intérieur, avis n° 395203 du 04/09/2018 – Avis sur l'échéance de l'accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 05 mai 1998.
- Assemblée générale (section de l'administration), avis n° 396046 du 29/11/2018 – Avis relatif au champ d'application de la protection fonctionnelle.

**Exemples d'avis sur des questions posées par une collectivité d'outre-mer :**

- Section de l'intérieur, avis n° 394677 du 22/05/2018 – Avis concernant la répartition des compétences en Nouvelle-Calédonie entre l'État et les communes en matière de maintien de l'ordre public.
- Section des travaux publics, avis n° 394694 du 26/06/2018 – Avis portant sur la répartition des compétences en Nouvelle-Calédonie en matière de fixation de la limite transversale de la mer à l'embouchure des cours d'eau situés sur terres coutumières.
- Section des travaux publics, avis n° 394629 du 15/05/2018 – Avis portant sur la répartition des compétences en Nouvelle-Calédonie en matière d'assainissement non collectif.

En outre le Conseil d'État dans l'optique des questions administratives peut par ses avis : Arbitrer l'action gouvernementale, appuyer la négociation du



gouvernement dans un cadre communautaire et peut aussi alerter le gouvernement sur la mise en œuvre de l'application des différents textes et directives.

### **1- Arbitrer l'action gouvernementale :**

En vertu de l'article L. 112-2 du code de justice administrative, « le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Devant le risque d'inflation et de désordre lié à l'afflux des demandes d'avis au Conseil, il est apparu nécessaire d'en rationaliser la procédure : depuis une circulaire du 29 septembre 1997<sup>615</sup>, les demandes d'avis des ministres doivent faire l'objet d'une transmission préalable au secrétariat général du gouvernement (SGG) qui peut s'y opposer.

Conformément à son rôle traditionnel, le Conseil d'État est saisi de questions juridiquement complexes. Il apprécie la pertinence des textes législatifs ou réglementaires face à l'évolution des jurisprudences du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État au contentieux et des Cours européennes. Cet examen préventif de légalité confère au texte une forte crédibilité et sécurité juridique. Dans la forme, le Conseil est conduit à réécrire certains projets dans une langue correcte, évitant les ambiguïtés, sources de contestations futures. Dans cet exercice, son rôle varie selon les ministères : moins étoffé auprès de ceux qui sont juridiquement solides, il sera plus proche de jeunes ministères encore incertains.

---

<sup>615</sup> : **Circulaire n°4538/SG du 29 septembre 1997 relative à la procédure applicable aux demandes d'avis adressées par les ministres au Conseil d'État**, Bulletin officiel des services du Premier ministre n°4, page 5.

#### **Résumé de la circulaire :**

« Afin d'améliorer la coordination de l'action gouvernementale, la présente circulaire précise la procédure applicable aux demandes d'avis adressées au Conseil d'État. Si la réponse à la question posée doit prendre la forme d'un texte, c'est le texte lui-même qui devra être soumis au Conseil d'État.

Les questions relatives à l'application des articles 34 à 37 de la Constitution sont normalement soumises au Conseil d'État à l'occasion de l'examen d'un texte (projet de loi ou de décret, le cas échéant selon la procédure prévue à l'article 37 (al. 2) de la constitution).

Les demandes portant sur l'interprétation des dispositions de la constitution et des lois organiques sont obligatoirement adressées au Premier ministre (secrétariat général du gouvernement : SGG) pour transmission éventuelle au Conseil d'État.

Les autres demandes d'avis sont adressées par le ministère compétent au Conseil d'État en respectant les règles suivantes : transmission de la demande au Conseil d'État après accord express du Premier ministre (le ministre compétent adresse le projet de demande d'avis au service législatif du SGG accompagné d'un dossier contenant une copie des textes législatifs ou réglementaires pouvant être utiles à la solution de la question et des documents établissant de manière claire la position des autres ministères concernés par la question posée ; le premier ministre, par écrit donne sa réponse sur la demande d'avis au ministre ; la demande d'avis doit être signée du ministre concerné ou exceptionnellement de son directeur concerné. »

L'administration cherche ici à conjurer ses peurs en faisant valider son action pour prévenir un contentieux de légalité, indemnitaire ou pénal. Lorsqu'un ancien ministre de la Culture, "Jean-Jacques Aillagon", souhaite prendre la direction d'une chaîne de télévision, TV5 Monde, face aux critiques du Syndicat national des journalistes, le gouvernement demande l'avis au Conseil d'État par crainte d'une plainte déposée au pénal. L'article 175 du code pénal interdit en effet à tout fonctionnaire public, pendant un délai de cinq ans après la cessation de ses fonctions, de recevoir de sociétés directement soumises à son contrôle une participation par travail, conseils ou capitaux. Le Conseil observe, dans son avis du 22 mars 2005<sup>616</sup>, que l'expression « fonctionnaire public » n'ayant pas dans le texte originel de la loi 1919<sup>617</sup> le sens le plus large, l'énumération des auteurs d'une telle infraction a dû être complétée par différents textes. Il en déduit qu'un ministre n'est pas un fonctionnaire public ni un agent ou préposé d'une administration publique au sens de l'article 432-13 du code pénal ; il ne peut donc relever de ce type d'infraction.

<sup>616</sup> : Notice complète de l'avis :

Numéro de l'avis	371475
Date de l'enregistrement	09/03/2005
Auteur de la demande	Ministère de la justice
Formation saisie	Section de l'intérieur
Intitulé de l'avis	Demande d'avis sur la question de savoir si un ministre doit être regardé comme un "fonctionnaire public" ou un "agent" ou un "préposé d'une administration publique" au sens de l'article 432-13 du code pénal.
Président de la formation	ROBINEAU Yves
Rapporteur	LAMY Francis
Formation(s) auteur(s) de l'avis	section seule; section de l'intérieur
Date de l'avis	22/03/2005
PCJA	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fonctionnaires et agents publics</li> <li>• Pouvoirs publics et autorités indépendantes / gouvernement</li> </ul>
Statut de l'avis	Avis rendu public

<sup>617</sup> : Loi du 06 octobre 1919 amendant le code pénal français notamment les dispositions de son article 10 qui modifient l'article 175 du dit code en ajoutant les alinéas suivants : « Tout fonctionnaire public, tout agent ou préposé d'une administration publique, chargé, à raison même de sa fonction, de la surveillance ou du contrôle direct d'une entreprise privée et qui, soit en position de congé ou de disponibilité, soit après admission à la retraite, soit après démission, destitution ou révocation, et pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation de la fonction, prendra ou recevra une participation par travail, conseils ou capitaux (sauf par dévolution héréditaire en ce qui concerne les capitaux), dans les concessions, entreprises ou régies qui étaient directement soumises à sa surveillance ou à son contrôle, sera puni de la même peine d'emprisonnement et de 100 fr à 5000 fr d'amende. « Il sera en outre frappé de l'incapacité édictée par le paragraphe 2 du présent article : les dirigeants des concessions, entreprises ou régies, considérés comme complices, seront frappés des mêmes peines. »

Il s'agit parfois d'anticiper un contentieux constitutionnel. Le respect des procédures et le choix d'une temporalité conditionnent la réussite d'un projet gouvernemental.

Dans son avis du 23 mai 2006<sup>618</sup>, le Conseil répond à deux sollicitations : le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut-il abroger par décret une autorisation d'usage de la télévision par voie hertzienne au bénéfice du déploiement de la télévision numérique ou cela doit-il se faire par une loi ?.

À quelles conditions cette modification peut-elle être effectuée pour assurer le respect des droits des éditeurs de services et des téléspectateurs ?.

Le gouvernement cherche en fait une réponse à deux questions connexes : celle de la chronologie de sa réforme ; celle des risques financiers qu'il court en terme d'indemnisation.

La réponse du Conseil d'État<sup>619</sup> dicte la temporalité de la réforme : puisqu'une loi est nécessaire, elle sera présentée au Parlement à l'été 2006, le projet relatif

---

<sup>618</sup> : Notice complète de l'avis :

<b>Numéro de l'avis</b>	373035
<b>Date de l'enregistrement</b>	24/03/2006
<b>Auteur de la demande</b>	Premier ministre
<b>Formation saisie</b>	section de l'intérieur
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis relative à l'extinction partielle ou totale de la diffusion des services de télévision par voie hertzienne terrestre
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	section de l'intérieur
<b>Date de l'avis</b>	23/05/2006
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

<sup>619</sup> : Texte intégral de la minute de l'avis du Conseil d'État susnommé :

« Le Conseil d'État (section de l'intérieur) saisi par le Premier ministre des questions suivantes :

1° Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut-il légalement modifier ou abroger en tout ou en partie une autorisation en cours d'usage de la ressource radioélectrique délivrée à un éditeur de services public ou privé en vue d'une diffusion de services par voie hertzienne terrestre afin de procéder à un réaménagement des fréquences tendant à favoriser le déploiement de la télévision numérique terrestre ?

2° Si tel n'est pas le cas, une loi pourrait-elle rendre cette modification ou cette abrogation possible ? À quelles conditions la loi devrait-elle, dans cette hypothèse, subordonner la modification ou l'abrogation des autorisations d'usage de fréquence pour assurer le respect des droits des éditeurs de services et des téléspectateurs ? Les mêmes conditions s'imposeraient-elles dans l'hypothèse où une loi aurait pour objet d'avancer la date fixée pour l'extinction totale de la diffusion des services de télévision par voie hertzienne en mode analogique ?

3° Si la réponse à la première question était positive, dans quelles conditions le Conseil supérieur de l'audiovisuel pourrait-il faire usage de son pouvoir de modification ou d'abrogation ? Ce pouvoir serait-il limité quant au nombre des fréquences concernées ? L'octroi concomitant aux éditeurs de services d'un droit d'usage d'une ressource radioélectrique permettant la diffusion de leurs programmes en mode numérique serait-il suffisant ? Cette diffusion pourrait-elle être imposée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel à partir de sites et sur des fréquences n'ayant pas fait l'objet d'un appel à candidatures ? Les éditeurs de services ou leurs prestataires techniques seraient-ils alors fondés à demander une compensation supplémentaire ? A quelles obligations l'État serait-il tenu vis-à-vis des particuliers pour assurer la continuité de réception des services ? Pourrait-il en particulier être tenu de mettre à leur disposition des matériels à cette fin ? Dans l'affirmative, cette obligation de mise à disposition pourrait-elle être modulée en fonction d'une condition de ressources ?

---

Vu la Constitution ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole additionnel ;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication ;

Vu les articles 127 et 128 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ;

Vu la décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 du Conseil constitutionnel ;

Vu la décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 du Conseil constitutionnel ;

**Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :**

I. - S'il résulte des articles 21, 22 et 25 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, ainsi que des principes généraux relatifs aux occupations privatives du domaine public, que le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut par voie de décisions unilatérales modifier des autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques pour assurer le développement des réseaux de télévision, cette faculté, qui doit s'exercer dans le respect du principe de sécurité juridique, ne saurait légalement lui permettre de supprimer, même dans des zones de réception limitées, des services de diffusion par voie analogique quand bien même y seraient substitués partiellement ou totalement des services de diffusion par voie numérique dont les conditions techniques et économiques ainsi que les capacités d'utilisation diffèrent.

En effet, alors que le mode de diffusion, analogique ou numérique, d'un service est un élément substantiel de ce service, si un opérateur autorisé à émettre en mode analogique ne bénéficie pas d'un droit acquis à continuer d'émettre sur les fréquences qui lui ont été attribuées initialement, c'est à la condition qu'il reçoive en contrepartie le droit d'utiliser d'autres fréquences permettant le maintien du service de communication audiovisuelle qui est garanti tant par les principes de valeur constitutionnelle qui s'attachent à la nature du service que par les dispositions protectrices qu'a entendu prendre le législateur en assurant aux éditeurs de services le mode de diffusion auquel s'applique l'autorisation créatrice de droits qui leur a été conférée.

Or d'une part la modification de dispositions relatives au domaine public ne saurait priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté. Et il appartient au seul législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la continuité du service l'assurant avec les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication audiovisuelle.

D'autre part le législateur s'est attaché par l'adoption de diverses dispositions à garantir au bénéfice des titulaires d'autorisations le maintien du service de communication par voie analogique.

Tout d'abord, l'article 127 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle n'a de manière générale prévu la fin de la diffusion des services de télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique qu'au terme d'un délai de cinq années après le début effectif des émissions en mode numérique et sous réserve du constat par le Conseil supérieur de l'audiovisuel de la couverture du territoire par ce mode de diffusion, de la pertinence des choix technologiques, de l'information appropriée du public et de l'équipement des foyers pour ce mode de réception.

Par ailleurs certaines dispositions de la loi du 30 septembre 1986 sont venues garantir particulièrement les droits des éditeurs de services diffusant leurs programmes par la voie analogique terrestre hertzienne. Ainsi l'article 26 dispose que les sociétés nationales de programme et Arte sont titulaires du droit d'usage des ressources radioélectriques assignées pour la diffusion de leurs programmes par voie hertzienne terrestre et que si le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut cependant leur retirer tout ou partie de cette ressource, au cas où les contraintes techniques l'exigent, c'est à la condition de leur assigner, sans interruption du service, l'usage de la ressource radioélectrique permettant une réception de qualité équivalente. Pour sa part l'article 30-III assure aux opérateurs privés la reprise intégrale et simultanée des services de télévision autorisés par voie analogique pour une diffusion par voie numérique. Cette condition de simultanéité garantit ainsi la continuité de la diffusion par voie analogique. Enfin s'agissant de ces services de télévision autorisés sur la base de l'article 28-1 et qui bénéficient de la garantie d'une reprise intégrale et simultanée en mode numérique, le terme de cette autorisation se trouve automatiquement prorogé de cinq années en vertu de l'article 82 de la loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 dans sa rédaction résultant de l'article 128 de la loi précitée du 9 septembre 2004.

Il résulte donc des considérations qui précèdent que seul le législateur peut autoriser et organiser l'extinction anticipée des services de diffusion par voie analogique.

II. - Si le législateur intervenait à cette fin, il lui incomberait de prendre en compte distinctement les droits des éditeurs de services et ceux des téléspectateurs.

à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur étant adopté le 5 mars 2007.

Les conditions d'indemnisation diffèrent selon les bénéficiaires des précédentes autorisations : les coûts des éventuels réaménagements de fréquence peuvent être mis à la charge des éditeurs de service ; en revanche, ils ne doivent pas priver les téléspectateurs de la continuité de la réception des programmes.

Le texte de loi<sup>620</sup> précise donc que si le passage au tout numérique pour la télévision doit être achevé en France au 30 novembre 2011, un fond d'aide spécifique est créé pour aider les téléspectateurs les plus modestes à acheter un nouvel équipement<sup>621</sup>.

---

S'agissant des éditeurs de services, en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui ne confère pas en lui-même au principe de sécurité juridique une valeur constitutionnelle, et en l'absence de détention de droits réels immobiliers sur le domaine public de l'État, ni les dispositions et principes à valeur constitutionnelle, ni les stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ne paraissent faire obstacle à ce que, dans le respect du principe d'égalité, la loi remette en cause des autorisations en cours en mettant à la charge de leurs titulaires les éventuels réaménagements des fréquences et les coûts induits résultant des relations contractuelles de ceux-ci avec les distributeurs de services. Il importe toutefois que le législateur en dispose expressément dès lors qu'il résulte des principes qui gouvernent l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État que le silence d'une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en œuvre ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer.

S'agissant des téléspectateurs, il revient au législateur de prendre les dispositions nécessaires au respect de la liberté de communication audiovisuelle ainsi que du principe de continuité du service public. Dans la mesure où des contraintes techniques et économiques ne permettent pas d'assurer des conditions de couverture aussi étendues par mode numérique que par mode analogique, des procédés autres de substitution devraient être garantis notamment par voie satellitaire. De manière générale, il importe que les coûts en résultant pour les destinataires de la communication audiovisuelle ne puissent être tels qu'ils les privent de la faculté d'assurer par des procédés techniques nouveaux la continuité de la réception des programmes notamment des sociétés nationales qui doit leur être constitutionnellement garantie. Cette considération peut conduire à l'édiction, dans le respect du principe d'égalité, d'un dispositif de soutien financier modulé au bénéfice des téléspectateurs dont les capacités contributives seraient insuffisantes.

Ces observations ne sont pas de nature à être affectées dans leur principe par l'intervention d'une disposition générale, à la supposer techniquement et fonctionnellement envisageable, réduisant le délai de cinq années actuellement prévu par la loi, sous réserve de diverses conditions, pour l'extinction générale de la voie de diffusion analogique.

III. - Les observations formulées au I rendent sans objet les questions posées au 3 »

<sup>620</sup> : LOI n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, JORF n°56 du 7 mars 2007, texte n° 13, p.4347

<sup>621</sup> : Selon les dispositions de l'article 102 de la loi susnommée : « Il est institué au bénéfice des foyers exonérés de redevance audiovisuelle et ne recevant les services de télévision en clair que par la voie hertzienne en mode analogique un fonds d'aide, sous condition de ressources du foyer fiscal, destiné à contribuer à la continuité de la réception gratuite de ces services après l'extinction de leur diffusion en mode analogique. Cette aide est modulée en fonction des capacités contributives des bénéficiaires et des solutions techniques de réception disponibles sur la zone.

Un décret en Conseil d'État fixe le plafond de ressources applicable et les modalités d'application du présent article, dans le respect du principe de neutralité technologique. »

Solliciter le Conseil d'État avant le dépôt du projet de loi a permis au gouvernement d'obtenir des réponses précises à des questions que le juge aurait évitées en cas d'avis formel sur le projet de loi. De telles considérations tactiques évitent l'inconstitutionnalité d'un texte.

Cependant des questions sensibles conduisent le gouvernement à solliciter le Conseil d'État pour obtenir indirectement un appui dans l'exercice même de ses fonctions d'arbitrage.

## **2- L'arbitrage au sein des pouvoirs publics :**

Certains projets, en raison de leurs conséquences polémiques, ne peuvent que bénéficier de l'assurance juridique du Conseil d'État.

La surpopulation carcérale par exemple impose la construction rapide d'établissements pénitentiaires. Mais l'État ne dispose pas des moyens financiers suffisants et décide de recourir à de nouveaux modes de passation des marchés publics, les partenariats public-privé (ppp) : le bénéficiaire se voit confier la conception, la construction et la gestion des bâtiments pendant une durée de vingt à trente ans. Titulaire d'une convention de bail accompagnée d'une autorisation d'occupation temporaire, le candidat retenu sera propriétaire de l'établissement que l'État louera pendant deux ou trois décennies. À l'issue de cette période, la puissance publique disposera d'une option d'achat pour acquérir les bâtiments construits. Les services inhérents au fonctionnement des prisons, restauration, entretien des locaux, nettoyage, seront pris en charge dans le contrat global. L'avantage est énoncé : permettre la construction rapide de l'équipement public, en diminuer les coûts en regroupant l'investissement et la maintenance ; toutefois, c'est une personne privée qui assure la construction et le fonctionnement pendant la durée du bail et la charge financière de l'investissement est reportée sur les générations futures. Ces aspects nécessairement polémiques, surtout lorsqu'il s'agit de bâtiments qui se rattachent à l'exercice d'une fonction régaliennne, méritaient un étai juridique. Le gouvernement a donc sollicité le Conseil d'État pour savoir si les constructions de prisons, sur le fondement des ppp, devaient être regardées comme entreprises pour le compte de l'État.

La réponse positive, liée au droit de l'urbanisme et rendue dans l'avis du 6 septembre 2005<sup>622</sup>, confirme la pratique du gouvernement qui, quelques jours

---

<sup>622</sup> : Notice complète de l'avis :

après la parution, le 27 juillet 2004, du décret d'application précisant les règles de passation des ppp<sup>623</sup>, avait annoncé que quatre établissements pénitentiaires allaient être construits et gérés dans ce cadre.

La saisine peut répondre à la nécessité de faire arbitrer par le Conseil d'État un dossier sur lequel deux ministères s'affrontent et de sortir ainsi d'une situation enlisée. Entre le ministère des Anciens Combattants, favorable à la prise en compte d'une bonification pour les militaires ayant fait une campagne en Algérie, et Bercy qui la refuse, une guerre de tranchée s'est installée. Après un rapport incertain de l'Inspection générale des affaires sociales, le SGG tente de sortir de cet imbroglio en « laissant filer » une demande d'avis au Conseil d'État. L'avis du 30 novembre 2006<sup>624</sup> rappelle que la loi du 18 octobre 1999<sup>625</sup>, en qualifiant le conflit en Algérie de « guerre », a créé une situation juridique nouvelle dont le gouvernement doit tirer les conséquences, indépendamment des différentes modalités proposées dans le rapport de l'inspection générale des affaires sociales qui ne peuvent être retenues en l'état pour des raisons

<b>Numéro de l'avis</b>	371958
<b>Date de l'enregistrement</b>	01/07/2005
<b>Auteur de la demande</b>	Ministère de la justice
<b>Formation saisie</b>	Section des travaux publics
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis relative à l'autorité compétente pour la délivrance de permis de construire dans le cadre des opérations de construction d'établissements pénitentiaires conduites par l'Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice.
<b>Président de la formation</b>	AUBIN Marie-Ève
<b>Rapporteur</b>	TUOT Thierry
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	section seule; section des travaux publics
<b>Date de l'avis</b>	06/09/2005
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Urbanisme et aménagement du territoire / permis de construire / procédure d'attribution</li> <li>• Actes législatifs et administratifs / validité des actes administratifs - compétence</li> <li>• Travaux publics</li> <li>• Domaine</li> </ul>
<b>Indexation complémentaire</b>	construction, prison, contrat
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

<sup>623</sup> : Décret n° 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du code du domaine de l'État, JORF n°172 du 27 juillet 2004, texte n° 11, p.13373.

<sup>624</sup> : Avis non publié.

<sup>625</sup> : LOI no 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc », JORF n°244 du 20 octobre 1999, p.15647.

juridiques. Le Conseil invite donc le gouvernement « à définir les circonstances de temps et de lieu permettant d'identifier les situations de combat qui pourraient ouvrir droit au bénéfice de la campagne double ».

Le gouvernement peut aussi se défausser sur le Conseil d'État pour une responsabilité qu'il ne souhaite pas prendre. Lorsque la Cour des comptes affiche sa volonté de contrôler les barreaux, soutenant que sa compétence s'étend aux organismes habilités à percevoir des cotisations légalement obligatoires, le ministère de la Justice et le Conseil national des barreaux contestent cette position en rejetant le caractère « légalement obligatoire » des cotisations fixées par la loi du 31 décembre 1971<sup>626</sup>, vu que certains barreaux n'en perçoivent pas et d'autres en envisagent la suppression. Ce conflit, plus essentiel qu'il n'y paraît, renvoie à la nature même des barreaux et à la garantie d'indépendance des avocats.

Matignon, saisi par la Cour des comptes, mesurant le coût politique d'une réponse défavorable imposée au ministère de la Justice, ne souhaite pas rendre directement cet arbitrage. Le SGG laisse le ministre de la Justice saisir le Conseil d'État en 2006, ce qui lui confère un double avantage : affirmer son attachement à l'indépendance des avocats ; économiser son crédit auprès du ministère de la Justice.

L'avis du Conseil d'État confirme la position de la Cour des comptes.<sup>627</sup>

---

<sup>626</sup> : Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifiée et complétée, texte initiale au : JORF du 5 janvier 1972, p.131.

<sup>627</sup> : CE.Section de l'intérieur, 08 mars 2007, avis n°373607, non publié.

Texte intégral :

« Le Conseil d'État, saisi d'une demande d'avis sur la question suivante : La Cour des comptes est-elle en droit, sur le fondement des dispositions de l'article L. 111-7 du code des juridictions financières l'autorisant à exercer un contrôle sur les organismes habilités à recevoir des cotisations légalement obligatoires, de contrôler les comptes des conseils de l'ordre des avocats, auxquels le législateur a donné notamment pour attribution de fixer le montant des cotisations ordinaires et d'en poursuivre le recouvrement ? ;

Vu le code des juridictions financières, notamment son article L. 111-7;

Vu, la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ;

Vu le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 modifié organisant la profession d'avocat

**EST D'AVIS DE REpondre dans le sens des observations qui suivent :**

I – Aux termes des dispositions de l'article L.111-7 du code des juridictions financières : «La Cour des comptes peut exercer, dans les conditions fixées par voie réglementaire, un contrôle sur les organismes qui bénéficient du concours financier de l'État, d'une autre personne soumise à son contrôle ainsi que de la Communauté européenne et sur les organismes qui sont habilités à recevoir des taxes parafiscales, des impositions de toute nature et des cotisations légalement obligatoires, de même que les organismes habilités à percevoir des versements libératoires d'une obligation légale de faire » les représentés au sens littéral, les termes « cotisations légalement obligatoires » ont pour effet d'inclure dans le champ du contrôle de la Cour des comptes, alors même que les travaux préparatoires ne relèvent pas que la question ait été débattue au Parlement, l'ensemble des ordres professionnels que la loi a habilités, dans un but d'intérêt public, à percevoir des cotisations ayant un caractère obligatoire pour les



Enfin, le gouvernement peut souhaiter donner du poids à une décision qui ne présente pas par ailleurs de grandes difficultés juridiques. Lorsque la question s'est posée de savoir qui de l'État ou des communes devait supporter les charges de reprographie au sein des écoles primaires, ce ne fut pas la complexité juridique qui arrêta le SGG, l'argument selon lequel ces charges découlaient d'initiatives des enseignants dans le cadre de leur mission, étant sans incidence sur le texte de la loi. L'avis du 14 janvier 2003<sup>628</sup> confirme que les reprographies

---

personnes qui y sont assujetties, quel que soit le statut juridique de ces organismes et le régime contentieux des actes par lesquels leurs organes compétents établissent les cotisations et fixent leur montant.

II. Aux termes de l'article 15 de la loi susvisée du 31 décembre 1971: « Les avocats font partie de barreaux qui sont établis auprès des tribunaux de grande instance (...). Chaque barreau est administré par un conseil de l'ordre (...) » et aux termes de l'article 17 de la même loi: « Le conseil de l'ordre a pour attribution (...): 6° De gérer les biens de l'ordre, de préparer le budget, de fixer le montant des cotisations des avocats relevant de ces conseils de l'ordre (...), d'administrer et d'utiliser ses ressources (...) de répartir les charges entre ses membres et d'en poursuivre le recouvrement ». En vertu des dispositions du décret susvisé du 27 novembre 1991 pris sur le fondement de l'article 53 de la même loi, les avocats établis près de chaque tribunal de grande instance forment un barreau. Le barreau comprend les avocats inscrits au tableau. L'article 154 de ce décret dispose que: « ont seules droit au titre d'avocat les personnes inscrites au tableau ». L'inscription est arrêtée par le conseil de l'ordre.

En vertu des dispositions des articles 105 et 106 du même décret, l'avocat qui sans motif valable n'a pas acquitté dans les délais prescrits sa cotisation peut être omis du tableau.

L'omission est prononcée par le conseil de l'ordre.

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, en premier lieu, les conseils de l'ordre des avocats ont été habilités par la loi à établir à la charge de leurs membres des contributions au paiement desquelles ceux-ci ne peuvent se soustraire sans motif valable, sauf à courir le risque d'une omission du tableau, et par suite, de ne pouvoir exercer leur profession. Alors même que certains conseils de l'ordre auraient renoncé à les percevoir ou en exonéreraient des avocats de leurs barreaux, ces contributions doivent, par suite, être regardées comme ayant un caractère obligatoire pour les assujettis. Il résulte, en second lieu, des mêmes dispositions que la prérogative d'assujettir leurs membres au paiement d'une cotisation ordinale a été attribuée à ces conseils afin de leur procurer les ressources nécessaires non seulement à leur fonctionnement mais aussi à l'accomplissement des missions d'intérêt public qu'ils ont vocation à assumer notamment en matière de formation, de déontologie, de discipline et, d'une manière générale, de surveillance des modalités, d'exercice de professionnels qui ont la qualité d'auxiliaires de justice. Enfin, le contrôle financier des barreaux est distinct, par son objet, par les modalités de son exercice et par les suites qu'il peut recevoir, du contrôle juridictionnel des actes des conseils de l'ordre que l'article 19 de la loi susvisée du 31 décembre 1971 réserve à l'autorité judiciaire.

Il suit de là que les cotisations que les conseils de l'ordre des avocats ont été habilités par la loi à lever dans un intérêt public sont au nombre des cotisations légalement obligatoires au sens et pour l'application de l'article L. 111-7 précité du code des juridictions financières.

III. Il appartient, le cas échéant, au Parlement de confirmer ou d'infirmer l'interprétation littérale qu'appelle en l'état cet article L. 111-7 et qui, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, n'a pas fait l'objet d'un débat explicite devant lui. Il lui appartient également de statuer sur ceux des ordres professionnels qui devraient, dans l'hypothèse d'une confirmation, être soustraits au contrôle de la Cour des comptes. Dans cette attente, il incombe en toute hypothèse à la Cour des comptes de veiller à ce que le contrôle éventuel des ordres des avocats soit exercé, tant en ce qui concerne ses modalités que les suites à lui donner, dans le respect des exigences découlant des principes, énoncés aux articles 1er et 15 de la même loi, d'indépendance de l'avocat et de la profession d'avocat, de secret professionnel et d'autonomie des conseils de l'ordre, notamment pour l'administration des barreaux et l'accomplissement de leurs missions ordinaires d'intérêt public. Il convient également que la Cour respecte la compétence en matière de contrôle des décisions des conseils de l'ordre que le législateur a attribuée à la seule autorité judiciaire. »

<sup>628</sup> : Notice complète de l'avis :

réalisées dans les écoles du premier degré doivent être considérées comme du matériel d'enseignement à la charge des communes. Le gouvernement avait en fait sollicité le Conseil pour ne pas heurter de front l'Association des maires de France.

Dans les multiples déclinaisons de l'action gouvernementale, y compris pour déclencher la refonte de règles devenues trop complexes et ingérables, le gouvernement cherche auprès du Conseil d'État un appui dans les postures arbitrales qu'il adopte.

### 3- L'arbitrage face à la société civile :

Pour un traitement dynamique des questions sociétales, le gouvernement institue souvent une mission *ad hoc*<sup>629</sup>, comme le Conseil d'orientation des retraites, qui procède selon une démarche de diagnostic partagé et en assume plus aisément les conséquences. Cependant, les préoccupations très actuelles de sécurité juridique peuvent aussi le conduire à saisir le Conseil d'État de sujets sociétaux, potentiellement conflictuels, dont une lecture juridique assurée peut contribuer à apaiser les tensions.

Le 18 septembre 1989 dans un collège de l'Oise, à Creil. Trois jeunes filles musulmanes sont exclues parce qu'elles se sont présentées au collège la tête couverte d'un voile qu'elles refusent de quitter. Le principal, qui vient déjà d'interdire le port de kippas, dénonce le voile comme étant une atteinte à la laïcité et à la neutralité de l'école publique. Le retentissement médiatique qui

<b>Numéro de l'avis</b>	368577
<b>Date de l'enregistrement</b>	02/12/2002
<b>Auteur de la demande</b>	Ministère de la jeunesse de l'éducation nationale et de la recherche
<b>Formation saisie</b>	Section de l'intérieur
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis sur la question de savoir s'il incombe à la commune ou à l'État de supporter les charges relatives aux droits de reprographie des œuvres protégées dans les écoles de l'enseignement du premier degré.
<b>Président de la formation</b>	BERNARD François
<b>Rapporteur</b>	MOUTOUH Hugues
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	section seule; section de l'intérieur
<b>Date de l'avis</b>	14/01/2003
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Enseignement et recherche / questions propres aux différentes catégories d'enseignement / enseignement du premier degré</li> <li>• Droits civils et individuels / droit de propriété / propriété littéraire et artistique</li> <li>• Comptabilité publique et budget / budgets</li> </ul>
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

<sup>629</sup> : Destiné expressément à un usage

entoure cette affaire fait émerger une réalité : des incidents identiques ont déjà eu lieu dans de nombreux établissements scolaires. Cette situation conduit le ministre de l'Éducation nationale à saisir le Conseil d'État, qui rendra son avis en assemblée générale, le 27 novembre 1989<sup>630</sup>. La séparation laïque s'incarne particulièrement dans l'école publique où l'État s'interdit d'imposer ou de privilégier une croyance particulière. Mais les débats juridiques et éthiques sont nombreux entre les partisans d'une laïcité intransigeante et ceux d'une laïcité de bienveillante confrontation, favorables à l'expression publique du multiculturalisme. C'est une laïcité tolérante qui s'exprime dans l'avis, conforme à la règle selon laquelle la liberté, ici de conscience, est la règle et l'interdiction l'exception. Cette interprétation très nuancée ne donne toutefois

<sup>630</sup> : CE, Op.cit.

Notice complète de l'avis :

<b>Numéro de l'avis</b>	346893
<b>Date de l'enregistrement</b>	07/11/1989
<b>Auteur de la demande</b>	Ministère de l'éducation nationale de la jeunesse et des sports
<b>Formation saisie</b>	Section de l'intérieur
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis sur la question de savoir si le port d'un signe d'appartenance religieuse, dans un établissement scolaire, est ou non compatible avec le principe de laïcité.
<b>Président de la formation</b>	LONG Marceau
<b>Rapporteur</b>	LAROQUE Martine
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	assemblée générale
<b>Date de l'avis</b>	27/11/1989
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Droits civils et individuels / libertés publiques et libertés de la personne / liberté des cultes</li> <li>• Droits civils et individuels / Convention européenne des droits de l'Homme / droits garantis par la Convention</li> <li>• Actes législatifs et administratifs / validité des actes administratifs - compétence</li> <li>• Enseignement et recherche / questions générales / questions générales concernant les élèves</li> <li>• Enseignement et recherche / questions propres aux différentes catégories d'enseignement / enseignement du premier degré</li> <li>• Enseignement et recherche / questions propres aux différentes catégories d'enseignement / enseignement du second degré</li> <li>• Cultes</li> </ul>
<b>Indexation complémentaire</b>	laïcité, école publique, foulard, signe religieux
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public
<b>Cote archives nationales</b>	20090181/1941-1942

pas pleinement satisfaction aux personnels de l'Éducation nationale qui se trouvent confrontés, au quotidien, à la pression des rapports de force locaux. Lorsque la commission Stasi<sup>631</sup> sur l'application du principe de laïcité est réunie à la demande du président de la République en 2003, de nombreuses évolutions, présentées comme solidaires, sont suggérées pour traiter de la même façon toutes les options spirituelles. La seule qui fera l'objet d'une traduction législative concerne l'école. Obligatoirement consulté, le Conseil d'État émet, en 2004, un avis favorable à un texte prohibant dans les établissements scolaires le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une conviction religieuse. La loi du 15 mars 2004<sup>632</sup> passe ainsi à une conception plus offensive de la laïcité.

Sujets de société nouveaux, liés à la conjugaison des libertés classiques et des flux migratoires, la situation des étrangers sur le territoire national suscite, quelles qu'en soient les déclinaisons, des débats récurrents et connaît à intervalles réguliers des exacerbations fortes. Les avis du Conseil d'État sur le droit d'asile en 1993 et celui sur la régularisation des étrangers vivant en France en constituent des temps forts. Pendant plusieurs semaines, l'église Saint-Bernard a été occupée par des étrangers, essentiellement africains, résidant en France depuis parfois de longues années, grévistes de la faim. Cette occupation est très médiatisée. Saisi par le ministre de l'Intérieur, le Conseil d'État précise que la régularisation n'est pas un droit mais que l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation au cas par cas. L'autorité administrative prend sa décision en opportunité sauf si elle a des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle du demandeur, tel son état de santé ou son droit au respect d'une vie familiale normale. Dès le lendemain de l'avis du 22 août 1996<sup>633</sup>, le Premier ministre confirme « la fermeté » du

<sup>631</sup> : La commission Stasi est une commission française présidée par Bernard Stasi, médiateur de la République de 1998 à 2004. Composée de 20 membres, cette commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité est mise en place le 3 juillet 2003 par Jacques Chirac, président de la République.

<sup>632</sup> : LOI n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JORF n°65 du 17 mars 2004, Texte n°1, p.5190.

<sup>633</sup> : Notice complète de l'avis :

<b>Numéro de l'avis</b>	359622
<b>Date de l'enregistrement</b>	20/08/1996
<b>Auteur de la demande</b>	Ministère de l'intérieur
<b>Formation saisie</b>	Section de l'intérieur

<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis concernant le droit d'étrangers, placés dans certaines situations, à obtenir la régularisation de leur séjour.
<b>Président de la formation</b>	DENOIX DE SAINT MARC Renaud
<b>Rapporteur</b>	MANDELKERN Dieudonné
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	assemblée générale
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	assemblée générale
<b>Date de l'avis</b>	22/08/1996
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Étrangers / séjour des étrangers / autorisation de séjour / régularisation</li> </ul>
<b>Indexation complémentaire</b>	étrangers, droit des étrangers, régularisation
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

Texte intégral : « Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'intérieur d'une demande portant sur la question de savoir si, en vertu de l'ensemble des règles de droit relatives à l'entrée et au séjour en France des personnes de nationalité étrangère non ressortissantes de l'Union européenne, résidant en France mais dépourvues de titre de séjour, disposent du droit de voir régulariser leur séjour du seul fait qu'elles se trouvent dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

- être parent d'un enfant né en France après le 1er janvier 1994;
- s'être vu refuser le statut de réfugié en application de la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 par une décision définitive, ou confirmée en appel, de l'office français de protection des réfugiés et apatrides;
- être conjoint ou enfant d'un étranger résidant en France ;
- avoir un proche parent (autre que le conjoint ou les parents) résidant en France ;
- résider sur le territoire français depuis plusieurs années;
- être entré sous le couvert d'un visa de court séjour aujourd'hui expiré;

EST D'AVIS de répondre à la question posée dans le sens des considérations suivantes :

I - Il convient, tout d'abord, d'observer qu'il ne peut exister un "droit à la régularisation", expression contradictoire en elle-même. La régularisation, par définition, est accordée dans l'hypothèse où le demandeur d'un titre de séjour ne bénéficie pas d'un droit, sinon il suffirait qu'il le fasse valoir. Au contraire, l'autorité administrative a le pouvoir d'y procéder, sauf lorsque les textes le lui interdisent expressément, ce qu'ils ne font pas dans les cas mentionnés dans la demande d'avis. Ainsi cette autorité peut prendre à titre exceptionnel, et sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une mesure gracieuse favorable à l'intéressé, justifiée par la situation particulière dans laquelle le demandeur établirait qu'il se trouve.

La faculté de régulariser prend tout son sens si on la rapproche du principe selon lequel l'administration doit procéder à un examen particulier de chacun des cas sur lesquels elle est appelée à se prononcer. Si donc le demandeur de régularisation a un droit, c'est celui de voir son propre cas donner lieu à examen et, éventuellement, à réexamen lorsqu'un élément nouveau apparaît dans sa situation.

II - A ces règles générales s'ajoutent, pour le traitement des situations sur lesquelles

Le Conseil d'État est consulté, les considérations de droit suivantes :

1") Dans aucune de ces situations, les intéressés ne possèdent un droit au séjour.

2) L'administration n'a l'obligation ni de rejeter une demande de régularisation, ni de l'accueillir.

Toutefois son pouvoir d'appréciation est plus limité, comme il sera dit plus loin, lorsque le demandeur peut faire valoir un droit distinct: le droit à une vie familiale normale.

3") Dans la généralité des cas évoqués, l'autorité administrative prend sa décision en opportunité. Mais elle ne peut refuser le séjour et, par voie de conséquence, prendre une mesure autoritaire d'éloignement à l'égard des demandeurs, lorsque sa décision peut avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de ceux-ci : le juge administratif annule alors de telles mesures comme entachées d'une erreur manifeste dans l'appréciation de ces conséquences. Tel est notamment le cas lorsqu'est sérieusement en cause l'état de santé des intéressés.

4") La durée de séjour en France n'a pas normalement à être prise en compte par l'administration.

Il y a lieu cependant de faire un cas à part des étrangers se trouvant dans la situation prévue à l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui interdit de prendre une mesure autoritaire d'éloignement à l'égard de ceux qui justifient résider habituellement en France depuis plus de quinze ans ou régulièrement depuis plus de dix ans. Le gouvernement, dans sa circulaire aux préfets en date du 9 juillet 1996, a montré sa préoccupation devant des situations dans lesquelles le refus de séjour ne peut déboucher sur une mesure de reconduite à la frontière. Certes,

gouvernement et les forces de l'ordre évacuent les occupants de l'église : de nombreux Africains sont interpellés et la plupart des sans-papiers conduits au centre de rétention de Vincennes. Au-delà d'une dimension juridique très classique, il s'agissait pour le gouvernement de s'appuyer indirectement sur le Conseil d'État pour justifier les mesures à venir.

Enfin, le gouvernement consulte le Conseil d'État pour éviter que ne naissent des polémiques. La question des tarifs d'hospitalisation est d'une actualité permanente et conduit à interroger le Conseil d'État sur les pouvoirs respectifs des agences régionales d'hospitalisation (ARH) et des cliniques privées dans la fixation de ces tarifs. L'avis rendu en section sociale le 6 juillet 1999<sup>634</sup> rappelle

---

la circulaire du 9 juillet 1996 ne traite, dans un sens favorable à l'octroi d'un titre de séjour, que du cas des parents d'enfants français. Mais le même raisonnement peut s'appliquer à celui, mentionné à la même place dans l'ordonnance, des personnes qui comptent, selon les cas, 15 ou 10 ans de résidence.

5°) Dans plusieurs des situations mentionnées dans la demande d'avis, le principe du droit à une vie familiale normale peut trouver à s'appliquer.

Énoncé à l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, il a également été dégagé par le Conseil constitutionnel du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil d'État exerce, pour sa part, en particulier dans le contentieux de l'attribution des titres de séjour et dans celui des reconduites à la frontière, un contrôle de proportionnalité entre les buts en vue desquels les mesures critiquées sont prises et le droit de personnes qui en font l'objet au respect de leur vie familiale.

Cette matière est affaire de cas d'espèce. Mais il faut du moins retenir que le droit dont il s'agit s'apprécie indépendamment des règles énoncées par l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Il est d'autant plus utile que le gouvernement exerce, dans les situations où ce droit est en cause, l'examen individuel qui lui incombe de toute façon que les mesures de régularisation éventuelles cessent alors de relever de l'opportunité pour se situer sur le terrain de la légalité. »

<sup>634</sup> : Notice complète de l'avis :

<b>Numéro de l'avis</b>	363549
<b>Date de l'enregistrement</b>	18/05/1999
<b>Auteur de la demande</b>	Ministère de l'emploi et de la solidarité
<b>Formation saisie</b>	Section sociale
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis concernant l'étendue des pouvoirs des agences régionales de l'hospitalisation (ARH) dans le domaine de la tarification des établissements de santé privés (articles L. 710-16 et L. 710-16-2 du code de la santé publique).
<b>Président de la formation</b>	ROUX Michel
<b>Rapporteur</b>	MANDELKERN Dieudonné
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	section seule;section sociale
<b>Date de l'avis</b>	06/07/1999
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Santé publique / établissements privés de santé / participation des établissements privés à l'exécution du service public hospitalier / règles applicables aux établissements admis à participer à l'exécution du service public</li> <li>• Santé publique / administration de la santé / agence régionale d'hospitalisation</li> </ul>

<b>Indexation complémentaire</b>	tarification, établissement de santé
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public
<b>Numéro de l'avis</b>	363549

Texte intégral : « Le Conseil d'État (section sociale), saisi par la ministre de l'emploi et de la solidarité des questions énoncées ci-après :

1- Quelle est l'étendue des pouvoirs de tarification des cliniques privées dévolus aux agences régionales de l'hospitalisation (ARH) par les articles L. 710-16 et L. 710-16-2 du code de la santé publique et L. 162-22-2 du code de la sécurité sociale ?

En particulier, ce pouvoir est-il strictement déterminé par l'accord annuel tripartite national ou bien les ARH disposent-elles d'une marge de manœuvre propre ?

2 - L'architecture juridique sur laquelle repose la tarification des cliniques autorise-t-elle la caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés à accorder des dérogations tarifaires aux cliniques privées ?

3 - Dans le cas où les ARH ne disposeraient d'aucune marge de manœuvre propre, l'accord annuel tripartite peut-il prévoir, afin de répondre aux problèmes posés ci-avant, des règles et des modalités de personnalisation des montants des tarifs des établissements par les ARH ou faut-il modifier les textes législatifs actuels ?

4- Dans le cas où une modification législative s'avérerait nécessaire ou s'il était impossible de parvenir à un accord, est-il possible de poser par voie législative le principe de la fixation d'une dotation aux ARH (qui serait prélevée ex-ante sur l'objectif quantifié national) en renvoyant à un décret le soin de fixer les modalités de la répartition de cette enveloppe entre les régions ainsi que les conditions et les modalités de son affectation, par les ARH, aux établissements ?

Est d'avis de répondre à ces questions dans le sens des considérations suivantes:

I- Sur la première question :

Il résulte des dispositions des articles L. 710-16 et L. 710-16-2 du code de la santé publique que les agences régionales de l'hospitalisation concluent avec les établissements de santé privés des "contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens" d'une durée de trois

à cinq ans, qui, notamment, déterminent par discipline les tarifs des prestations d'hospitalisation. L'article L. 710-16-2 précise que ces contrats sont passés dans le respect des dispositions des articles L. 162-22-1 et L. 162-22-2 du code de la sécurité sociale.

Ces deux derniers articles sont consacrés à des contrats conclus entre les ministres compétents, la caisse nationale de l'assurance maladie et au moins une autre caisse d'assurance maladie, ainsi qu'au moins une des organisations syndicales les plus représentatives des établissements de santé privés. Le "contrat national tripartite", régi par l'article L. 162-22-1 et passé pour cinq ans, ne concerne qu'indirectement les tarifs des prestations. L'article L. 162-22-2 en revanche, qui institue un accord annuel en vue de la répartition du montant total annuel des frais d'hospitalisation pris en charge par les régimes d'assurance-maladie, encore appelé "objectif quantifié national", prévoit que cet accord, ou à défaut d'accord, l'arrêté qui en tient lieu, fixe les tarifs des prestations servant de base au calcul de la participation de l'assuré.

Si la question des tarifs est ainsi traitée à la fois par l'article L. 710-16-2 du code de la santé publique et par l'article L. 162-22-2 du code de la sécurité sociale, ces deux séries de dispositions n'ont pas la même portée. La première s'applique à des contrats pluriannuels passés individuellement entre les agences régionales de l'hospitalisation et les établissements; la seconde, à un accord annuel au niveau national. La coordination s'opère par la supériorité reconnue par l'article L. 710-16-2 du code de la santé publique à l'accord national sur les contrats d'établissement. Elle n'est pas contredite par le caractère pluriannuel de ces contrats, dès lors que ceux-ci doivent, selon le même article, obéir à un contrat type qui comporte un avenant tarifaire modifié annuellement en fonction de l'accord de l'article L. 162-22-2 du code de la sécurité sociale.

Toutefois, l'article L. 710-16-2, s'il exige que le contrat d'établissement respecte l'accord national, ne prescrit pas qu'il se conforme en tous points aux tarifs fixés en vertu de l'article L. 162-22-2. Une telle interprétation n'est ni commandée par la lettre du texte, qui pose un principe général et non une règle précise applicable aux seuls tarifs, ni cohérente avec l'esprit de la réforme introduite par l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 d'où proviennent les deux articles, qui a créé les agences et entendu leur donner un rôle primordial. Dès lors, les tarifs arrêtés en vertu de l'article L. 162-22-2 doivent être regardés comme constituant pour les contrats individuels des maxima. Ils n'excluent pas des ajustements en moins, ou même en plus sous la seule réserve qu'au total, le taux moyen pondéré d'évolution respecte le taux fixe des tarifs ou des évolutions de tarifs précis et détaillés, comme l'habitude s'en est prise, que toute marge de manœuvre est ôtée aux contrats passés par les agences régionales de l'hospitalisation avec les établissements.

qu'il existe un accord annuel conclu entre les ministres concernés, la caisse nationale de l'assurance maladie (CNAM) et des organisations représentatives des établissements de santé privés qui fixe les tarifs des prestations. Les principes posés dans cet accord ne peuvent pas être contrecarrés par des évolutions tarifaires figurant dans les contrats individuels, conclus de manière pluriannuelle par les ARH avec les établissements privés. Cet avis, en encadrant les tarifs parfois excessifs pratiqués par les cliniques privées, introduit un élément de régulation dans un débat récurrent entre trois parties : le ministère de la Santé qui insiste sur la baisse des tarifs afin de préserver l'équilibre des comptes sociaux ; les cliniques qui font observer qu'elles assurent des soins équivalents à ceux dispensés par l'hôpital public pour un coût inférieur de 50 % ; ce dernier enfin qui fait valoir que les missions d'intérêt général de l'hôpital public étant mal évaluées, la convergence tarifaire adoptée par les parlementaires risque de faire glisser des pans entiers d'activité hospitalière vers le secteur commercial. Par cet avis, le Conseil d'État pénètre, même de manière ponctuelle, au cœur de la politique de soins, enjeu essentiel de société. En

---

II- Sur la deuxième question :

Les caisses d'assurance maladie ne possèdent plus aujourd'hui de compétence en matière de tarification des établissements de santé privés.

Il résulte de l'article 14 de l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 que l'article

L. 162-22 du code de la sécurité sociale, qui instituait un régime de conventionnement entre les caisses régionales d'assurance maladie et les établissements privés de soins, a été abrogé à compter du 1er juillet 1997, et qu'au plus tard avant le 1er janvier 1999, les agences régionales de l'hospitalisation devaient conclure avec ceux de ces établissements qui bénéficiaient d'une convention passée avant le 1er juillet 1997 les contrats mentionnés notamment à l'article L. 710-16-2 du code de la santé publique.

Les compétences aujourd'hui dévolues aux agences régionales de l'hospitalisation à l'égard des établissements de soins telles qu'elles sont définies par les articles

L. 710-6-2 et L. 710-8 du code de la santé publique, réserve faite des pouvoirs reconnus au ministre chargé de la santé excluent que la caisse nationale de l'assurance maladie puisse délivrer des dérogations tarifaires au profit des établissements de soins privés.

III - Sur les troisièmes et quatrièmes questions:

Aucune disposition de l'article L. 162-22-2 du code de la sécurité sociale ne prévoit que l'accord annuel comporte des stipulations relatives à l'adaptation des tarifs des établissements de soins privés en fonction de la situation de ceux-ci.

Une clause obligatoire de l'accord relative à une modulation des tarifs selon les régimes, les catégories d'établissements ou les établissements exigerait une modification législative.

Cette clause serait mise en œuvre, dans les deux derniers cas, par les agences régionales de l'hospitalisation dans le cadre des contrats prévus par l'article L. 710-16-2 du code de la santé publique, sans qu'il soit nécessaire de le préciser dans le texte à prévoir.

Il est loisible au législateur de créer, à cet effet, une dotation globale mise à la disposition des agences et de renvoyer au décret le soin de fixer les modalités de sa répartition. Une telle dotation, représentant une part, qui pourrait être définie par l'accord, du montant total annuel, permettrait en tout état de cause de concilier la recherche d'une meilleure adaptation aux situations concrètes avec le respect de l'objectif quantifié national. »



intervenant au cœur de débats soutenus dans l'opinion publique, le Conseil d'État prend désormais toute sa place dans l'espace public.

#### **4- Négociateur :**

Les réformes au sein de l'Union européenne sont toujours précédées de larges consultations. C'est dans ces temps d'émergence des propositions et de maturation des textes que la France doit réagir, car c'est alors que les marges de manœuvre et d'inflexion sont les plus importantes<sup>635</sup>. Pour intervenir très en amont, le gouvernement peut s'appuyer, dans sa capacité à négocier, sur les avis du Conseil d'État.

La procédure issue de l'article 88-4<sup>636</sup> de la Constitution invite le gouvernement à demander l'avis du Conseil d'État pour discerner, dans les propositions d'actes communautaires, les dispositions de nature législative. Au-delà de cette détermination, le Conseil avait initialement alerté le gouvernement sur la portée de certains textes. Cette pratique est partiellement tombée en désuétude du fait des délais d'examen très brefs impartis aux sections administratives. Il est donc apparu nécessaire de prévoir une nouvelle procédure : la circulaire du 30 janvier 2003 définit les modalités de saisine du Conseil d'État sur les propositions d'actes communautaires dont le contenu est susceptible d'avoir un impact important en droit interne par des difficultés prévisibles lors de la transposition ou la nécessité éventuelle de modifier la Constitution<sup>637</sup>.

---

<sup>635</sup> : Rapport public, « L'administration française et l'Union européenne : quelles influences ? Quelles stratégies ? », *EDCE*, n° 58, La Documentation française, 2007.

<sup>636</sup> : Qui dispose : « Le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets d'actes législatifs européens et les autres projets ou propositions d'actes de l'Union européenne.

Selon des modalités fixées par le règlement de chaque assemblée, des résolutions européennes peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, sur les projets ou propositions mentionnés au premier alinéa, ainsi que sur tout document émanant d'une institution de l'Union européenne.

Au sein de chaque assemblée parlementaire est instituée une commission chargée des affaires européennes. »

<sup>637</sup> : L'intégral de la circulaire de Jean-Pierre Raffarin datée du 30 janvier 2003:

« Le Premier ministre

à

Mesdames et Messieurs les ministres et secrétaires d'État

OBJET : Saisine pour avis du Conseil d'État, lors de la négociation d'actes de l'Union européenne.

De la qualité de la transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes, dépendent à la fois la sécurité des situations juridiques et le crédit de la France auprès de ses partenaires européens.

Seul un travail juridique continu, du stade de la négociation des normes de l'Union européenne à celui de l'adoption des mesures nationales de transposition, est de nature à garantir une transcription rapide et adéquate de ces normes dans le droit interne.

Ces avis contribuent à forger, par un faisceau d'inspirations concordantes, une position unifiée des autorités françaises fort utile dans le cadre d'une négociation communautaire ou internationale. Les observations du Conseil d'État auront en effet d'autant plus d'échos que, transmises au Parlement, elles

---

Ce travail est également utile pour apprécier, avant leur entrée en vigueur, l'impact des actes qui sont d'application directe.

Le travail préparatoire qui doit être conduit dès le stade de la négociation incombe à titre essentiel aux ministères. Ainsi que le précise la circulaire du 9 novembre 1998 relative à la procédure de suivi de la transposition des directives communautaires en droit interne, chaque ministère, responsable dans son domaine de la transposition des directives, doit veiller à prendre en compte, dès le stade de l'élaboration et de la négociation des propositions de directive, les effets sur le droit interne des dispositions envisagées et les contraintes ou difficultés qui pourront en résulter. Il peut, le cas échéant, s'appuyer à ce titre sur l'avis rendu par le Conseil d'État dans le cadre de la procédure de l'article 88-4 de la Constitution quant à la nature législative ou réglementaire des dispositions que comporte le projet ou la proposition d'acte de l'Union européenne.

Toutefois, cette procédure ne permet pas de bénéficier du conseil juridique du Conseil d'État sur l'ensemble des questions qui peuvent apparaître lors d'une négociation, questions dont certaines appellent une analyse approfondie.

Aussi apparaît-il utile de mettre en place une procédure particulière permettant de recueillir l'avis de la Haute Assemblée sur les difficultés juridiques apparaissant en cours de négociation.

Tel est l'objet de la présente circulaire.

#### 1. Textes susceptibles de faire l'objet d'une demande d'avis:

Parmi les centaines de textes faisant chaque année l'objet d'une saisine du Conseil d'État dans le cadre de la procédure de l'article 88-4 de la Constitution, seul un petit nombre soulève des difficultés telles qu'elles justifient, au stade de la négociation, une saisine pour avis du Conseil d'État.

Il s'agit de propositions ou projets dont l'application est susceptible d'avoir un impact important sur le droit interne. Tel est notamment le cas de textes dont la transposition en droit interne pourrait soulever des difficultés de nature constitutionnelle ou de projets ou propositions d'actes (qu'il s'agisse de directives, de décisions-cadres ou de règlements) fondés sur des concepts dont la traduction en droit interne paraîtrait incertaine.

La saisine du Conseil d'État a ainsi vocation à répondre aux interrogations d'ordre juridique identifiées dans la définition des positions françaises dans la négociation européenne effectuée sous l'égide du secrétariat général du comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne (S.G.C.I.). Elle a pour objet d'aider le Gouvernement dans la négociation de l'acte dans le cadre des institutions de l'Union européenne.

#### 2. Conditions de la saisine du Conseil d'État:

L'opportunité de la saisine du Conseil d'État fait l'objet d'une expertise interministérielle qu'il appartient au S.G.C.I. de conduire.

La formulation de la demande d'avis donne lieu à un travail interministériel sous l'égide du S.G.C.I. En règle générale, sous réserve d'une appréciation au cas par cas, il conviendra de veiller à ce que la souplesse de la rédaction de la demande d'avis permette au Conseil d'État de se saisir d'une question que le Gouvernement n'aurait pas identifiée au préalable.

Le projet de demande d'avis, accompagné d'un compte-rendu de l'état de la négociation, d'une présentation de la position de la Commission et de la dernière version de l'acte en cours de négociation à la date de la saisine, est adressé par le S.G.C.I. au secrétaire général du Gouvernement. Il appartient au Premier ministre (secrétariat général du gouvernement) de décider de la transmission au Conseil d'État.

Les modalités d'examen par le Conseil d'État sont celles normalement applicables aux autres demandes d'avis présentées sur le fondement de l'article L.112-2 du code de justice administrative, tant en ce qui concerne les délais de traitement que la détermination de la formation appelée à en connaître.

L'avis sera transmis par le Conseil d'État au secrétariat général du Gouvernement et au S.G.C.I.

Je vous demande de veiller à ce que cette nouvelle possibilité soit utilisée chaque fois qu'un projet ou une proposition d'acte de l'Union européenne paraîtra poser des problèmes juridiques ou qu'apparaîtront, en cours de négociation, des difficultés de cette nature. »

seront bien souvent relayées dans les résolutions adoptées. Dans son avis du 10 juin 1993<sup>638</sup> sur la directive relative au traitement des données à caractère personnel et à leur libre circulation, le Conseil d'État « a estimé utile d'attirer l'attention du gouvernement, dans la perspective de négociations relatives à l'élaboration de cet acte, sur ses difficultés juridiques ». Afin de prévenir tout risque d'inconstitutionnalité de la future loi de transposition, il conviendrait de veiller à ce que la directive ne contienne pas de dispositions qui conduiraient à priver des principes de valeur constitutionnelle de la protection que leur accorde la loi du 6 janvier 1978<sup>639</sup> : « Certaines pourraient conduire à une régression du niveau de protection jusqu'ici accordée à ces principes en droit interne. » L'attention était ainsi attirée sur différents articles du projet : la protection des données, le traitement des données sensibles, le fichage des condamnations pénales. L'Assemblée nationale et le Sénat ont voté des résolutions de même inspiration, ce qui a eu une réelle influence dans la capacité de la France à négocier la rédaction de la directive du 24 octobre 1995<sup>640</sup>.

Le gouvernement se trouve conforté dans ses capacités de négociation par les éléments de contenu que lui transmet le Conseil d'État. Lorsque l'assemblée générale du Conseil d'État, dans un avis du 29 avril 2004<sup>641</sup>, se prononce sur

<sup>638</sup> : Avis non publié.

<sup>639</sup> : Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, (modifiée et complétée), JORF n° du 7 janvier 1978, p.227.

<sup>640</sup> : Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995, pp.31-50.

<sup>641</sup> : Notice complète de l'avis :

<b>Numéro de l'avis</b>	370136
<b>Date de l'enregistrement</b>	10/03/2004
<b>Auteur de la demande</b>	Premier ministre
<b>Formation saisie</b>	Section de l'intérieur
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis sur la question de savoir si : 1/ Le maintien de chacune des trois exceptions au principe "non bis in idem" dans leur rédaction issue de l'article 5 du projet de décision-cadre du Conseil de l'Union européenne, en cours de négociation, répond à des exigences de nature constitutionnelle. 2/ En particulier, dans l'hypothèse où la décision-cadre n'ouvrirait aucune faculté de se prévaloir de ces exceptions, l'intégration de celle-ci dans l'ordre juridique interne serait susceptible d'aboutir à une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.
<b>Président de la formation</b>	DENOIX DE SAINT MARC Renaud
<b>Rapporteur</b>	CLAUSADE Josseline de

l'élargissement du champ d'application du principe *non bis in idem*<sup>642</sup> dans une proposition du Conseil de l'Union européenne, il attire à cette occasion l'attention du gouvernement « sur le caractère incomplet des dispositions de la proposition de décision cadre relative aux cas de litispendance<sup>643</sup> ». Une solution plus satisfaisante devait être apportée en conférant un rôle essentiel à la règle de la territorialité avant que ne soient tirées toutes les implications de cette règle à l'échelle de l'Union.

La ratification du protocole de Londres<sup>644</sup> sur l'application de l'article 65 de la convention de Munich de 1973 relative aux brevets européens, qui réunit 31 membres au-delà de l'Union européenne, a soulevé de vives polémiques. Un brevet est composé de deux parties principales : les revendications qui définissent l'étendue de la protection, et la description qui détaille les aspects techniques mais n'est pas constitutive du droit au brevet. En cas d'entrée en vigueur de l'accord, la France ne renoncerait qu'à la traduction de la description de l'invention. Par contre, des brevets délivrés en français seraient valides dans les autres États, avec l'exigence de traduction des seules revendications. Les tenants d'une politique volontariste de l'innovation se sont ici opposés aux hérauts de la francophonie, qui estimaient qu'en dispensant de traduire en

<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	assemblée générale
<b>Date de l'avis</b>	29/04/2004
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Communautés européennes et Union européenne / portée des règles de droit communautaire et de l'Union européenne</li> <li>• Actes législatifs et administratifs / validité des actes administratifs - violation directe de la règle de droit / Constitution et principes de valeur constitutionnelle</li> <li>• Procédure / jugements / chose jugée</li> </ul>
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

<sup>642</sup> : La règle « *non bis in idem* » (ou « *ne bis in idem* ») est un principe classique de la procédure pénale, déjà connu du droit romain, d'après lequel « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits* ».

<sup>643</sup> : La "litispendance" est la circonstance qui se présente lorsque :

- Deux juridictions de même degré ont été saisies du même litige alors qu'elles sont également compétentes pour connaître de l'affaire.
- Des affaires ont été portées devant deux juridictions différentes et de même degré et qu'il y a un intérêt à ce qu'elles soient instruites et jugées ensemble, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande ou à défaut d'office.

<sup>644</sup> : Le protocole ou accord de Londres est un accord intervenu en octobre 2000 entre des pays de l'Organisation européenne des brevets, c'est-à-dire signataires de la convention de Munich de 1973.

français la description de l'invention, l'accord serait contraire à la Constitution. Selon l'avis du Conseil d'État rendu le 21 septembre 2000<sup>645</sup>, aucune stipulation de cet accord n'oblige les personnes de droit public et de droit privé, dans l'exercice d'une mission de service public français, à utiliser une langue autre que le français et aucune ne confère aux particuliers, dans leurs relations avec les administrations et services publics français, un droit à l'usage d'une langue autre que le français. Cet accord, qui s'inscrit dans le cadre de relations de droit privé entre le titulaire d'un brevet et les tiers intéressés, n'est donc pas contraire à l'article 2 de la Constitution. Dans une décision du 28 septembre 2006<sup>646</sup>, le Conseil constitutionnel reprend l'avis du Conseil d'État pour autoriser la ratification de cet accord sans révision préalable de la Constitution. La position du gouvernement sera d'autant plus forte que, prenant appui sur les avis du Conseil d'État, il sera en capacité d'agir très en amont de la procédure d'élaboration des textes.

La directive dite Bolkestein<sup>647</sup>, relative aux services dans le marché intérieur, est emblématique de cette nécessaire prise en compte de la chronologie

<sup>645</sup> : Notice complète de l'avis :

<b>Numéro de l'avis</b>	365281
<b>Date de l'enregistrement</b>	23/08/2000
<b>Auteur de la demande</b>	Premier ministre
<b>Formation saisie</b>	Section de l'intérieur
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis relative à la compatibilité avec la Constitution du projet d'accord sur application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973.
<b>Président de la formation</b>	DENOIX DE SAINT MARC Renaud
<b>Rapporteur</b>	SANSON Marc
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	assemblée générale
<b>Date de l'avis</b>	21/09/2000
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Communautés européennes et Union européenne / règles applicables</li> <li>• Droits civils et individuels / droit de propriété / propriété littéraire et artistique</li> <li>• Actes législatifs et administratifs / différentes catégories d'actes / accords internationaux</li> </ul>
<b>Indexation complémentaire</b>	brevet
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

<sup>646</sup> : Décision n° 2006-541 DC du 28 septembre 2006

Accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens (Accord de Londres) [Conformité].

<sup>647</sup> : La directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite « directive Services » ou « directive Bolkestein », est une directive de l'Union européenne présentée initialement par l'ancien

administrative. Afin d'assurer la libre circulation des services sur le marché européen et d'éliminer les barrières qui en empêchent la pleine application, le projet initial proposé par la Commission en janvier 2004 reposait sur le principe dit du pays d'origine : la loi applicable à un prestataire de services ne serait plus celle de l'État sur le territoire duquel la prestation est réalisée mais celle de l'État d'origine du prestataire. Ces dispositions ont rapidement opposé les pays d'Europe centrale et orientale désireux de profiter de leurs avantages comparatifs aux États membres de la vieille Europe qui craignaient un nivellement par le bas du modèle social européen. Dans un avis rendu en assemblée générale le 18 novembre 2004<sup>648</sup>, le Conseil d'État souligne

commissaire européen au Marché intérieur Frits Bolkestein et adoptée dans le cadre de la procédure de codécision — après de multiples amendements qui ont modifié significativement le projet de directive —, par le Conseil de l'Union européenne le 24 juillet 2006 puis par le Parlement européen le 15 novembre 2006. La directive modifie marginalement la législation sur le marché des services au sein de la Communauté européenne, en simplifiant pour un prestataire de services d'un État membre les conditions dans lesquelles il peut opérer dans un autre État membre.

<sup>648</sup> : Notice complète de l'avis :

<b>Numéro de l'avis</b>	371000
<b>Date de l'enregistrement</b>	29/10/2004
<b>Auteur de la demande</b>	Premier ministre
<b>Formation saisie</b>	Section de l'intérieur
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis sur les questions suivantes : 1/ La mise en oeuvre du principe du pays d'origine, en ce qu'elle pourrait empêcher l'application de la législation nationale à certains prestataires de service opérant en France ou conduire le juge à prendre en compte la législation d'autres états membres de l'Union européenne, ne risque-t-elle pas, de ce fait, d'être regardée comme portant atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale ou incompatibles avec le principe d'égalité devant la loi ? 2/ Quels inconvénients pourraient s'attacher à la mise en oeuvre dans le droit interne des dispositions de la section 2 du chapitre 2 de la proposition de directive relative aux autorisations et, en particulier, de son article 13, paragraphe 4 ? 3/ Quels inconvénients pourraient s'attacher aux dispositions spécifiques concernant le détachement de travailleurs inscrites à l'article 24 de la proposition de directive ? 4/ Quels risques pourraient s'attacher à la mise en oeuvre de la méthode d'évaluation mutuelle organisée par l'article 41?
<b>Président de la formation</b>	DENOIX DE SAINT MARC Renaud
<b>Rapporteur</b>	SANSON Marc
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	assemblée générale
<b>Date de l'avis</b>	18/11/2004
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Communautés européennes et Union européenne / règles applicables / liberté de circulation / politique sociale</li> <li>• Travail et emploi</li> </ul>

l'imprécision du contenu du projet de directive : « en définitive, l'application du pays d'origine du prestataire de service devrait être modifiée dans son approche : il conviendrait de dresser une liste positive des cas dans lesquels ce principe pourrait être appliqué dans des conditions satisfaisantes, au lieu de poser le principe de l'application de la loi du pays d'origine tout en dressant une liste d'exclusions hétérogènes et sans doute incomplète ». L'avis du Conseil a été relayé de manière explicite par deux résolutions du Parlement français : celle adoptée le 23 mars 2005 par le Sénat<sup>649</sup> « rappelle les réserves du Conseil d'État », et celle de l'Assemblée nationale, en date du 15 mars 2005<sup>650</sup>, « demande résolument l'abandon du principe du pays d'origine ». Sans doute la rue avait-elle déjà dit son hostilité à cette directive, mais il faudra attendre le 16 février 2006 pour que le Parlement européen adopte un compromis qui renverse complètement l'approche initiale. Le sort du référendum du 29 mai 2005 eût peut-être été différent si le gouvernement français, dès le départ, s'était appuyé sur l'analyse du Conseil d'État pour manifester son opposition à la rédaction initiale de la directive.<sup>651</sup>

## 5- Alerter :

Conseiller est une tâche, décider en est une autre. Dans son « œuvre de légiste assistant le législateur » selon les termes de Laferrière, le Conseil d'État ne s'interdit pas de porter une appréciation sur la faisabilité, l'impact, « voire l'opportunité des dispositions qui lui sont présentées. Mais il n'étant jamais cette appréciation aux choix politiques qui inspirent successivement les textes qu'il examine<sup>652</sup> ». L'opportunité, surtout en matière législative, est entendue

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Actes législatifs et administratifs / validité des actes administratifs - violation directe de la règle de droit / principes généraux du droit / égalité devant la loi</li> </ul>
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

<sup>649</sup> : Résolution n°89 du 23 mars 2005, résolution dans laquelle a été mentionnés les termes suivants : « ... Rappelle les réserves du Conseil d'État et demande au Gouvernement d'exclure explicitement l'application du principe du pays d'origine aux règles d'exercice professionnel sanctionnées pénalement ;... »

<sup>650</sup> : Proposition de résolution n°2054 déposée le 2 février 2005 par la députée Madame Anne-Marie Comparini, et renvoyée devant la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire.

<sup>651</sup> : Nicole Belloubet-Frier, « Conseiller l'État », *Pouvoirs*, vol. 123, no. 4, 2007, pp. 04-25.

<sup>652</sup> : Michel Roux, « La fonction consultative du Conseil d'État », *La Revue administrative*, n° 6, 1999, p. 20.

d'un point de vue administratif selon des considérations de bonne gestion publique qui conduisent le Conseil à dresser le bilan des avantages et des inconvénients d'un projet, à vérifier son efficacité et ses chances de réussite, à s'assurer en particulier des capacités de l'administration à le mettre en œuvre<sup>653</sup>. « La portée intellectuelle<sup>654</sup> » des avis traduit une réelle plus-value du Conseil d'État, mais la recherche du « bon sens administratif » va-t-elle jusqu'à exercer une fonction d'anticipation, d'alerte quant à d'éventuels risques encourus ? Est-il possible d'aller jusqu'au terme d'une logique et à quelles conditions ? Déployer une visée anticipatrice est contraire à la vision classique de l'exercice de la fonction consultative : le Conseil d'État, dans le texte de l'avis, tranche et ne débat pas, ce qui précisément lui confère une valeur institutionnelle intrinsèque. Le poids des avis rendus par le Conseil est considérable au regard « de son expérience collective de l'administration et du droit qui la régit<sup>655</sup> ». Sa capacité d'alerte ne mériterait-elle cependant pas de se déployer pleinement au bénéfice des gouvernements, de quelque tendance politique qu'ils soient ? Sans que son argumentation ne perde de la force, ne pourrait-il pointer les fragilités d'un texte rendant possibles d'éventuelles contestations ? Avec ce prisme, un avis fondé sur la légalité du texte, sur son apport en terme de gouvernance administrative mais aussi sur une analyse circonstanciée de la réception de la mesure dans la société permettrait de conforter le SGG et les ministres dans l'appréciation de l'opportunité qui relève de leur responsabilité. Dans sa fonction consultative, le Conseil d'État ne peut statuer *ultra petita*<sup>656</sup>. Mais cette visée prospective, qui n'est pas incompatible avec la publicité parfois donnée aux avis, pourrait s'exprimer dans la note générale remise au gouvernement. Elle porterait alors l'explication des modifications et disjonctions d'articles, ainsi que l'appréciation d'opportunité qui pourrait se

---

<sup>653</sup> : Marceau Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, n° 5, 1992, p. 790.

<sup>654</sup> : Roland Drago, « Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'État », in *Mélanges Waline*, TOME. II, LGDJ, 1974.

<sup>655</sup> : Yves Gaudemet, Bernard Stirn, Thierry Dal Farra, Frédéric Rolin, *Op.cit.*, p.58.

<sup>656</sup> : Lorsqu'un procès est engagé la partie qui saisit le juge formule une ou un ensemble de "prétentions". Cette demande détermine un cadre, constituant une limite au-delà de laquelle s'il la franchissait, le magistrat qui a compétence pour statuer sur le différend dont il se trouve saisi, excéderait ses pouvoirs. C'est dire que s'il rendait un jugement sur une prétention qui ne lui aurait pas été soumise, ou encore s'il excédait le montant de la demande, le juge statuerait alors « *ultra petita* » on dit aussi « *extra petita* ».



traduire par l'expression d'opinions dissidentes, la connaissance des approches divergentes des membres du Conseil d'État étant toujours source d'enrichissement. L'institution jouerait alors vraiment son rôle de conseiller du gouvernement qui, en tout état de cause, demeure, comme le législateur, toujours maître de la décision : c'est à lui qu'appartient le risque politique.

L'alerte pourrait reposer sur l'énoncé d'une certaine fragilité juridique. Dans le cadre des mesures mises en œuvre pour favoriser l'emploi des jeunes, le Conseil d'État a été conduit à examiner le projet d'ordonnance du 2 août 2005<sup>657</sup> relative au contrat nouvelles embauches (CNE). Dans son avis, il a estimé que la procédure *ad hoc* de résiliation du contrat pendant un délai de deux ans ne méconnaissait pas la convention du 22 juin 1982 de l'organisation internationale du travail, relative aux licenciements<sup>658</sup>. Cette position a été confirmée au contentieux à la fois parce que l'ordonnance n'a pas exclu la contestation du licenciement devant un juge et parce que la « période de deux ans pendant laquelle est écartée l'application des dispositions de droit commun relatives à la procédure de licenciement peut être regardée comme raisonnable<sup>659</sup>».

Cette position risque d'être contredite par le juge judiciaire dont la compétence a été contestée par le préfet de l'Essonne, à la suite de jugements du Conseil des prud'hommes de Longjumeau, qui a retenu le caractère déraisonnable de la période d'essai de deux ans, et d'un arrêt de la cour d'appel de Paris. L'ordonnance d'août 2005 ayant été ratifiée de manière implicite par le Parlement, le tribunal des conflits a estimé, dans une décision du 19 mars 2007, que la juridiction judiciaire était compétente pour apprécier la validité du CNE<sup>660</sup>. Le caractère incertain de la durée « raisonnable » précédant le licenciement aurait pu conduire le Conseil d'État dans son avis, tout en maintenant son interprétation juridique, à alerter le gouvernement sur les risques

---

<sup>657</sup> : Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches », JORF n°179 du 3 août 2005, texte n° 25, p.12689

<sup>658</sup> : Convention n° 158 sur le licenciement, 1982.

<sup>659</sup> : CE, 19 octobre 2005, requêtes n° 283471 et n° 283892, CGT et autres, Publiés au recueil Lebon.

<sup>660</sup> : TC, 19 mars 2007, n°C3622, arrêté de conflit du Préfet de l'Essonne en date du 31 octobre 2006, Publié au recueil Lebon.

pouvant découler de ces fragilités juridiques, cumulés à une réelle tension sociale au début de l'été 2005.

Les consultations gouvernementales s'attachent souvent aux mutations des services publics face aux règles de la concurrence et aux évolutions de la société insérée dans une économie de marché. L'alerte peut alors reposer sur une fragilité juridique et économique de la décision. Saisi d'une question sur la privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroute, le Conseil d'État a estimé, dans un avis du 29 août 2005<sup>661</sup>, qu'elle n'était contraire à aucune règle de valeur constitutionnelle<sup>662</sup>. Ces sociétés, chargées de réseaux étendus mais qui demeurent régionaux, n'ont pas le caractère d'un monopole de fait et leur transfert au secteur privé n'a pas à être approuvé par le législateur. C'est donc par décrets de février et mars 2006<sup>663</sup> que le Premier ministre a

<sup>661</sup> : Notice complète de l'avis, séances des 25 et 29 août 2005:

<b>Numéro de l'avis</b>	372147
<b>Date de l'enregistrement</b>	08/08/2005
<b>Auteur de la demande</b>	Ministère de l'économie des finances et de l'industrie
<b>Formation saisie</b>	Section des finances
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis sur la procédure de privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes : Autoroutes du Sud de la France (ASF), Autoroutes Paris Rhin Rhône (APRR) et Sanef.
<b>Président de la formation</b>	DENOIX DE SAINT MARC Renaud
<b>Rapporteur</b>	MOLINA Pierre-Antoine
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	assemblée générale
<b>Date de l'avis</b>	29/08/2005
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Domaine / domaine public / régime / occupation</li> <li>• Marchés et contrats administratifs / notion de contrat administratif / diverses sortes de contrats / autoroutes</li> <li>• Nationalisations et entreprises nationalisées / privatisations</li> <li>• Actes législatifs et administratifs / validité des actes administratifs - compétence / loi et règlement</li> <li>• Transports / transports routiers</li> </ul>
<b>Indexation complémentaire</b>	concession d'autoroute, Constitution de 1946, participation au capital
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

<sup>662</sup> : Vu les dispositions du neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1956 dans les termes : « Tout bien, toute entreprise, d'ont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »

<sup>663</sup> : Décret n° 2006-98 du 02 février 2006 autorisant le transfert au secteur privé de la participation majoritaire détenue conjointement par l'État et Autoroutes de France au capital de la société SANEF, JORF n°29 du 3 février 2006, texte n° 9, p.1814 + Décret n° 2006-167 du 16 février 2006 autorisant le transfert au secteur privé de la

autorisé le transfert au secteur privé des participations majoritaires détenues par l'État et l'établissement public Autoroutes de France. L'absence d'intervention du législateur a été vivement contestée au contentieux<sup>664</sup>. Par les détracteurs de cette décision, au premier rang desquels François Bayrou. Ils ne pouvaient être convaincus ni par le raisonnement juridique du Conseil d'État ni par l'impact à long terme de cette cession pour les finances de l'État, les autoroutes étant susceptibles de rapporter, une fois les emprunts remboursés, des sommes considérables qui eussent pu financer les grands investissements de transport public. C'est à une telle analyse, conjuguant appréciation de la légalité et coût pour les finances publiques, qu'aurait pu conduire l'exercice plein et entier de la fonction consultative. L'insuffisante réflexion sur la pertinence des réformes politiques engendre un excès ou une modification incessante de normes. La décision politique ne devrait donc être prise qu'au vu d'une évaluation du bilan coût / avantages de chacune des options possibles. Or l'exigence des études d'impact, de longue date consacrée par les circulaires successives des Premiers ministres, n'a jamais été réellement suivie d'effet<sup>665</sup>. C'est cette lacune que le Conseil devrait exiger de voir comblée, c'est cette indigence que la puissance de son expertise devrait contribuer à pallier.

Le Conseil d'État pourrait enfin relever la fragilité contextuelle qui entoure certains projets. La notion de patriotisme économique était proclamée haut et fort depuis quelque temps, lorsque le Premier ministre voulut en faire une application emblématique avec la fusion Suez- Gaz de France (GDF). Dans l'avis du 11 mai 2006<sup>666</sup>, le Conseil d'État considère que cette entreprise

---

participation majoritaire détenue conjointement par l'État et Autoroutes de France au capital de la société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, JORF n°41 du 17 février 2006, texte n° 10, p.2411 + Décret n° 2006-267 du 8 mars 2006 autorisant le transfert au secteur privé de la participation majoritaire détenue conjointement par l'État et Autoroutes de France au capital de la société Autoroutes du Sud de la France, JORF n°58 du 9 mars 2006, texte n° 16, p.3532.

<sup>664</sup> : CE, 27 septembre 2006, Section du contentieux sur le rapport de la 3<sup>ème</sup> sous-section, Séance du 15 septembre 2006 Lecture du 27 septembre 2006, N°s 290716,290718,291137,293046,293276, M. Bayrou et autres, ASSOCIATION DE DEFENSE DES USAGERS DES AUTOROUTES PUBLIQUES DE FRANCE.

<sup>665</sup> : Conseil d'État, Rapport public, « Sécurité juridique et complexité du droit », EDCE, n° 57, La Documentation française, 2006, p. 305.

<sup>666</sup> :

Notice complète de l'avis :

<b>Numéro de l'avis</b>	372040
<b>Date de l'enregistrement</b>	20/07/2005
<b>Auteur de la demande</b>	Économie, finances et industrie

<b>Formation saisie</b>	section des finances
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis relative à l'évolution de la participation de l'État dans le capital de la société Gaz de France
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	assemblée générale (section des finances)
<b>Date de l'avis</b>	11/05/2006
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

Intégral de l'avis :

« Le Conseil d'État saisi par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie d'une demande d'avis « relative à l'évolution de la participation de l'État dans le capital de la société Gaz de France », qui pose les questions suivantes:

1° Gaz de France (GDF) constitue-t-elle un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946?

2° Quelle est l'exacte portée des dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 relatives aux services publics nationaux, telles qu'elles ont été interprétées par la jurisprudence, et quelles sont les conditions de leur application à Gaz de France ?

Vu la Constitution ;

Vu la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ;

Vu le code général des collectivités territoriales;

Vu la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 modifiée sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ;

Vu la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie;

Vu la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, ensemble ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-501 DC du 5 août 2004;

EST D'AVIS qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

Aux termes du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958 « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »

1° S'agissant de la question de savoir si Gaz de France constitue un monopole de fait.

Dans sa décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, le Conseil Constitutionnel a jugé que la notion de monopole de fait prévue par le neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 « doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part des autres entreprises ; qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités ».

L'article 62 de la loi du 3 janvier 2003 qui a complété l'article 1er de la loi du 8 avril 1946 dispose que : « les monopoles d'importation et d'exportation du gaz sont supprimés ». Il résulte de l'article 8 de la loi du 8 avril 1946 dans sa rédaction résultant de la loi du 2 août 1949 que les activités de production et de transport de gaz naturel sont exclues de la nationalisation et sont ouvertes à tout opérateur, dans les conditions prévues par les dispositions régissant ces activités. Il en va de même des activités de stockage et d'exploitation d'installations de gaz naturel liquifié.

Gaz de France ne dispose pas davantage d'un monopole de la distribution du gaz sur l'ensemble du territoire national. D'une part, l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 maintient l'existence de distributeurs non nationalisés. D'autre part, l'article 25-1 de la loi du 3 janvier 2003 ouvre aux communes, ou à leurs établissements publics de coopération, qui ne disposent pas d'un réseau public de distribution de gaz naturel ou dont les travaux de desserte ne sont pas en cours de réalisation au 14 juillet 2005 la possibilité de concéder la distribution publique de gaz à toute entreprise agréée à cet effet, à une régie agréée, à un établissement public existant ou à une société d'économie mixte existante.

Il résulte enfin de l'article 3 de la loi du 3 janvier 2003 que l'ensemble des utilisateurs de gaz, à l'exception des clients non éligibles, peuvent au fournisseur de gaz de leur choix. Le monopole de la fourniture de gaz aux clients non éligibles est appelé à cesser le 1er juillet 2007 au plus tard, en application de la directive communautaire du 26 juin 2003 susvisée.

En outre, la situation du marché du gaz fait apparaître que d'autres opérateurs que Gaz de France détiennent, aujourd'hui, une part de marché notable en matière de transport, de stockage et de fourniture de gaz aux clients

---

éligibles. Si Gaz de France conserve un rôle prépondérant dans l'exploitation des installations de gaz naturel liquéfié et la distribution du gaz, ces activités sont désormais soumises à une réglementation garantissant que cette exploitation s'exerce dans des conditions indistinctement applicables à l'ensemble des fournisseurs de gaz. Dès lors, Gaz de France ne saurait être regardée comme exploitant un monopole de fait au sens du neuvième alinéa précité du Préambule de la Constitution de 1946.

2° S'agissant de la question de savoir si Gaz de France constitue un service public national.

Dans sa décision n° 86-207 DC précitée, le Conseil Constitutionnel a estimé que « si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas ; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé ».

Il ne résulte d'aucun principe ni d'aucune règle de valeur constitutionnelle que le service public du gaz doive être érigé en service public national.

En outre, dans sa décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004, le Conseil Constitutionnel, par un considérant analogue à celui figurant dans sa décision n°96-380 DC du 23 juillet 1996, a estimé « qu'en maintenant aux sociétés nouvellement créées les missions de service public antérieurement dévolues aux personnes morales de droit public Électricité de France et Gaz de France dans les conditions prévues par les lois du 8 avril 1946, du 10 février 2000 et du 3 janvier 2003 susvisées, le législateur a confirmé leur qualité de services publics nationaux ; qu'il a garanti, conformément au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la participation majoritaire de l'État ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public dans le capital de ces sociétés ; que l'abandon de cette participation majoritaire ne pourrait résulter que d'une loi ultérieure ».

Il ressort de ces décisions que la notion de service public national, au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, s'applique non seulement aux services publics dont la nécessité découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle mais aussi aux services publics nationaux constitués comme tels par le législateur. Il en ressort également que l'essentiel des missions constituant un service public national, lequel est nécessairement rattaché à l'État, ne peut être confié qu'à une personne publique ou à un opérateur dont le capital est détenu majoritairement par l'État.

Par les lois du 8 avril 1946, du 3 janvier 2003 et du 9 août 2004 susvisées, le législateur a organisé le service public du gaz naturel. Ce service, dans la mesure où il est placé sous la responsabilité de l'État, peut être qualifié par la loi de service public national, à l'exception de l'activité de distribution du gaz naturel, qui présente, en application des dispositions combinées de l'article 36 de la loi du 8 avril 1946, des articles 1 et 15 de la loi du 3 janvier 2003 et de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, le caractère d'un service public communal.

La loi du 8 avril 1946, en confiant à Gaz de France, notamment par son article 3, la responsabilité des activités dont elle prévoyait la nationalisation dans le secteur gazier, avait conféré à leur exploitation le caractère de service public national au sens du neuvième alinéa. Toutefois, la libéralisation et l'ouverture progressive du marché du gaz, résultant notamment des lois du 3 janvier 2003 et du 9 août 2004 ainsi que l'évolution de la structure et du fonctionnement du marché du gaz ont fait perdre au service public confié à Gaz de France l'essentiel des éléments caractérisant un service public national. D'une part, l'importation et la fourniture de gaz aux consommateurs éligibles est désormais soumise, comme il a été dit plus haut, à un régime concurrentiel : le marché éligible représente plus de 70 % de la consommation nationale de gaz depuis le 1er juillet 2004. D'autre part, les missions de service public imposées aux opérateurs du secteur gazier par la loi du 3 janvier 2003 et les textes pris pour son application s'imposent indistinctement à l'ensemble des opérateurs.

Néanmoins, certaines missions confiées au seul opérateur Gaz de France sont de nature à maintenir à cette entreprise le caractère d'un service public national, ainsi que la relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 août 2004 précitée. Il s'agit d'abord du monopole de la fourniture de gaz aux clients non-éligibles. Il s'agit ensuite des obligations spécifiquement imposées à Gaz de France par l'article 33 de la loi du 8 avril 1946, dans sa rédaction issue de l'article 32 de la loi du 9 août 2004, et par le dernier alinéa de l'article 1er de la loi du 9 août 2004 en matière de péréquation des coûts de distribution à l'intérieur de sa zone de desserte. Toutefois, l'article 7 de la loi du 3 janvier 2003 impose aux autres distributeurs des obligations analogues en matière de péréquation des coûts de distribution.

Dès lors, si le gouvernement entend mettre fin au caractère majoritaire de la participation de l'État dans le capital de Gaz de France, il lui appartient de tirer les conséquences de la situation qui vient d'être décrite en saisissant le Parlement d'un projet de loi ayant pour objet, d'une part, de transposer la directive du 26 juin 2003 afin, comme elle le prévoit, d'ouvrir à la concurrence l'activité de fourniture de gaz aux clients non éligibles au plus tard le 1er juillet 2007 et, d'autre part, de préciser les obligations de service public s'imposant à tous les opérateurs gaziers au

publique n'exploite un monopole de fait ni du point de vue du transport ni de la distribution, de la production ou du stockage ; le monopole de la fourniture de gaz aux clients non éligibles est appelé à cesser le 1<sup>er</sup> juillet 2007 ; les lois de janvier 2003<sup>667</sup> et août 2004<sup>668</sup> ont fait perdre au service public confié à GDF l'essentiel des éléments caractérisant un service public national. Mais certaines missions confiées au seul opérateur GDF, notamment la fourniture du gaz à certains clients, sont de nature à lui maintenir le caractère d'un service public par détermination de la loi. La loi relative au secteur de l'énergie a été adoptée le 7 décembre 2006<sup>669</sup>, malgré les multiples péripéties qui ont émaillé son parcours législatif et la décision coup de tonnerre du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2006<sup>670</sup>. Reprenant le raisonnement du Conseil d'État quant à la privatisation et à la possibilité de descendre la part minimale de l'État dans le capital de GDF en dessous de 30 %, le Conseil d'État estime que, si GDF demeure un service public national par détermination de la loi pour la fourniture de gaz naturel aux particuliers, l'article 3 de la loi déferée y met fin à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2007. L'entreprise en charge de ce service public ne pourra donc être privatisée qu'après la disparition de la règle juridique, qui en avait fait jusque-là un service public. C'est donc très habilement que le Conseil d'État répond juridiquement à un problème politique épineux dont le règlement est repoussé au-delà de l'élection présidentielle. Le Conseil d'État était en capacité d'anticiper que la privatisation de GDF se heurterait à l'attachement des Français à la présence de l'État dans le secteur de l'énergie. Les interrogations qui demeuraient sur la pertinence de ce projet industriel ont été balayées par l'accord présidentiel donné à la fusion de Suez.

---

titre de la péréquation des coûts de distribution. Ces dispositions devraient être examinées par le Parlement en même temps qu'un éventuel projet de loi supprimant l'obligation pour l'État de détenir une participation majoritaire dans le capital de Gaz de France. »

<sup>667</sup> : LOI n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, JORF du 4 janvier 2003, texte n° 3, p.265

<sup>668</sup> : **LOI n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières**, JORF n°185 du 11 août 2004, texte n°1, p.14256

<sup>669</sup> : **LOI n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie**, JORF n°284 du 8 décembre 2006, texte n° 1, p.18531

<sup>670</sup> : CC, 30 novembre 2006, Décision n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie, [Non-conformité partielle].

Qui a aujourd'hui institutionnellement raison ? Alexandre Parodi, vice-président du Conseil d'État qui affirme en 1963 que « si importantes que soient nos tâches administratives, et malgré l'extension nouvelle qu'elles ont prises sous le régime de 1958, le centre du Conseil d'État est la section du contentieux<sup>671</sup> », ou Yves Gaudemet qui écrit plus récemment « dans l'ordre normatif, le Conseil d'État est une institution majeure de pouvoir, davantage peut-être même aujourd'hui par ses avis sous leurs formes multiples que par sa jurisprudence<sup>672</sup> » ?

Certes, l'activité contentieuse est mieux connue : elle s'exerce publiquement et touche potentiellement chaque administré. Mais, si elle contribue à la formation du droit, c'est essentiellement dans le champ du droit administratif, alors que l'activité consultative touche tous les secteurs du droit constitutionnel, international, civil, pénal, commercial et social. Son importance serait accrue par une efficacité corrélativement plus grande que celle de la fonction juridictionnelle. La rapidité d'obtention des avis s'oppose à la lenteur des juges : là où les délais de jugement sont de 9 mois et demi, le délai moyen d'études des textes est de 25 jours, souvent réduit du fait de l'urgence<sup>673</sup>.

Au contentieux, la ligne directrice des juges est aujourd'hui davantage axée sur la défense des droits et libertés des administrés que sur la protection de l'État, porteur de l'intérêt général. C'est à la fonction consultative qu'il revient désormais de conforter l'État dans cet ancrage fondateur : le Conseil d'État estime qu'« il lui appartient de prendre ses responsabilités et, entre plusieurs interprétations constitutionnelles possibles, de retenir celle qui lui paraît la plus conforme à l'intérêt général, même si ce n'est pas celle qui présente le moins de risques d'inconstitutionnalité<sup>674</sup> ». Cette perception, présente dans de nombreux avis, accepte des atteintes à l'exercice de certaines libertés, pourvu que l'intérêt général le justifie<sup>675</sup>.

---

<sup>671</sup> : Louis Fougère, « *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974* », Éditions du CNRS, 1975, p. 844.

<sup>672</sup> : Yves Gaudemet, « La VI<sup>e</sup> République ? Quel Conseil d'État ? », *Revue du droit public*, n° 1-2, 2002, *op.cit.*, p. 45.

<sup>673</sup> : *EDCE*, n° 57, *op. cit.*, p. 47.

<sup>674</sup> : Michel Bernard, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la V<sup>e</sup> République », *EDCE*, n° 46, La Documentation française, 1994, p. 441.

<sup>675</sup> : Avis du CE, 26 juillet 2005 concernant le transfert à l'État par la Ville de Paris de l'assiette du Grand Palais.  
Notice complète :

La fonction de conseiller n'affaiblit pas le pouvoir du juge puisque c'est lui qui a le dernier mot. Tout au contraire, les deux fonctions se complètent et se confortent. Cette intrication, depuis l'arrêt *Procola*<sup>676</sup>, est cependant susceptible de déclencher les foudres de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour éviter cette censure déontologique, les membres du Conseil d'État pratiquent le déport qui interdit aux conseillers ayant participé à la rédaction de l'avis de siéger dans les formations contentieuses. L'existence d'une fonction consultative ne porte pas ainsi atteinte, par elle-même, à l'impartialité du juge, mais elle peut rendre complexe l'intervention de l'assemblée du contentieux. Pour « valoriser et moderniser<sup>677</sup> » cette fonction, il est désormais nécessaire de « renouveler en profondeur l'organisation et le fonctionnement des formations consultatives du Conseil d'État et, en particulier, de hiérarchiser le traitement des affaires en fonction de leurs enjeux. Toutes ne nécessitent pas un passage devant une section réunie dans sa totalité<sup>678</sup> ». Un rééquilibrage a déjà eu lieu

<b>Numéro de l'avis</b>	371615
<b>Date de l'enregistrement</b>	15/04/2005
<b>Auteur de la demande</b>	Ministère de la culture et de la communication
<b>Formation saisie</b>	Section de l'intérieur
<b>Intitulé de l'avis</b>	Demande d'avis relative au statut juridique du terrain d'assiette actuel du Grand Palais à Paris.
<b>Président de la formation</b>	ROBINEAU Yves
<b>Rapporteur</b>	SAINT-PULGENT Maryvonne de
<b>Formation(s) auteur(s) de l'avis</b>	section seule;section de l'intérieur
<b>Date de l'avis</b>	26/07/2005
<b>PCJA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Domaine / domaine public / consistance et délimitation / domaine public artificiel</li> <li>• Domaine / domaine public / régime / occupation</li> <li>• Domaine / domaine public / régime / changement d'affectation</li> <li>• Collectivités territoriales / dispositions particulières à certaines collectivités / dispositions particulières aux communes de Paris, Lyon, Marseille</li> <li>• Monuments et sites / monuments historiques</li> <li>• Arts et lettres / établissements culturels / musées</li> </ul>
<b>Indexation complémentaire</b>	dépendance de domaine public, transfert de propriété, concession, Exposition universelle
<b>Indexation géographique</b>	Paris, Ile-de-France
<b>Statut de l'avis</b>	Avis rendu public

<sup>676</sup> : CEDH, 28 septembre 1995, *Procola et autres c / Luxembourg*.

<sup>677</sup> : Michel Bernard, op. cit., p. 456.

<sup>678</sup> : Jean-Marc Sauvé, interview, AJDA, 2007, n° 11, p. 556.



entre la consultation sur les actes non réglementaires et celle sur les projets de lois et de règlements, considérée comme essentielle. Un décret du 21 décembre 2004<sup>679</sup> hiérarchise ainsi le travail en dispensant d'assemblée générale un certain nombre de textes qui ne posent pas de difficultés juridiques particulières. Cette politique de désencombrement devrait continuer à s'accroître : démultiplier les regards et les modalités d'examen contribuerait à rendre le mode de fonctionnement des sections administratives plus productif et mobilisateur pour ses membres.

« Le Conseil d'État doit manifester qu'il est inscrit dans la cité et pas hors du monde. Il doit dans ses études comme dans ses activités consultatives et contentieuses être à l'écoute de la société française et européenne et jouer pleinement un rôle de passeur et d'interface, un rôle de régulateur entre pouvoirs et société. Il en va de sa responsabilité à l'égard des citoyens<sup>680</sup>. » Cette responsabilité ne devrait-elle pas transformer l'institution de simple conseiller du gouvernement en conseiller de l'État et notamment du Parlement ? Ainsi échapperait-elle à la critique d'un organe sans légitimité ni responsabilité démocratique qui occupe une place essentielle dans le processus législatif. Dans le cadre des projets de révision constitutionnelle issus du comité Vedel<sup>681</sup>, le Conseil d'État avait proposé, ce qui n'a pas été retenu, que le gouvernement lui soumette les amendements qu'il dépose au Parlement sur les projets de loi avant l'ouverture du débat devant la première assemblée. Cette même disposition sera reprise dans l'un des projets pour une sixième République. D'autres organisent la possibilité pour les parlementaires de saisir le Conseil d'État des propositions de lois : « les propositions de loi d'origine parlementaire ou citoyenne, préalablement à leur discussion, sont soumises pour avis public au Conseil d'État<sup>682</sup> ». Ces évolutions permettraient de donner un contenu effectif à l'obligation de consultation. Le Conseil d'État deviendrait alors un élément

---

<sup>679</sup> : Décret n° 2004-1387 du 21 décembre 2004 relatif à l'assemblée générale du Conseil d'État et modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative, JORF n°298 du 23 décembre 2004, texte n°12, p.21825.

<sup>680</sup> : *Ibid.*

<sup>681</sup> : Rapport du comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Vedel, 1993, p. 62.

<sup>682</sup> : Arnaud Montebourg et Bastien François, « *La Constitution de la VI<sup>e</sup> République* », Odile Jacob, 2005, p. 122. Nicolas Sarkozy a également proposé cette évolution.

central du pouvoir d'État, garant, au sens où l'envisage Georges Burdeau, de la sauvegarde de l'intérêt général.<sup>683</sup>

---

<sup>683</sup> : Nicole Belloubet-Frier, *Op.cit.*, pp. 33-50.

## **Section 02 : Les études et les rapports du conseil d'État**

Parmi les missions qui incombent au Conseil d'État, la conduite d'études, qu'elles soient strictement juridiques ou qu'elles relèvent plus largement du domaine de la science administrative et politique, occupe une place importante. Elles procèdent de dispositions du code de justice administrative, mais aussi d'une double volonté du Conseil d'État de participer aux travaux de recherche en droit et gestion publique et d'être ouvert aux préoccupations de la société civile. En vertu des dispositions de l'article L. 112-3 du code de justice administrative : « 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 ». Ainsi chaque année, le Conseil d'État conduit deux types d'études : l'étude annuelle et les études particulières. Dans le premier cas, le sujet de l'étude est choisi par le bureau du Conseil d'État entre plusieurs thèmes porteurs d'enjeux majeurs pour la société. Par cette étude, le Conseil d'État opère la synthèse de l'état du droit, analyse l'impact des réglementations et formule des propositions utiles à la mise en œuvre des politiques publiques. Dans le second cas, le Conseil d'État conduit les études que le Gouvernement lui demande de mener dans un délai généralement très réduit – trois à six mois. Dans tous les cas, les études sont examinées par la section du rapport et des études avant d'être adoptées par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État.<sup>684</sup>

La section du rapport et des études est une formation collégiale au sein du Conseil d'État. Le décret du 24 janvier 1985<sup>685</sup> en a fait une section administrative mais elle a un statut assez dérogatoire. Seuls y sont affectés à temps plein, en principe, son président et son rapporteur général ; les membres de la section (une vingtaine) doivent y représenter les cinq autres sections, de manière à assurer son « horizontalité » ; enfin elle fait appel à la collaboration, à temps partiel bien sûr, d'autres membres du Conseil, de hauts fonctionnaires, d'universitaires et de chercheurs, et son secrétariat (lourdement chargé) se compose de sept personnes.

---

<sup>684</sup> : Rapport public de l'activité du Conseil d'État 2018 (délibéré en assemblée générale le 14 mars 2019) et publié le 5 juillet 2019, p.393.

<sup>685</sup> : Décret n°85-90 du 24 janvier 1985 PORTANT CREATION DE LA SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT, JORF du 25 janvier 1985, p.1043

L'origine de la section du rapport et des études est paradoxale parce que, après les remous nés de l'arrêt Canal<sup>686</sup>, la réforme du Conseil d'État de 1963

---

<sup>686</sup> : CE, 19 octobre 1962, Canal Robin et Godot, requête n° 58502, publié au recueil Lebon.

Résumé : « Annulation d'une ordonnance du Président de la République prise sur le fondement d'une habilitation donnée par une loi référendaire.

**Faits et contexte juridique :**

Par le référendum du 8 avril 1962, le peuple souverain approuva massivement les accords d'Évian qui mettaient fin à la guerre d'Algérie. La loi soumise à référendum autorisait également le Président de la République à prendre par ordonnance ou par décret en conseil des ministres "toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application" de ces accords. Sur le fondement de cette habilitation, le général de Gaulle avait institué, par une ordonnance du 1er juin 1962 une juridiction spéciale, la Cour militaire de justice, chargée de juger, suivant une procédure spéciale et sans recours possible, les auteurs et complices de certaines infractions en relation avec les événements algériens. Condamnés à mort par cette cour, MM. Canal, Robin et Godot saisirent le Conseil d'État d'un recours en annulation dirigé contre l'ordonnance l'ayant instituée.

**Le sens et la portée de la décision :**

Le Conseil d'État leur donna raison et prononça l'annulation de l'ordonnance en considérant que « eu égard à l'importance et à la gravité des atteintes que l'ordonnance attaquée apporte aux principes généraux du droit pénal, en ce qui concerne, notamment, la procédure qui y est prévue et l'exclusion de toute voie de recours », la création d'une telle juridiction d'exception ne pouvait pas être décidée sur le fondement de l'habilitation donnée au Président de la République pour la mise en application des accords d'Évian par la loi référendaire.

Pour parvenir à cette solution, qui suscita une vive réaction du général de Gaulle, le Conseil d'État avait dû franchir un premier obstacle, qui tenait à la recevabilité d'un recours dirigé contre une ordonnance prise sur le fondement d'une habilitation accordée directement par le peuple souverain, et qui présentait une valeur législative. Un tel acte pouvait-il être déféré pour excès de pouvoir devant le juge administratif ? Le Conseil d'État répondit de façon positive en jugeant que la loi référendaire « a eu pour objet, non d'habiliter le Président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et dans les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire, pour prendre, par ordonnance, des mesures qui normalement relèvent de la loi ».

Le Conseil d'État a donc considéré que l'habilitation n'était pas une attribution d'une portion du pouvoir législatif mais une simple autorisation accordée au pouvoir réglementaire d'intervenir, dans les strictes limites de l'habilitation, dans le domaine de la loi. Bien que pouvant modifier des textes législatifs, l'ordonnance conservait donc la nature réglementaire que lui confère son auteur.

De la même manière, le Conseil d'État s'était reconnu compétent pour se prononcer sur un recours dirigé contre une ordonnance prise par le Gouvernement sur habilitation du Parlement, en vertu de l'article 38 de la Constitution (CE, Assemblée, 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, n°91076).

Outre les actes de gouvernement (CE, 19 février 1875, Prince Napoléon-Joseph Bonaparte, n°46707), seules les décisions prises, dans le domaine de la loi, par le Président de la République en vertu de l'article 16 de la Constitution échappent au contrôle du Conseil d'État (CE, Assemblée, 2 mars 1962, Rubin de Servens et autres, n°s 55049, 55055). En revanche le juge est compétent pour connaître de ces mêmes décisions lorsqu'elles ne relèvent pas du domaine de la loi.

La légalité de l'ordonnance soumise au contrôle de légalité dépendait de la réponse apportée à deux questions.

La première était relative à la portée de l'habilitation accordée au chef de l'État par la loi référendaire : le Conseil d'État donna de cette habilitation une interprétation restrictive, dans la ligne de sa jurisprudence Syndicat général des ingénieurs-conseils (CE, Section, 26 juin 1959, Syndicat des ingénieurs-conseils, n° 92099). Si la création de la cour militaire de justice entraînait dans le cadre de l'habilitation, la loi référendaire, faute de l'avoir fait expressément,

(qui a donné naissance à la Commission du rapport transformée en section en 1985), loin d'affaiblir le Conseil pour le remettre au pas, a élargi ses pouvoirs, notamment en créant en son sein une fonction d'études et de réforme qui n'existait pas (en dépit de l'art. 24 de l'Ordonnance de 1945).

La section du rapport et des études du Conseil d'État a trois missions principales :

- accueillir des réclamations individuelles nées d'agissements administratifs et s'efforcer de les faire aboutir ;
- faire ou faire faire des études et des propositions de réformes ;
- établir un rapport annuel adressé au président de la République.

Le rapport annuel du Conseil d'État, préparé par la section du rapport et des études du Conseil d'État, était, d'après l'article 3 du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 qui l'a institué<sup>687</sup>, également un rapport sur l'activité des formations administratives et contentieuses du Conseil ; mais il doit aussi énoncer les réformes législatives, réglementaires ou administratives sur lesquelles le Conseil entend appeler l'attention du gouvernement, ainsi que, s'il y a lieu, signaler les difficultés rencontrées dans l'exécution des décisions des juridictions administrative.<sup>688</sup>

En pratique cependant, le Conseil intervient plutôt à la demande du gouvernement. Il rédige alors une étude. Ces études, qui dépassent la centaine, sont publiées à la documentation française dans la collection « Les études du Conseil d'État ». Elles concernent souvent le fonctionnement de l'Administration. Parmi les études, on peut citer : « Révision de la loi de

---

ne pouvait être regardée comme ayant autorisé le Président de la République à déroger aux principes généraux du droit, en l'occurrence aux principes généraux du droit pénal.

La seconde question portait sur l'applicabilité à l'espèce de la théorie des circonstances exceptionnelles (CE, 26 juin 1918, Heyriès, n° 63412). Le Conseil d'État fit une application restrictive de cette théorie en considérant que si les « circonstances de l'époque » pouvaient légalement justifier certaines atteintes à la légalité, elles devaient être strictement nécessaires pour atteindre l'objectif poursuivi, en l'occurrence l'application des accords d'Évian. Le Conseil d'État estima qu'en l'espèce l'objectif poursuivi ne justifiait pas la gravité des atteintes portées aux principes généraux du droit pénal, dès lors qu'il pouvait être atteint sans qu'elles fussent commises. »

<sup>687</sup> : Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'État, JORF du 1 août 1963, p.7107.

<sup>688</sup> : Jean-Paul COSTA, « Le médiateur et la section du rapport et des études du Conseil d'État », La Revue administrative, 38e Année, No. 228 (NOVEMBRE DECEMBRE 1985), PUF, p.543

bioéthique : quelles options pour demain ? »<sup>689</sup>( étude publiée le 11 juillet 2018) ; « La prise en compte du risque dans la décision publique »<sup>690</sup> (étude publiée le 25 juin 2018) ; « L'application du nouveau principe "silence de l'administration vaut acceptation" »<sup>691</sup> (étude publiée le 30 juin 2014) ; « Les

---

<sup>689</sup> : Par courrier en date du 6 décembre 2017, le Premier ministre français a confié au Conseil d'État la réalisation d'une étude sur le cadrage juridique préalable au réexamen de la loi relative à la bioéthique. L'étude a été adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 28 juin 2018 sous le titre *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*

Un groupe de travail a été constitué auprès de la section du rapport et des études pour mener la réflexion sur ce thème. Il a rassemblé des membres du Conseil d'État, des professeurs des universités, des personnalités issues de la recherche et du monde hospitalier, dont certains membres ou anciens membres du Comité consultatif national d'éthique, ainsi que des représentants du ministère des solidarités et de la santé, du ministère de la justice et du ministère de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation. Le groupe a également procédé à l'audition de scientifiques, de chercheurs, de professionnels du droit et de la santé, de représentants religieux, de philosophes ou encore d'associations.

L'étude précise dans un premier temps les caractéristiques du cadre juridique français de bioéthique (1ère partie). Elle évoque ensuite un ensemble de questions qui traversent notre société et qui résultent davantage d'une évolution des mentalités que de la progression de la connaissance scientifique : accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP), fin de vie, situation des enfants dits « intersexes » (2ème partie).

L'étude aborde enfin, de manière plus prospective, les questions suscitées par les récentes évolutions scientifiques et techniques, qu'elles touchent au génome, à la recherche sur l'embryon, au développement des neurosciences ou à l'intelligence artificielle et aux « big data » (3ème partie).

L'étude confronte les questions à l'ordre du jour de la révision au « modèle » français de bioéthique, pour éclairer le législateur sans se substituer à lui. Elle le fait en évaluant la contrainte juridique, en indiquant les options possibles et en identifiant leurs implications dans un souci de cohérence.

<sup>690</sup> : Pour une action publique plus audacieuse

Le Premier ministre a confié au Conseil d'État la réalisation d'une étude sur la prise en compte du risque dans la décision publique. L'étude a été adoptée le 26 avril 2018 par l'assemblée générale du Conseil d'État.

Par courrier en date du 6 décembre 2017, le Premier ministre a confié au Conseil d'État la réalisation d'une étude sur la prise en compte du risque dans la décision publique. En effet, pour exercer pleinement leurs missions et leurs responsabilités, les décideurs publics doivent pouvoir faire des choix qui, tout en étant conformes à l'intérêt général et aux objectifs qui leur sont assignés, comportent une part d'incertitude ou de risque.

Un groupe d'étude a été constitué pour mener la réflexion sur ce thème. Il a rassemblé des membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation ainsi que des représentants de l'administration et de l'université. Il a procédé à une cinquantaine d'auditions ou de consultations et a prolongé ses échanges avec des spécialistes de l'OCDE et des experts à Londres et à Berlin. L'étude a été adoptée par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le 26 avril 2018.

Le Conseil d'État relève que, s'il existe depuis toujours une relation étroite entre l'action publique et le risque, celle-ci revêt aujourd'hui de nouvelles formes, du fait notamment de la multiplication des facteurs de risque au regard d'évolutions en cours de nature scientifique, technologique, économique et sociétale ainsi que du respect du principe de précaution. Les décideurs publics doivent désormais tout à la fois prévoir, évaluer, prévenir et gérer le risque.

Le Conseil d'État formule 32 propositions afin de mieux armer les décideurs publics dans la gestion des risques, pour qu'ils ne renoncent pas à mener des politiques publiques audacieuses au nom de l'intérêt général. Une première série de propositions consiste, dans une logique de droit souple, à développer au sein de l'action publique des "bonnes pratiques essentielles" pour renforcer les capacités d'anticipation des risques. Une deuxième série de propositions vise à transformer la gouvernance et la gestion publiques afin que l'action publique soit plus audacieuse. Enfin, plusieurs propositions visent à améliorer le traitement contentieux de la responsabilité des acteurs publics devant les juges administratif, financier ou pénal.

<sup>691</sup> : Étude adoptée le 30 janvier 2014 par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État.

La loi du 12 novembre 2013 a inversé le principe prévalant jusqu'ici et, désormais, le silence gardé par l'administration vaudra, en principe, acceptation de la demande.

## établissements publics »<sup>692</sup> (étude publiée le 15 octobre 2009) ; « Les recours administratifs préalables obligatoires (RAPO) »<sup>693</sup> (étude publiée le 29 mai

---

Cependant, plusieurs catégories d'exceptions ont été prévues par le législateur.

C'est pour guider le travail d'identification des procédures administratives concernées, que cette étude a été publiée.

Après avoir retracé le cadre à la fois théorique et historique dans lequel s'inscrit la réforme, cette étude expose le cadre général d'application du nouveau principe « silence vaut acceptation », puis, explicite le champ et la portée des exceptions à ce principe, telles qu'elles résultent de cette loi.

<sup>692</sup> : Étude adoptée par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le 15 octobre 2009.

Cette étude est la troisième que le Conseil d'État consacre à l'établissement public. Des deux premières, qui datent de 1971 et 1987, nombre d'observations, diagnostics et propositions formulés gardent aujourd'hui toute leur pertinence. Les interrogations des acteurs publics, que ce soit lorsque s'échafaude le projet de création d'un nouvel établissement public, ou bien par la suite, au gré du fonctionnement de cette nouvelle structure, de son évolution, de sa transformation, voire lors de sa suppression, sont, sinon semblables, du moins en partie analogues à ce qu'elles étaient il y a quelques décennies. Le succès de ce mode d'organisation de l'action publique ne s'est d'ailleurs pas démenti : ni la multiplication des groupements d'intérêt public, ni la multiplication des autorités administratives indépendantes (AAI) n'ont tari le flot des créations d'établissements publics.

Pour autant, les bouleversements qu'a connus l'environnement juridique et administratif des établissements publics justifient que l'on se penche de nouveau sur la formule. Le foisonnement des établissements publics dans des domaines toujours plus variés, son recul, au contraire, dans certains autres, l'abondante jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, dans ses formations consultatives comme contentieuses, l'évolution, enfin, du droit de la concurrence et du droit de la commande publique, notamment sous l'influence du droit communautaire ont, chacun, contribué à dessiner les contours d'une profonde transformation, qui affecte en retour la formule ou le modèle de l'établissement public. Pourquoi créer un établissement public aujourd'hui ? En quoi ce modèle reste-t-il justifié ? Quels sont les règles et principes qui guident une telle entreprise ? Ces règles et ces principes sont-ils tous toujours adaptés et pertinents ?

Sur certaines de ces questions, l'étude du Conseil d'État n'entend que renvoyer aux conclusions des précédentes et à ce qui constitue sa doctrine en la matière : il convient de ne créer un établissement public que lorsqu'une telle création est nécessaire et, une fois prise la décision de créer un établissement public, il importe de respecter pleinement le principe de l'autonomie. De même, la préconisation de consulter systématiquement le Conseil d'État pour avis lors de l'élaboration d'un projet de texte relatif à un établissement reste pleinement valable, si ce n'est que l'expérience a montré qu'une telle consultation était superflue pour les décrets n'apportant que des modifications de détail. Enfin, l'étude n'entend pas constituer un "vade mecum" visant à accompagner la création d'établissements publics, qui ne ferait que doubler l'outil déjà complet que constitue le guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires en la matière. En outre, les établissements publics locaux ont été très largement laissés hors du champ de la réflexion, en raison des problématiques spécifiques qu'ils présentent tant en ce qui concerne leur création que leur fonctionnement.

Il a paru en revanche important de concentrer la réflexion sur ce qui, dans la lettre de mission du Premier ministre, apparaissait comme la préoccupation centrale du Gouvernement : comment fiabiliser le cadre juridique relatif à la création et au fonctionnement des établissements publics ? À cette fin, la présente étude s'organise selon trois axes :

- en premier lieu, elle explique que s'il est soumis à des interrogations nouvelles, le régime de l'établissement public n'est pas pour autant remis en cause dans son principe même ;
- en deuxième lieu, elle souligne que la pérennité de la formule de l'établissement public appelle cependant une clarification de ses règles de création ;
- enfin, elle expose en quoi l'organisation et le fonctionnement des établissements publics peuvent également faire l'objet d'aménagements visant à leur conférer davantage de souplesse.

<sup>693</sup> : Sous cette qualification, sont désignées les procédures par lesquelles une personne, souhaitant contester une décision administrative qui lui est défavorable, est tenue de former un recours devant l'autorité administrative préalablement à toute saisine du juge administratif.

Ces recours se caractérisent en général par un certain nombre de spécificités juridiques, tenant notamment au fait que la décision prise sur recours administratif préalable obligatoire se substitue en principe à la décision initiale, et

2008); « Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national »<sup>694</sup> (étude publiée le 30 novembre 2006); « Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs »<sup>695</sup> (étude publiée le 30 novembre 2000).

Les études du Conseil d'État ont généralement un aboutissement législatif ou réglementaire.

Les études et propositions de réforme du Conseil d'État ne partent pas de litiges ou de cas individuels. Certes, l'article 24 de l'ordonnance du 31 juillet 1945<sup>696</sup>

---

que l'autorité administrative saisie se prononce sur la situation de fait et de droit existant à la date de sa décision, et non de la décision contestée.

Les "recours administratifs préalables obligatoires" stricto sensu, objet de cette étude, ont connu ces dernières années, consécutivement à des réussites anciennes, une extension progressive, et des innovations récentes significatives, comme en matière de recours des militaires ou de recours contre les refus de visa d'entrée en France. Le Premier ministre a demandé au Conseil d'État de procéder à un état des lieux des procédures de recours administratifs préalables obligatoires existantes, de déterminer les éventuelles règles communes à ces recours, et d'identifier les champs d'extension envisageables ainsi que les conditions de succès de leur développement.

<sup>694</sup> : La transposition des directives communautaires constitue l'une des obligations essentielles inhérentes à l'appartenance de la France à l'Union européenne, récemment reconnue comme une « exigence constitutionnelle » par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État.

Par suite, transposer exige des autorités nationales l'adoption de toutes les mesures nécessaires aux fins d'assurer le plein effet de la norme communautaire en droit interne. La méconnaissance de cette obligation constitue un manquement au droit communautaire, sanctionné par la Cour de justice des Communautés européennes et se traduisant, parfois, par de lourdes pénalités financières.

Si, dans ce domaine, la situation de la France s'est récemment améliorée, l'insertion des normes communautaires dans le droit national demeure quantitativement et qualitativement perfectible. Le classement français dans le « tableau d'affichage » de la Commission européenne, comparant les résultats des États membres en cette matière, et les procédures précontentieuses en cours contre la France en témoignent.

À la veille de la présidence française de l'Union européenne et à la demande du Premier ministre, le Conseil d'État analyse précisément les nombreuses contraintes qui s'attachent à cet exercice exigeant et propose des solutions fondées sur trois idées-force : anticiper, adapter, simplifier.

Anticiper, par une participation le plus en amont possible au processus de conception et d'élaboration de la norme communautaire. Adapter, par une meilleure association du Parlement et des grandes institutions de la République, ainsi que par une modulation de la méthode d'adoption de la norme de transposition. Simplifier, enfin, les techniques de rédaction de la norme nationale de transposition et alléger les nombreux régimes consultatifs préalables des partenaires économiques et sociaux, tout en leur redonnant leur sens.

<sup>695</sup> : À quelle date les lois et les règlements édictés par les autorités de l'État à compétence nationale entrent-ils en vigueur ? La réponse à cette question fondamentale, tant pour le citoyen que pour l'administration et le juge, est restée largement dictée par des textes plus que centenaires et obsolètes en ce qu'ils tiennent compte de la date d'arrivée du Journal officiel au chef-lieu de l'arrondissement et ont donc conséquence que la loi ou le règlement ne peut pas toujours entrer en vigueur à la même date sur toute l'étendue du territoire national.

La publication du Journal officiel, aujourd'hui réalisée non seulement sur support papier mais sous forme électronique, permet dorénavant l'accessibilité au public de la nouvelle norme le même jour partout. Elle justifie donc de reconsidérer la question de la détermination de la date d'entrée en vigueur des lois et règlements.

C'est l'examen de cette question qui concerne le fonctionnement quotidien de l'État, l'intelligibilité de l'ordonnement juridique et la qualité de la production normative qu'est consacrée l'étude du Conseil d'État. Elle propose un bref avant-projet de loi ayant notamment pour objet d'exprimer dans l'article 1er du Code civil les règles simples qui doivent aujourd'hui gouverner l'entrée en vigueur des lois sur toute l'étendue du Territoire de la République.

<sup>696</sup> : Ordonnance 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'État.



lui ouvre la faculté d'appeler l'attention du gouvernement sur des réformes conformes à l'intérêt général, et ceci peut dériver, par exemple, d'une affaire contentieuse ayant montré au Conseil l'existence d'une malfaçon dans un texte. Mais, le plus souvent, c'est l'article 14-1 nouveau du décret de 1963 qui s'applique : la section du rapport et des études procède à des études à la demande du Premier ministre.

Quand il s'agit de réclamations individuelles, la section du rapport et des études ne peut être saisie que dans l'hypothèse où un requérant bénéficiaire d'une décision d'une juridiction administrative lui demande de l'aider (à cette saisine ordinaire s'ajoutent les demandes d'éclaircissement des ministres et l'instruction des requêtes à fin d'astreinte adressées à la section du contentieux, mais, dans tous les cas, la compétence de la section du rapport et des études est limitée aux jugements du juge administratif, Conseil d'État lui-même, tribunaux administratifs ou autres juridictions administratives).

Le Conseil d'État rédige un rapport annuel qui est remis aux plus hautes autorités de l'État, en particulier au président de la République. Destiné à enrichir la réflexion de l'Administration, il dresse un bilan de l'activité du Conseil et mentionne, à l'attention du gouvernement, des propositions de réforme d'ordre législatif, réglementaire ou administratif. Depuis 1988, ce rapport est également rendu public. Il est publié à La Documentation française, dans la collection « Études et documents du Conseil d'État »<sup>697</sup>. Par exemples : les rapports publics consacrés à : « L'activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives »<sup>698</sup> (Rapport public 2019, publié le 5 juillet 2019) ;

---

<sup>697</sup> : Pierre Serrand, Op.cit., p.201.

<sup>698</sup> : Le rapport annuel du Conseil d'État présente l'ensemble des activités de la juridiction administrative au cours de l'année. Il comporte de nombreux indicateurs d'activité, dates et chiffres clés, propose une sélection de décisions et d'avis rendus par la juridiction administrative, et rend compte des apports du Conseil d'État, dans ses fonctions consultative et juridictionnelle ainsi que dans ses études, à la simplification du droit. Le rapport comporte trois parties. La première, relative à l'activité juridictionnelle des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État, présente toutes les décisions marquantes de la jurisprudence administrative, ordonnées par grands thèmes - fiscalité, étrangers, police, urbanisme, collectivités territoriales...-, et témoigne de l'ampleur et de la diversité de l'action du juge administratif saisi des litiges concernant les pouvoirs publics. La deuxième partie, relative à l'activité consultative du Conseil d'État, présente les principales questions juridiques soulevées par l'examen des textes - près d'un millier - qui lui ont été soumis par le Gouvernement et le Parlement. La troisième partie, « Études, débats, partenariats européens et internationaux », expose les suites données aux études du Conseil d'État ainsi que l'ensemble des contributions apportées par les juridictions administratives sur les grands enjeux nationaux et internationaux auxquels sont confrontées les politiques publiques.

« Le contrat, mode d'action publique et de production de normes »<sup>699</sup> (Rapport public 2008, publié 30 novembre 2007) ; « L'administration française et à l'Union européenne: quelles influences ? quelles stratégies ? »<sup>700</sup> (Rapport public 2007 publié le 30 novembre 2006) ; « La sécurité juridique et la complexité du droit »<sup>701</sup> (Rapport public 2006, publié le 30 novembre 2005) ;

---

<sup>699</sup> : Compte rendu de l'activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2007 et considérations générales relatives au contrat comme mode d'action publique et de production de normes.

Le volume I rend compte de l'activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2007, à travers notamment leurs avis et arrêts les plus importants.

Dans le volume II, le Conseil d'État aborde, pour la première fois, le contrat comme mode d'action publique et de production de normes. Délégations de service public, marchés publics, contrats de performance ou d'objectifs et de moyens, contrats entre les collectivités territoriales administratives, tous les grands domaines couverts par la gestion publique sont concernés. Si le contrat émerge comme un puissant instrument de modernisation des services publics et de renouvellement des relations entre l'État et la société, sa vocation est aussi de contribuer à la stabilité et à la sécurité de la norme comme vient aussi le préciser cette étude.

Aujourd'hui coexistent en effet, de vrais et de faux contrats dans un vaste et complexe paysage contractuel. Le Conseil d'État analyse ici l'œuvre du législateur et du juge, en particulier les concepts et la terminologie contractuels, ainsi que les grands principes communs au droit des contrats. Par-delà, il prend position sur l'actualité et propose de renforcer la place du contrat là où il est synonyme d'efficacité de l'action publique, de stabilité et de sécurité du droit.

<sup>700</sup> : Ce rapport rend compte de l'activité du Conseil d'État en 2006 à travers notamment ses avis et arrêts les plus importants, ainsi que de l'activité des cours administratives d'appel, des tribunaux administratifs et des principales juridictions spécialisées.

En outre, le Conseil d'État a retenu pour thème de ses considérations générales : « L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ? ».

Ce thème est par ailleurs illustré par différentes contributions, celle de Florence Chaltiel, professeur de droit public à l'Institut d'études politiques de Grenoble, de Jean-Claude Piris, directeur général du service juridique du Conseil de l'Union européenne et jurisconsulte de ce Conseil et de Jean-Eric Schoettl, conseiller d'État, secrétaire général du Conseil constitutionnel.

<sup>701</sup> : Compte rendu de l'activité du Conseil d'État en 2005 et considérations générales sur la sécurité juridique et la complexité du droit.

Comme chaque année, le rapport public du Conseil d'État comporte deux parties.

La première fait le bilan de l'activité juridictionnelle et administrative du Conseil et présente les avis rendus par le Conseil d'État au cours de l'année 2005.

La seconde partie thématique relative à la " sécurité juridique et à la complexité du droit " revient sur ce constat préoccupant : la France légifère trop et légifère mal. Les causes de cette dégradation échappent pour certaines d'entre elles à la seule responsabilité des pouvoirs publics. Ainsi en est-il du développement considérable des conventions internationales, bilatérales ou multilatérales qui, une fois ratifiées ou approuvées, entrent en vigueur sur notre sol avec une autorité supérieure à celle des lois. Le caractère foisonnant du droit communautaire constitue le second des facteurs sur lesquels les pouvoirs publics nationaux n'ont pas de prise directe.

Une autre série de causes de la complexité du droit relève de l'organisation des institutions. Le rapport examine les effets néfastes de cette conjugaison de facteurs pour le législateur, à la fois contraint par les impératifs résultant du droit international et communautaire, submergé par des projets trop longs et trop complexes, et parfois même contourné. Il en analyse les conséquences pour la société, et dénonce l'effet néfaste exercé sur notre compétitivité économique extérieure. Enfin, s'inspirant d'expériences étrangères intéressantes et de travaux parlementaires, le rapport s'attache à ouvrir de nouvelles pistes de travail destinées à favoriser un accès au droit à la fois plus sûr et plus aisé.

« Réflexion sur la Laïcité »<sup>702</sup> (Rapport public 2004, publié le 30 novembre 2003).

Le rapport du Conseil d'État comporte notamment un bilan de l'activité de l'année écoulée pour les formations administratives et pour la section du contentieux, et des considérations générales sur un thème choisi. Celles-ci sont consacrées en 2009 au sujet « Droit au logement, droit du logement »<sup>703</sup>.

Les rapports constituent un objet d'étude doublement hétérogène, ils sont les reflets de la juridiction elle-même, compte tenu de la fonction consultative importante du conseil d'État. Cette hétérogénéité est un facteur d'évolution intéressant notamment en ce qui concerne : le passage de la confidentialité à la publicité, les relations du rapport avec d'autres publications de la juridiction, la présentation formelle du document, la personnalité de ses rédacteurs ou sa procédure d'élaboration.

Les rapports publics annuels du Conseil d'État révèlent des enjeux communs. Ils restent d'abord des objets mal identifiés : leur contenu n'est pas aisé à qualifier juridiquement et leur étude mériterait une démarche interdisciplinaire mêlant droit, sociologie et analyse rhétorique. Une étude croisée permet néanmoins de mieux cerner ce qu'est un rapport public et quelles fonctions il remplit. Ces documents constituent un révélateur du discours des juridictions sur le droit ou sur l'État, de la conception qu'elles se font de leur rôle et de la manière dont elles s'expriment. Si le rapport public du Conseil d'État a fait l'objet d'un colloque en 2009<sup>704</sup>, l'analyse conjointe de ces

---

<sup>702</sup> : L'année 2003 a été marquée par la mise en œuvre de la réforme du contentieux des pensions militaires d'invalidité, pour le traitement duquel des efforts couronnés d'efficacité ont été accomplis.

Pour ce qui concerne les référés, cette troisième année d'application de la réforme montre que l'on est parvenu à un point d'équilibre : avocats et administrations se sont désormais familiarisés avec cette procédure, même si l'on constate encore le dépôt d'un certain nombre des requêtes non justifiées voire abusives. Le juge des référés du Conseil d'État a été saisi de 386 requêtes ; il y a statué dans un délai moyen de 12 jours.

Les considérations générales sur la laïcité ont été rédigées par Edwige

BELLIARD, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours de Laurence HERRY, Yohann BÉNARD, Édouard CRÉPEY et Julie BURGUBURU, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 5 février 2004.

Mlles Clémentine BRUGUIÈRES et Cécile HOARAU, M. Arnaud ROHMER, étudiants en stage au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport.

<sup>703</sup> : Dossier thématique du rapport public du conseil d'État, 10 juin 2009.

<sup>704</sup> : Pascal Mbongo, Olivier Renaudie, « Le Rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel », Editions Cujas, Paris, 2010, p.185.

publications confirme le sentiment de Jacques Caillosse<sup>705</sup> qu'il y a là « un angle mort de la recherche académique »<sup>706</sup>. Le contenu des rapports publics du conseil d'État a pu susciter un regain d'intérêt en faisant face récemment à un enjeu contentieux. Depuis l'arrêt *Labor Métal*<sup>707</sup>, l'on sait en effet que les rapports publics sont placés sous haute surveillance contentieuse. La mention d'une affaire dans un rapport puis le jugement de celle-ci pouvant heurter le principe d'impartialité, la rédaction des rapports du Conseil d'État intègre aujourd'hui ce risque contentieux de la dualité fonctionnelle. D'un point de vue théorique, les rapports publics soulèvent bien entendu des interrogations sur le rôle du juge dans la cité. Leur contenu peut prêter à discussion à l'extérieur comme à l'intérieur<sup>708</sup> de cette juridiction et illustre de manière particulière le débat sur le "gouvernement des juges" et la séparation des pouvoirs.

Les rapports publics soulèvent également un enjeu d'ordre pédagogique. Le Conseil d'État, qui ne manque pas de critiquer le défaut de lisibilité de la loi, sait-il rendre leurs propos clairs et accessibles ? Ces rapports lui permettent sans doute de faire la leçon aux autorités publiques, aux juridictions du fond, à la doctrine, mais quels enseignements en tire-t-on ? Plus généralement, il s'agit ici de déterminer dans quelle mesure les rapports publics annuels de cette juridiction constituent des outils pédagogiques au service du droit. Dans cette perspective, ils méritent un examen à partir d'une proposition commune : l'art du rapport consiste à mêler passages obligés, thèmes choisis et qualités

---

<sup>705</sup> : Jacques Caillosse, « Le discours de la réforme administrative » in P. MBONGO, O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 129.

<sup>706</sup> : Ce constat est sans doute valable autant pour le Conseil d'État que pour d'autres juridictions tels le Tribunal des conflits et la Cour de Justice de l'Union européenne qui sont également dotés d'un rapport annuel.

<sup>707</sup> : CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal*, Rec. p. 83, concl. A. SEBAN, *RFDA* 2000, p. 435, concl. A. SEBAN ; *AJDA* 2000, p. 464, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RDP* 2000, p. 323, note X. PRETOT ; *RA*, 2001, p. 30, note A. HAUDRY ; CE, Ass., 4 juillet 2003, *Dubreuil*, Rec. p. 313, concl. M. GUYOMAR ; *RFDA* 2003, p. 713, concl. M. GUYOMAR ; *AJDA* 2003, p. 1596, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *RDP*, 2004, p. 369, comm. C. GUETTIER. Quant aux rapports du Conseil d'État 2008 et 2009, ils comportent, en tête des développements sur l'activité consultative, l'avertissement suivant : « **Les avis rendus par le Conseil d'État dans le cadre de sa fonction consultative le sont sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes. Ils ne préjugent pas les solutions qui pourraient être retenues par le juge administratif. Les textes qui suivent se bornent à les reproduire ou à en retracer le contenu** », p. 51.

<sup>708</sup> : Jean Marc Belorgey, « La conception intellectuelle du rapport » in P. MBONGO, O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 45.

formelles<sup>709</sup>. La dimension pédagogique des rapports publics peut donc être évaluée à travers les figures imposées, les figures libres et les figures de style qu'ils comportent<sup>710</sup>.

### **A. Les figures imposées de la dimension pédagogique des rapports publics :**

Trois figures imposées apparaissent à la lecture des rapports : ceux-ci visent à informer, expliquer et proposer.

#### **1- Informer :**

Le rapport public annuel est d'abord un rapport d'activité. Il livre donc les informations relatives à l'activité de la juridiction durant l'année précédente. Chaque rapport contient à ce titre des statistiques présentées dans de nombreux tableaux et graphiques. Ces données peuvent sembler anodines ; les choix qu'elles supposent offrent néanmoins un reflet de la juridiction. Le Conseil d'État livre dans ses rapports les statistiques intéressantes, l'ensemble des juridictions administratives (de compétence générale et spécialisées)<sup>711</sup>. Le rapport du Conseil d'État présente non seulement son activité contentieuse mais aussi celle de ses formations administratives, qui ne serait pas connue sans ce document.

En tant que rapport d'activité, le rapport public est aussi un outil de communication institutionnelle. En livrant des informations sur son activité, une juridiction vise à être davantage connue et reconnue, à renforcer sa légitimité. L'apparition d'un rapport annuel du Tribunal des Conflits en témoigne. Comme l'indique M.-F. Mazars, vice-président du Tribunal des conflits, en introduction au premier rapport de cette juridiction pour 2005, celui-

---

<sup>709</sup> : Marie Odile de Beze, « Premier ministre, Comment faire un rapport ? », *La Revue Administrative*, n° 348 (novembre 2005), 58<sup>ème</sup> année, PUF, Paris, p. 597 s.

<sup>710</sup> : L'expression "figure libre", utilisée lors d'un entretien par F. TIBERGHEN à propos des *Considérations générales* du rapport du Conseil d'État, est citée in L. MARCUS, « La publicité extérieure du Rapport » in MBONGO, O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 58.

<sup>711</sup> : De plus, le premier volume des rapports 2008 et 2009 comporte un éditorial du Vice-président du Conseil d'État qui présente les réformes de la juridiction administrative et insiste sur les objectifs des juridictions administratives en termes de délai de jugement et de gestion du stock.

ci est destiné à « faire connaître plus largement le fonctionnement et la jurisprudence du Tribunal des conflits et à rendre compte de son activité ». Elle précise par ailleurs que cette juridiction, n'étant pas dotée d'un budget propre, ne peut disposer d'un site internet autonome et regrette que « le Tribunal des conflits, juridiction indépendante, ne soit pas doté de moyens matériels lui permettant de prendre en charge ses frais de fonctionnement »<sup>712</sup>. Aussitôt né, le rapport remplit une fonction de communication ; à long terme, il est sans aucun doute un instrument de bilan et de mémoire de l'institution. Même du point de vue pédagogique, le rapport ne se limite pas à une fonction informative, il présente aussi une dimension explicative.

## **2- Expliquer :**

Cette fonction explicative tient une place majeure dans les rapports du Conseil d'État, où non seulement les décisions les plus importantes sont expliquées dans la sélection annuelle mais la jurisprudence est aussi mise en valeur dans les études ou considérations générales thématiques.

En effet depuis quelques années la juridiction consacre un développement à l'étude d'un thème, tandis qu'elle utilise sa jurisprudence sans la mettre explicitement en valeur dans l'intitulé de l'étude, cependant la jurisprudence du Conseil d'État est mise en valeur dans la sélection d'arrêts et dans les considérations générales.

Le rapport public annuel n'a pas le monopole de la fonction explicative. Il subit au contraire une concurrence sérieuse : sites internet, bulletins d'information, fiches, colloques, conférences de presse<sup>713</sup>, rencontres avec des universitaires et discours sont autant de moyens pédagogiques.

De parution annuelle, le rapport public intervient de plus tardivement, bien après que d'autres sources d'information ont permis de présenter et d'éclaircir la jurisprudence. Si la fonction explicative des rapports est indéniable, il n'est pas sûr en revanche qu'elle suffise à justifier leur pérennité face à d'autres publications présentant une quasi-immédiateté ou une fréquence plus

---

<sup>712</sup> : Marie France Mazars, « Avant-propos » in TRIBUNAL DES CONFLITS, *Rapport 2005*, Paris, Ministère de la justice, 2006, p. 5.

<sup>713</sup> : Par exemple, le Conseil d'État a organisé une conférence de presse pour présenter les évolutions jurisprudentielles en matière pénitentiaire : v. A. SALLES, « Pour le Conseil d'État, la loi doit garantir les droits des prisonniers », *Le Monde*, 18 décembre 2008.

avantageuse. Elle côtoie la fonction de proposition qui caractérise également les rapports.

### **3- Proposer :**

Les dispositions qui régissent les rapports du Conseil d'État font référence aux propositions, améliorations ou observations qu'elles formulent. Le Code de justice administrative précise que la Section du rapport et des études « prépare le rapport d'activité que le Conseil d'État établit chaque année. Il mentionne les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif sur lesquelles le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement ; il peut contenir des propositions nouvelles et signale en outre, s'il y a lieu, les difficultés rencontrées dans l'exécution des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux et des juridictions administratives ».

La fonction de proposition est donc l'objectif initial des rapports. Le Conseil d'État suggère des améliorations du fonctionnement de l'administration et de la qualité du travail gouvernemental et fait des propositions de fond. Ces suggestions sont dispersées tout au long du rapport, parmi les remarques des formations administratives ou dans les considérations générales<sup>714</sup>.

## **B. Les figures libres de la dimension pédagogique des rapports publics :**

Les figures libres résultent des considérations générales, études et insertions développées dans les rapports. Elles méritent que l'on s'attarde sur les sujets choisis, la méthode d'analyse retenue et leur portée.

### **1- Le choix des sujets :**

Le Conseil d'État réalise ces figures libres en exploitant un thème unique. Quant au choix du sujet, la juridiction évite les questions polémiques. Ce choix est l'objet de bien des précautions au Conseil d'État, conduisant à favoriser

---

<sup>714</sup> : Dans le rapport 2009, v. par exemple les préconisations relatives aux procédures consultatives (volume 1, p. 56) et celles présentées en conclusion des considérations sur le droit du logement (volume 2, p. 323 s.).

l'actualité mais pas les sujets brûlants<sup>715</sup>. Se considérant comme un conseiller et non comme un contre-pouvoir, le Conseil d'État adopte chaque année un sujet sur lequel il s'estime légitime à s'exprimer, pouvant par son actualité intéresser un public assez large et qui « ne soit pas trop au cœur de l'agenda gouvernemental pour ne pas courir le risque de gêner le gouvernement, d'entrer en conflit avec lui, ou d'avoir l'air de lui tenir l'étole »<sup>716</sup>. Ces premières réserves sont bien le signe d'une autolimitation que l'on peut regretter. Par ailleurs, le Conseil d'État privilégie certains thèmes, notamment la fabrication de la loi, la sécurité juridique ou l'Europe. Les Considérations générales offrent tantôt des analyses organiques, tantôt des thématiques relatives au Droit en général et célèbrent parfois l'anniversaire d'un texte<sup>717</sup>.

## **2- La méthode d'analyse retenue :**

Le conseil d'État a une approche liée aux besoins de l'action publique. Il développe une analyse juridique, à partir notamment de sa jurisprudence, mais utilise également d'autres champs de connaissance : ceux de la science administrative<sup>718</sup>, de la sociologie ou de l'économie. Ainsi, dans les considérations sur le droit au logement, le Conseil d'État rassemble des données à la fois économiques, historiques et juridiques.

La méthode adoptée est évidemment en fonction des destinataires des rapports publics. Certains éléments explicatifs du rapport sont clairement destinés aux juridictions du fond dans une perspective de régulation des ordres juridictionnels administratif et judiciaire. D'autres s'adressent aux autorités publiques, législateur et organe exécutif, mais également sans doute à un public plus large : citoyens dans leur ensemble, décideurs publics, praticiens du droit, universitaires peuvent être les lecteurs attendus de ces documents<sup>719</sup>. Les

---

<sup>715</sup> : Ainsi, en 2009, les *Considérations générales* sont consacrées au thème "droit au logement, droit du logement" en raison notamment de l'actualité contentieuse, celle de l'ouverture des recours en matière de droit au logement opposable. Le Vice-Président du Conseil d'État souligne l'utilité pour les juridictions d'une analyse claire sur les faits et le droit relatifs au logement (p. 7).

<sup>716</sup> : Jean Marc Belorgey, « La conception intellectuelle du rapport » in P. MBONGO, O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 43.

<sup>717</sup> : V. respectivement les considérations générales sur "les autorités administratives indépendantes" (2001), "sécurité juridique et complexité du droit" (2006) ou encore "un siècle de laïcité" (2004).

<sup>718</sup> : Jacques Caillosse, « Le discours de la réforme administrative » in P. MBONGO, O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 123.



destinataires des rapports publics ne sont donc pas seulement les autorités désignées par les textes les régissant. Pour autant, la question de l'identification du public d'un rapport n'est « jamais vraiment élucidée »<sup>720</sup>. Reste également en suspens la question de la portée réelle de ces rapports.

### 3- La portée des sujets :

La fonction de proposition des rapports publics conduit à se demander s'il s'agit de rapports pédagogiques ou... purement platoniques. Or, le suivi des propositions n'existe pas au Conseil d'État, en raison de cette absence de suivi des effets de ses rapports publics, la portée des travaux du Conseil d'État est très difficile à évaluer. Alors qu'il est le conseiller du gouvernement, son rapport semble davantage apporter des remarques d'ordre général que des préconisations précises sur des réformes particulières. L'influence du Conseil d'État, si elle est profonde, est également diffuse et donc plus difficile à cerner. Contrairement aux *Études* du Conseil d'État dont l'objet est ciblé et dont l'utilité peut être précisément analysée, les considérations générales du rapport public annuel « cherchent avant tout à agir sur les cadres de pensée des décideurs »<sup>721</sup>.

La prise en compte des rapports publics est sans doute tributaire de l'écho qu'ils reçoivent dans les médias<sup>722</sup>. L'attention de la presse est attirée lors de la remise du rapport, or, la publicité du rapport est relativement discrète pour le Conseil d'État, qui développe cependant des efforts de communication.

Cependant, la faible publicité donnée aux rapports n'est pas uniquement liée à la stratégie de la juridiction : le contenu des travaux est moins attractif pour les médias, peu enclins à diffuser un discours complexe s'il n'est pas ouvertement critique ou s'il n'intéresse pas directement les deniers publics.

---

<sup>719</sup> : Ainsi, le rapport du Conseil d'État 2009 vise en quatrième de couverture « les élus locaux, professionnels du logement, praticiens du droit au logement et fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales compétents en matière d'urbanisme et de logement ».

<sup>720</sup> : Jean Marc Belorgey, « La conception intellectuelle du rapport » in P. MBONGO, O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 43.

<sup>721</sup> : J. CHEVALLIER, « Synthèse » in P. MBONGO, O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 176.

<sup>722</sup> : Le rapport du Conseil d'État n'a pas toujours été public. Créé par l'article 3 du décret du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État, il n'est publié de manière intégrale qu'en 1989 au numéro 40 de la revue *Études et documents* (v. O. RENAUDIE « Dits, non-dits et clairs obscurs de la création du Rapport » in P. MBONGO, O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 15 s.).

Un autre aspect de la portée des rapports consiste à envisager leur éventuel caractère doctrinal. Dans les considérations générales, le rapport du Conseil d'État offre une « doctrine de la bonne administration »<sup>723</sup>.

Certains rapports du Conseil d'État constituent en outre des « grands rapports », du fait tant de leur qualité intrinsèque que de leur reprise abondante par la doctrine universitaire. Le succès des rapports du Conseil d'État se mesure moins à leur portée pratique qu'à leur place centrale dans les débats de droit administratif. Citées, considérées comme des documents de référence, les considérations générales sont abondamment exploitées par la doctrine qu'elles semblent concurrencer.

Les rapports publics risquent-ils (à l'instar des communiqués de presse ou des chroniques des membres des juridictions) de favoriser une pensée unique en matière jurisprudentielle ? Une chose est sûre : la doctrine universitaire n'a plus – l'a-t-elle jamais eu ? – le monopole de l'interprétation jurisprudentielle, de plus en plus précisée par les juridictions elles-mêmes<sup>724</sup>. Du moins, certains universitaires sont-ils invités à s'exprimer sur les thèmes étudiés dans le cadre du rapport du Conseil d'État.

Figures imposées et figures libres permettent d'observer divergences et convergences des rapports quant au fond. Mais l'étude des qualités pédagogiques de ces publications ne peut faire l'économie d'une analyse de style relevant de la forme.

### **C. Figures de style :**

Du point de vue pédagogique, les rapports essuient collectivement une critique : celle de leur longueur. L'épaisseur des rapports s'est globalement accrue avec le temps<sup>725</sup>. Au-delà de ce constat quantitatif, les qualités formelles des rapports peuvent être appréciées à travers leur lisibilité et leur ton.

---

<sup>723</sup> : Jacques Caillosse, « Le discours de la réforme administrative » in P. MBONGO, O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 136. V. aussi Olivier Henry, « La fonction de proposition du Conseil d'État », Thèse, Université Montpellier I, 2000, p. 164 s.

<sup>724</sup> : Pierre Delvolvé, « Le Conseil d'État vu par la doctrine » in « Le Conseil d'État et la doctrine. Célébration du deuxième centenaire du Conseil d'État », *La Revue Administrative*, 1997 (50<sup>ème</sup> année), n° spécial, PUF, p. 52.

<sup>725</sup> : Le rapport du Conseil d'État est présenté en deux volumes depuis l'édition 2008.

## 1- Lisibilité :

Des efforts sont manifestement faits pour être lu. Ces efforts sont perceptibles au niveau rédactionnel, avec l'usage d'un style clair et synthétique, et dans la mise en forme progressivement améliorée des rapports.

Cependant, le rapport du Conseil d'État semble implicitement démontrer l'unité de l'institution dans ses différentes fonctions. Il apparaît que le rapport parvient à affirmer l'identité institutionnelle du Conseil d'État. Le rapport a en revanche une caractéristique négative : il n'est pas un document de vulgarisation. Contrairement à certaines présentations sur les sites internet ou les plaquettes de communication de la juridiction, les rapports publics ont une lisibilité encore très relative. Ils doivent être médiatisés pour atteindre un public plus large que celui des juristes<sup>726</sup>. La médiatisation variable des rapports n'est d'ailleurs pas sans lien avec le ton utilisé.

## 2- Ton :

Si aucune juridictions n'échappe à l'autoglorification et à l'autopromotion<sup>727</sup>, le rapport du Conseil d'État adopte un style neutre, modéré, presque ennuyeux<sup>728</sup>, pour mener une analyse objective. Cependant, cette neutralité mérite d'être nuancée car le Conseil d'État sait aussi dramatiser le propos, en particulier sur le thème de l'insécurité juridique, en utilisant style imagé et bons mots. Les formules telles que la « logorrhée législative », « quand la loi bavarde, le citoyen lui porte une oreille distraite » ou les « régiments entiers de cavaliers législatifs »<sup>729</sup> sont autant de véritables figures de style.

---

<sup>726</sup> : À la question "Comment faire un rapport ?", Marie Odile de Beze répond notamment qu'un rapport administratif doit être lisible pour les profanes et "compréhensible pour un garçon de 15 ans", ce qui constitue un repère discuté. Marie Odile de Beze, *op. cit.*, p. 600.

<sup>727</sup> : Jaques Chevallier, « Synthèse » in P. Mbongo, O. Renaudie, *op. cit.*, p. 177.

<sup>728</sup> : Selon Jean Marc Belorgey, « Le Conseil d'État s'exprime comme le Conseil d'État, c'est-à-dire dans un style qui n'est pas celui des militants d'une cause, ni des journalistes, ni même de la doctrine, pas trop « pétillant » donc, ni ennuyeux non plus, mais tout de même assez et le rapport doit contenir des conseils au gouvernement qui sans être péremptoirs doivent être précis ». J.M. Belorgey, « La conception intellectuelle du rapport » in P. Mbongo, O. Renaudie, *op. cit.*, p. 44. V. également le témoignage de Raymond Janot qui avait participé à la rédaction du premier Rapport dont la première version avait « un style alerte, volontiers paradoxal et quelque peu pétillant » et qui relève qu'a été demandé aux rédacteurs que « les développements comportent des passages suffisamment austères et même légèrement ennuyeux pour que l'ensemble puisse être regardé comme une œuvre administrative décente ». Raymond Janot, « Le rapport annuel du Conseil d'État a-t-il un sens ? », *EDCE*, 1982-1983, p. 132.

<sup>729</sup> : Vautrot-Schwartz, « Le discours légistique » in P. Mbongo, O. Renaudie, *op. cit.*, p. 77 s.

On considèrera donc que les rapports publics constituent des outils pédagogiques résultant d'un exercice informatif, de clarification de la jurisprudence et de formulation de recommandations. Ces dernières en particulier sont au service du droit et plus précisément de la sécurité juridique ou de la réforme de l'État. Destinés aux décideurs publics et aux juridictions du fond, leurs développements profitent également à la doctrine universitaire et sans doute aux praticiens du droit. Il n'est pas sûr en revanche qu'ils soient accessibles aux citoyens non juristes, surtout s'ils ne sont pas relayés par les médias. Quant aux enseignements qui en sont tirés, les rapports publics ont une portée pratique variable<sup>730</sup>.

---

<sup>730</sup> : Hafida Belrhali-Bernard, Op.cit., p.291.



## *Titre II\_ Le conseil d'État juge suprême de l'ordre administratif (Le contrôle à posteriori)*

La formule selon laquelle le Conseil d'État est la Cour suprême de l'ordre administratif ne se trouve dans aucun texte officiel. Des auteurs l'ont qualifié de « Cour administrative suprême<sup>731</sup>. En législation, pour la première fois, l'article L. 111-1 du code de justice administrative adopté par l'ordonnance du 4 mai 2000<sup>732</sup> dispose : « le Conseil d'État est la juridiction administrative suprême ».

Auparavant, aucun des grands textes qui l'ont institué, organisé ou réorganisé ne comportait pareille expression. Son texte fondateur à l'époque moderne, la Constitution de l'an VIII, le chargeait « de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »<sup>733</sup>, sans évoquer ni un statut juridictionnel ni *a fortiori* une place prééminente dans l'ordre juridictionnel. La grande loi du 24 mai 1872<sup>734</sup>, qui, réorganisant le Conseil d'État, lui délègue définitivement la justice en matière administrative, dispose dans son article 9 : « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ». C'est plus l'affirmation d'un pouvoir « suprême » à l'égard de l'administration que d'une place suprême dans la justice administrative : du moins les deux paraissent liés, puisque la « souveraineté » du Conseil d'État dans des recours en matière contentieuse administrative implique que, si des recours peuvent d'abord faire l'objet d'instances devant d'autres organes, ils doivent pouvoir ensuite être portés en dernier lieu devant le Conseil d'État. Lorsque de nouveau celui-ci a été réorganisé par l'ordonnance du 31 juillet 1945<sup>735</sup>, l'article 32 énumère les trois aspects de son rôle contentieux : il « est le juge de droit commun en matière

---

<sup>731</sup> : Par exemple, Marcel Waline dans son commentaire de l'arrêt *Sudre*, rendu par le Conseil d'État le 3 avril 1936, Dalloz, 1936, 3.57.

<sup>732</sup> : Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie Législative du code de justice administrative, JORF n°0107 du 7 mai 2000, p.6904.

<sup>733</sup> : Article 52 de la Constitution du 22 frimaire de l'an VIII qui dispose : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. »

<sup>734</sup> : LOI du 24 mai 1872 portant réorganisation du conseil d'État, JORF du 31 mai 1872, p.3625.

<sup>735</sup> : Ordonnance n°45-1708, op. cit.

administrative ; il est juge d'appel des décisions rendues par les juridictions administratives de premier ressort ; il connaît des recours en cassation dirigés contre les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort ». La diversité de ses titres de compétence contentieuse fait apparaître à la fois l'universalité et la suprématie de son rôle, mais l'expression « juridiction administrative suprême » n'était pas employée.

Les fonctions de conseil du gouvernement du Conseil d'État – dans la préparation des projets de lois, d'ordonnances, de décrets, dans la réponse aux questions qui lui sont posées par les ministres –, moins perceptibles à l'extérieur que les fonctions contentieuses, sont sans doute aussi importantes que celles de juridiction contentieuse. Même distingué de son rôle contentieux, son rôle purement administratif ne peut en être dissocié. Certes la séparation des fonctions, qui conduit à une séparation organique renforcée sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>736</sup> – arrêt *Procola* du 28 septembre 1995 –, ne permet pas dans une affaire de mélanger les genres. Mais la conception d'ensemble du système, organiquement et fonctionnellement, fait du Conseil d'État l'institution suprême de l'administration française, on peut même dire de l'ordre administratif si l'on entend celui-ci comme ne se limitant pas à l'ordre juridictionnel.

### **A. Le Conseil d'État n'est pas une cour suprême :**

La notion de cour suprême n'est pas aisée à déterminer<sup>737</sup>. Les qualifications textuelles peuvent être trompeuses, par leur exagération – en qualifiant de suprême une juridiction qui n'en a pas tous les attributs, ou par leur insuffisance, ne définissant pas une juridiction comme suprême. Le plus célèbre exemple où il y ait correspondance exacte entre la qualification et la notion est celui des États-Unis, dont la Constitution, dans son article III, section 1, d'une part, confie « le pouvoir judiciaire des “États-Unis” à une cour suprême et (aux) cours inférieures », d'autre part, étend « le pouvoir judiciaire... à tous les cas de droit et d'équité ressortissant à la présente Constitution, aux lois des États-Unis, aux traités déjà conclus, ou qui viendraient à l'être sous leur autorité... ».

Ainsi sont institués à la fois un ordre juridictionnel unique, à la tête duquel se trouve la Cour suprême, et une compétence générale pour connaître tous les aspects de l'ordre juridique que les juridictions ont pour mission d'appliquer. Il

---

<sup>736</sup> : CEDH, 28 septembre 1995, *Association Procola c. Luxembourg*, affaire numéro 14570/89.

<sup>737</sup> : André Tunc, « *Les Juridictions suprêmes, du procès à la règle* », *Revue internationale de droit comparé*, 1978, n° 1, Publications de l'université Jean-Monnet de Saint-Étienne, 1991, p. 5 à 83, et p. 433 à 471.

a certes fallu le coup de pouce de l'arrêt *Marbury c / Madison*<sup>738</sup> pour qu'en 1803 la Cour suprême des États-Unis se reconnaisse le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Mais, avec ce pas décisif, la Cour suprême peut contrôler toutes les juridictions et assurer le respect de tout l'ordre juridique.

Ainsi sont mis à l'évidence les deux aspects qui caractérisent une cour suprême.

Ces aspects ne se retrouvent pas dans d'autres juridictions, alors même que les textes les appellent « suprêmes ». Elles ne le sont pas dès lors qu'elles n'ont pas compétence à l'égard de toutes les juridictions et à l'égard de tout l'ordre juridique.

Tel est bien le cas du Conseil d'État en France, aussi bien que dans d'autres pays : il n'y a pas de juridiction couvrant toutes les autres et tout l'ordre juridique.

Il existe non pas deux – comme on le dit souvent – mais trois ordres de juridiction : l'ordre administratif (constitué par les juridictions administratives), l'ordre judiciaire (avec les juridictions judiciaires) et l'ordre constitutionnel, avec le seul Conseil constitutionnel. À la tête de chaque ordre juridictionnel, il existe une juridiction supérieure qui contrôle les autres – le Conseil d'État pour l'ordre administratif, la Cour de cassation pour l'ordre judiciaire ; pour l'ordre constitutionnel, le Conseil constitutionnel n'a pas à contrôler d'autres juridictions puisqu'il est la seule institution de cet ordre.

S'agissant de l'ordre juridique, le Conseil d'État peut connaître tous les litiges d'ordre administratif ; s'il rencontre à cette occasion des questions de droit privé, certaines d'entre elles échappent à sa compétence et doivent être renvoyées à l'ordre judiciaire. La Cour de cassation statue sur les litiges de droit privé et si elle peut, en matière pénale, apprécier la légalité des actes administratifs qui servent de fondement à la poursuite ou à la défense et, dans tous les cas, interpréter les règlements administratifs dont l'application commande la solution d'un litige, pour le surplus elle ne peut connaître des actes administratifs ni, plus généralement, des opérations des corps administratifs.

---

<sup>738</sup> : L'arrêt 5 U.S. 137 de la Cour suprême des États-Unis, rendu le 24 février 1803.

C'est à bien des égards le plus important des arrêts rendus par la cour, non pour l'importance de l'affaire jugée, qui est mineure, mais pour les principes qu'il établit. La cour affirme la capacité, pour les tribunaux et en particulier pour elle-même, de juger de la conformité des lois à la constitution et d'écarter, en ne les appliquant pas, celles qui y contreviendraient. Ce principe donne à la cour son pouvoir le plus important, et fait d'elle la première cour constitutionnelle de l'histoire.



Ainsi, aucune juridiction n'a la qualité, pleine et entière, de Cour suprême. Tel est le cas du Conseil d'État ; s'il est une cour suprême, ce n'est que partiellement, à l'intérieur de l'ordre administratif ; mais, à l'intérieur de celui-ci, il n'est pas seulement juridiction suprême.

## **B. Le Conseil d'État n'est pas seulement la juridiction suprême de l'ordre juridictionnel administratif :**

Cette affirmation peut déjà être formulée au regard des fonctions non contentieuses que le Conseil d'État exerce dans ses formations administratives. Elle peut l'être aussi en considérant exclusivement ses fonctions contentieuses. S'il est exact, selon la formule déjà citée de l'article L. 111-1 du code de justice administrative, qu'il est « la juridiction administrative suprême », cette qualification ne rend pas totalement compte de sa place et de son rôle dans l'ordre juridictionnel administratif.

Avant la création des tribunaux administratifs par le décret du 30 septembre 1953<sup>739</sup>, il n'était pas nécessaire de préciser que le Conseil d'État était la juridiction administrative « suprême ». Il était « la » juridiction administrative tout court, comme juge de droit commun du contentieux administratif. Cependant, il existait des juridictions administratives spécialisées, dont certaines, comme les conseils de préfecture, pouvaient avoir des attributions non négligeables, et dont d'autres étaient étroitement cantonnées à des litiges très particuliers ; à leur égard, le caractère « suprême » du Conseil d'État apparaissait dans son rôle soit de juge d'appel, soit de juge de cassation. Ce caractère suprême était souligné lorsque, le législateur ayant exclu tout recours contre les décisions d'une juridiction administrative particulière, le Conseil d'État a considéré qu'« en l'absence d'une volonté clairement manifestée », une telle disposition ne pouvait « être interprétée [...] comme excluant le recours en cassation » devant lui<sup>740</sup>. C'était souligner que toute juridiction administrative est soumise à son contrôle, comme trois ans plus tard, que toute décision administrative l'est aussi par la voie du recours pour excès de pouvoir<sup>741</sup> : cela

---

<sup>739</sup> : Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif, JORF du 1er octobre 1953, p.8593

<sup>740</sup> : CE, 07 février 1947, requête n°79128, « Arrêt d'Aillières », Publié au recueil Lebon.  
Résumé : « Le Jury d'honneur créé par l'ordonnance du 21 avril 1944 a le caractère d'une juridiction administrative. Lorsqu'une juridiction se saisit d'office du cas d'un particulier, elle ne peut statuer valablement sans aviser l'intéressé de la procédure suivie à son égard et sans le mettre ainsi en mesure de présenter ses observations. L'expression dont a usé le législateur en prévoyant que les décisions du Jury d'honneur ne sont "susceptibles d'aucun recours", ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté plus clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'État. »

<sup>741</sup> : CE, 17 février 1950, requête n°86949, « Arrêt Dame Lamotte », Publié au recueil Lebon.

confirme qu'il est l'institution suprême de contrôle aussi bien des autorités que des juridictions administratives.

Depuis la création des tribunaux administratifs en 1953, et des cours administratives d'appel par la loi du 31 décembre 1987<sup>742</sup>, les premiers, juges de droit commun du contentieux administratif, les secondes, juges d'appel de droit commun des jugements rendus par eux, l'ordre juridictionnel administratif a paru prendre une organisation pyramidale analogue à celle de l'ordre juridictionnel judiciaire, avec trois étages, au plus élevé duquel se trouve le Conseil d'État, dans un rôle de cassation révélateur de sa qualité de juridiction suprême ; sa place et son rôle en font bien le juge administratif suprême.

Mais, pour ne pas être complètement fautive, cette analyse ne rend pas compte de toute la réalité : le Conseil d'État n'est pas seulement au sommet de l'ordre juridictionnel administratif mais au centre de celui-ci, avec des attributions plus larges que celles de la Cour de cassation dans l'ordre juridictionnel judiciaire car, si elle est le seul juge de cassation judiciaire, elle n'est principalement que cela. Or, à l'inverse, si le Conseil d'État est le seul juge administratif de cassation, il n'est pas seulement juge de cassation.

Sa position « suprême » se révèle au-delà de son rôle de cassation par ses « pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif », selon une formule apparue pour la première fois dans un arrêt du 10 novembre 1999<sup>743</sup>. Elle explique deux attributions qui résultent les unes des textes, les autres de sa propre jurisprudence.

---

Résumé : 01-06-01 Une décision prise par un préfet pour faire délibérément obstacle à une décision du Conseil d'État statuant au contentieux est entachée de détournement de pouvoir.

Si cette disposition a pour effet, tant que sa nullité n'aura pas été constatée conformément à l'ordonnance du 9 août 1944, de supprimer le recours qui avait été ouvert au propriétaire par l'article 29 de la loi du 19 février 1942 devant le Conseil de préfecture pour lui permettre de contester, notamment, la régularité de la concession, elle n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité. L'arrêté par lequel un Conseil de préfecture a annulé un arrêté de concession doit être annulé, mais il y a lieu pour le Conseil d'État de statuer comme juge de l'excès de pouvoir sur la demande en annulation formée par l'intéressé.

Application de cette règle en matière de concession de terres incultes ou abandonnées [loi du 23 mai 1943, article 4, alinéa 2]. »

<sup>742</sup> : Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, JORF du 1 janvier 1988, p.7.

<sup>743</sup> : CE, 10 novembre 1999, requête n°208119, Société coopérative agricole du Briennon, Publié au recueil Lebon. Résumé : « Saisi en application de l'article R. 82 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le président de la section du contentieux du Conseil d'État a attribué le jugement d'un litige au tribunal administratif de Dijon. En application des dispositions de l'article R. 84 de ce code, dès lors qu'il appartenait à la juridiction administrative de connaître de l'affaire et que ce tribunal avait été déclaré compétent par le président de la section du contentieux du Conseil d'État, ce tribunal ne pouvait décliner sa compétence et la cour administrative

Plus fondamentalement, la loi du 31 décembre 1987 a permis, en même temps qu'a été développée la décentralisation du contentieux administratif et réalisée sa décomposition en deux niveaux par la création des cours administratives d'appel, de faire régler assez vite par le Conseil d'État des difficultés, sans attendre que la procédure normale lui permette de le faire en cassation. Un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel peut lui poser une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges<sup>744</sup>. C'est bien parce qu'il est la juridiction administrative suprême, qu'il peut trancher une difficulté nouvelle par une solution qui permettra aux juridictions du fond de régler les litiges en toute certitude avec la réponse à la question posée : ce n'est pas seulement celle qui a posé la question qui est éclairée, mais toutes les autres pour les affaires où elle se pose. Si le Conseil d'État ne rend pas dans cette hypothèse un arrêt investi de l'autorité de la chose jugée, mais seulement un « avis » ; c'est un « avis contentieux » rendu non pas par ses formations administratives mais par ses formations contentieuses. Et c'est parce qu'il est rendu par celles-ci qu'il a l'autorité particulière, sinon de la chose jugée, du moins de la jurisprudence.

---

d'appel dans le ressort duquel ce tribunal se situe annuler ce jugement comme rendu par une juridiction territorialement incompétente pour en connaître.

Saisi en application de l'article R. 82 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le président de la section du contentieux du Conseil d'État a attribué le jugement d'un litige à un tribunal administratif. Saisi en appel du jugement rendu par ce tribunal, la cour administrative d'appel dans le ressort duquel ce tribunal se situe a annulé ce jugement comme rendu par une juridiction territorialement incompétente pour en connaître et renvoyé l'affaire au président de la section du contentieux du Conseil d'État, en application de l'article R. 82 du code, pour qu'il règle la question de compétence. Dès lors que la juridiction administrative était compétente pour connaître de l'affaire et qu'il avait été désigné par le président de la section du contentieux du Conseil d'État pour statuer sur le litige, le tribunal administratif ainsi désigné ne pouvait, en application des dispositions de l'article R. 84 du code, décliner sa compétence et la cour administrative d'appel dans le ressort duquel ce tribunal se situe annuler ce jugement comme rendu par une juridiction territorialement incompétente pour en connaître. En raison de la contrariété entre ce qui vient d'être dit et l'arrêt de la cour administrative d'appel, il y a lieu pour le Conseil d'État statuant au contentieux sur le fondement de l'article R. 82 du code, en vertu des pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif dont il est investi, de déclarer cet arrêt nul et non avenu et de renvoyer l'affaire devant la cour administrative d'appel.

S'il y a lieu pour le Conseil d'État statuant au contentieux, en vertu des pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif dont il est investi, de déclarer nul et non avenu l'arrêt par lequel une cour administrative d'appel a annulé, comme rendu par une juridiction territorialement incompétente pour en connaître, le jugement d'un tribunal administratif qui avait été désigné par le président de la section du contentieux du Conseil d'État, en application de l'article R. 82 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, pour statuer sur le litige, et lui a renvoyé le dossier pour qu'il règle la question de compétence, il ne lui appartient pas d'évoquer l'affaire. »

<sup>744</sup> : Selon les dispositions de l'article L.113-1 du CJA : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai. »

L'expérience a été suffisamment concluante pour être étendue à l'ordre judiciaire par la loi du 15 mai 1991<sup>745</sup> aujourd'hui, article L. 441-1 et s. du nouveau code de l'organisation judiciaire : la Cour de cassation peut également être saisie par les juridictions du fond au sujet d'une question nouvelle présentant une difficulté sérieuse, afin d'avoir son « avis » ; son rôle se rapproche à cet égard de celui du Conseil d'État.

Sans se fonder sur un texte précis, de sa propre autorité et dès 1932<sup>746</sup>, le Conseil d'État avait puisé dans les « pouvoirs généraux dont il est investi » celui de procéder au « règlement de juges » pour lever les contradictions nées de décisions conduisant à des dénis de justice. Des contradictions portant sur les questions de compétence, le règlement de juges a été étendu aux contradictions portant sur le fond.

Du règlement de juges, le Conseil d'État est passé à celui de l'impossibilité pour un juge soumis à son contrôle de statuer sur une affaire : le juge doit lui transmettre l'affaire pour qu'il statue lui-même à sa place. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Dugoin*<sup>747</sup>, la Cour des comptes ne pouvant, en raison du

---

<sup>745</sup> : Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation, JORF n°115 du 18 mai 1991, p.6790.

<sup>746</sup> : CE, 15 janvier 1932, « arrêts *Rambaud* et *Reynes* », non publiés aux recueil Lebon.

<sup>747</sup> : CE, 17 octobre 2003, requête n°237290, Publié au recueil Lebon.

Résumé : « Le deuxième alinéa de l'article L. 111-1 du code des juridictions financières prévoit que la Cour des comptes statue sur les appels formés contre les jugements prononcés à titre définitif par les chambres régionales et territoriales des comptes. Il en résulte qu'elle ne peut s'abstenir de statuer sur un appel formé devant elle et priver ainsi les justiciables du droit qui leur est donné par la loi de faire appel des jugements des chambres régionales des comptes. Dans le cas où elle estime ne pas pouvoir se prononcer régulièrement sur un appel parce que les faits en cause ont été évoqués dans son rapport public, il lui appartient de transmettre l'affaire au Conseil d'État afin que celui-ci, dans le cadre de ses pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif, donne à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions d'appel qui avaient été présentées à la Cour. Dès lors, la Cour des comptes, lorsqu'elle estime qu'elle doit décliner sa compétence pour juger les appels dont elle a été saisie au motif que le principe d'impartialité fait obstacle à ce qu'elle se prononce sur des faits qu'elle avait auparavant évoqués et qualifiés dans un de ses rapports publics, entache son arrêt d'erreur de droit en s'abstenant de transmettre ces appels au Conseil d'État.

a) Le deuxième alinéa de l'article L. 111-1 du code des juridictions financières prévoit que la Cour des comptes statue sur les appels formés contre les jugements prononcés à titre définitif par les chambres régionales et territoriales des comptes. Il en résulte qu'elle ne peut s'abstenir de statuer sur un appel formé devant elle et priver ainsi les justiciables du droit qui leur est donné par la loi de faire appel des jugements des chambres régionales des comptes. Dans le cas où elle estime ne pas pouvoir se prononcer régulièrement sur un appel parce que les faits en cause ont été évoqués dans son rapport public, il lui appartient de transmettre l'affaire au Conseil d'État afin que celui-ci, dans le cadre de ses pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif, donne à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions d'appel qui avaient été présentées à la Cour. Dès lors, la Cour des comptes, lorsqu'elle estime qu'elle doit décliner sa compétence pour juger les appels dont elle a été saisie au motif que le principe d'impartialité fait obstacle à ce qu'elle se prononce sur des faits qu'elle avait auparavant évoqués et qualifiés dans un de ses rapports publics, entache son arrêt d'erreur de droit en s'abstenant de transmettre ces appels au Conseil d'État.

principe d'impartialité, examiner comme juge financier une affaire sur laquelle elle avait pris position dans son rapport public. Elle devait « la transmettre au Conseil d'État afin que celui-ci [...] donne à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions [...] qui avaient été présentées à la Cour » –, ce qu'il a effectivement fait en l'espèce, statuant ainsi exactement comme la Cour des comptes l'aurait fait. Le Conseil d'État a pu passer outre le fait que la Cour ne pouvait exercer cette compétence et a statué à sa place. S'il a pu le faire, c'est parce qu'il est la juridiction suprême de l'ordre juridictionnel administratif dont font partie les juridictions financières.

Ce faisant, il a statué comme juge du fond. Ce n'est pas la seule hypothèse. Il le fait dans bien d'autres cas, apparaissant alors moins comme juge suprême contrôlant les juridictions « inférieures » que comme juridiction statuant à leur place.

Déjà, lorsqu'il est saisi normalement comme juge de cassation des arrêts des cours administratives d'appel, il peut, après avoir cassé l'arrêt d'une cour, se transformer en juge du fond, ce que ne peut faire la Cour de cassation que « lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée »<sup>748</sup>. Il peut en effet « si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie »,

---

b) Eu égard à la nécessité de ne pas priver les personnes déclarées comptables de fait d'une voie de recours, prévue par l'article L. 111-1 du code des juridictions financières, à l'encontre de jugements rendus en premier ressort par les chambres régionales des comptes, le Conseil d'État, après avoir annulé l'arrêt rendu en appel d'un tel jugement par la Cour des comptes, peut décider de régler l'affaire au fond si les circonstances particulières de l'espèce le justifient, notamment lorsque la Cour a évoqué les faits en cause dans son rapport public dans des conditions qui font obstacle à ce qu'elle se prononce de façon impartiale.

Eu égard à la nécessité de ne pas priver les personnes déclarées comptables de fait d'une voie de recours, prévue par l'article L. 111-1 du code des juridictions financières, à l'encontre de jugements rendus en premier ressort par les chambres régionales des comptes, le Conseil d'État, après avoir annulé l'arrêt rendu en appel d'un tel jugement par la Cour des comptes, peut décider de régler l'affaire au fond si les circonstances particulières de l'espèce le justifient, notamment lorsque la Cour a évoqué les faits en cause dans son rapport public dans des conditions qui font obstacle à ce qu'elle se prononce de façon impartiale. »

<sup>748</sup> : Selon les dispositions de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire : « La Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond. Elle peut aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. En matière pénale, elle peut, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée.

En ces cas, elle se prononce sur la charge des dépens afférents aux instances civiles devant les juges du fond. L'arrêt emporte exécution forcée.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État ».

« régler l'affaire au fond »<sup>749</sup> et se transformer ainsi en juge d'appel, à la place de la cour administrative d'appel dont il a cassé l'arrêt. Bien plus, si l'on observe que la cour administrative d'appel avait elle-même pu annuler la décision initiale du tribunal administratif et, par la voie de l'évocation, examiner la requête comme l'aurait fait le tribunal administratif, le Conseil d'État, réglant l'affaire au fond après avoir lui-même cassé l'arrêt de la cour administrative, se comporte alors en droit comme un juge de premier ressort, mais aussi, parce qu'il est juge suprême, de dernier ressort.

La même observation peut être reprise lorsque certaines juridictions administratives<sup>750</sup> statuent en premier et dernier ressort, par des décisions qui, par conséquent, sont toujours susceptibles d'un recours en cassation : après cassation, le Conseil d'État peut statuer lui-même au fond comme juge de premier ressort.

Le rôle du Conseil d'État comme juge du fond peut s'exercer aussi sans l'intermédiaire du pourvoi en cassation : il peut alors directement statuer sur un litige. Le Conseil d'État est juge d'appel soit de jugements rendus en premier ressort par les tribunaux administratifs, au fond (contentieux des élections municipales et cantonales, contentieux de l'appréciation de validité et de l'interprétation des actes administratifs sur renvoi des juridictions judiciaires) ou en référé (référé liberté), soit de jugements rendus en premier ressort par des juridictions administratives spécialisées (qui, sauf rares exceptions, ne relèvent pas des cours administratives d'appel).

Il est aussi juge en premier et dernier ressort pour les litiges qui soit lui sont réservés en raison de leur importance, soit lui sont attribués faute de trouver un autre juge.

Dans le premier cas, on trouve notamment les recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décrets, les ordonnances, les actes réglementaires des ministres, le contentieux des élections régionales, au Parlement européen, et la contestation de décisions des autorités administratives indépendantes. Le

---

<sup>749</sup> : Selon les dispositions de l'article L.821-2 du CJA : « S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'État peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. »

<sup>750</sup> : Dans certains cas les tribunaux administratifs, notamment petits litiges : art. 222-13 et R. 811-1 CJA ; référé suspension : art. L. 521-1 ; référé précontractuel : L. 551-1 ; dans d'autres cas des juridictions administratives spécialisées.

second cas couvre des hypothèses où soit aucun tribunal administratif ne serait territorialement compétent – c’est le vide –, soit deux ou plusieurs le seraient – c’est le trop-plein.<sup>751</sup>

Ainsi le Conseil d’État peut exercer tous les titres de compétence d’une juridiction, étant soit juge de premier et dernier ressort, soit juge d’appel, soit juge de cassation.

---

<sup>751</sup> : Pierre Delvolvé, « Le Conseil d’État, cour suprême de l’ordre administratif », *Pouvoirs*, vol. 123, no. 4, 2007, pp.30-34.

## **Chapitre I : Le Conseil d'État Juge de fond**

Le Conseil d'État est le juge administratif suprême. Il exerce un magistère sur l'ensemble des juridictions administratives. En sa qualité de juge, le Conseil d'État rend des décisions qui s'imposent avec la force de chose jugée et qui ne sont susceptibles ni d'appel, ni de cassation.

Elles peuvent seulement faire l'objet d'un recours en rétractation jugé par le Conseil d'État lui-même,

La fonction du Conseil d'État a considérablement évolué. Il était jusqu'en 1953 le juge de droit commun du contentieux administratif.

Avec la réforme du 30 septembre 1953, les tribunaux administratifs sont devenus les juges de première instance des litiges administratifs. Leurs appels relevaient du Conseil d'État. En raison de l'encombrement du rôle du Conseil d'État, la loi du 31 décembre 1987 a créé les Cours administratives d'appel. La fonction essentielle du Conseil d'État est désormais celle de juge de cassation. Mais le Conseil d'État a conservé d'autres attributions en première instance ou en appel.



## **Section 01 : Compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort.**

### **A. Les chefs de compétence :**

Le Conseil d'État est resté, en vertu du décret du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif, juge de premier ressort dans les domaines où, selon les termes de l'article L. 311-1 du Code de justice administrative, « l'objet du litige ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice » justifient que cette compétence lui soit attribuée, ce qui est souvent présenté comme visant, d'une part, l'importance du litige et, d'autre part, la nécessité de trouver un juge et un seul pour chaque litige<sup>752</sup>

Les matières ainsi visées sont énumérées à l'article R. 311-1 du Code de justice administrative, qui reprend et complète la liste figurant précédemment à l'article 2 du décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et à l'article 2 du décret n° 53-1169 du 28 novembre 1953. Il s'agit :

- 1- Des recours dirigés contre les ordonnances du président de la République et les décrets ;
- 2- Des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale ;
- 3- Des litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics nommés par décret du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (3<sup>e</sup> alinéa) de la Constitution et des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État ;
- 4- Des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités suivantes, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation :
  - l'Agence française de lutte contre le dopage ;
  - l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ;
  - l'Autorité de la concurrence ;
  - l'Autorité des marchés financiers ;
  - l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;
  - l'Autorité de régulation des jeux en ligne ;

---

<sup>752</sup> : V., par ex., exposé des motifs du décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif ; René Chapus, « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, Précis Domat, 13<sup>ème</sup> éd, Paris 2008, n° 359.

- l'Autorité de régulation des transports ferroviaires ;
  - l'Autorité de sûreté nucléaire ;
  - la Commission de régulation de l'énergie ;
  - le Conseil supérieur de l'audiovisuel, sous réserve des dispositions de l'article R. 311-2 du CJA<sup>753</sup> ;
  - la Commission nationale de l'informatique et des libertés ;
  - la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ;
  - la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité ;
- 5- Des actions en responsabilité dirigées contre l'État pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative ;
- 6- Des recours en interprétation et des recours en appréciation de légalité des actes dont le contentieux relève en premier et dernier ressort du Conseil d'État ;
- 7- Des recours dirigés contre les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques ».

D'autres litiges relèvent de la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort pour des considérations diverses. Ces chefs de compétence,

---

<sup>753</sup> : Qui dispose : « La cour administrative d'appel de Paris est compétente pour connaître en premier et dernier ressort :

1° Des recours dirigés contre les arrêtés du ministre chargé du travail relatifs à la représentativité des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs, pris en application des articles L. 2122-11 et L. 2152-6 du code du travail ;

2° Des litiges relatifs aux décisions prises par le Conseil supérieur de l'audiovisuel en application des articles 28-1, 28-3 et 29 à 30-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, à l'exception de celles concernant les services de télévision à vocation nationale ;

3° Des recours dirigés contre les décisions du ministre chargé de la culture relatives à la délivrance ou au refus de délivrance du visa d'exploitation cinématographique aux œuvres ou documents cinématographiques ou audiovisuels destinés à une représentation cinématographique, prises en application de l'article L. 211-1 du code du cinéma et de l'image animée ;

4° Des recours dirigés contre les décisions de l'autorité polynésienne de la concurrence et de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie qui ne relèvent pas du juge judiciaire ;

5° À compter du 1er janvier 2019, des litiges, y compris pécuniaires, relatifs à l'ensemble des actes, autres que ceux prévus aux 1°, 2° et 6° de l'article R. 311-1, afférents :

- aux opérations d'urbanisme et d'aménagement, aux opérations foncières et immobilières, aux infrastructures et équipements ainsi qu'aux voiries dès lors qu'ils sont, même pour partie seulement, nécessaires à la préparation, à l'organisation ou au déroulement des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 ;

- aux documents de toute nature, notamment les documents d'urbanisme et d'aménagement, en tant qu'ils conditionnent la réalisation des opérations, infrastructures, équipements et voiries mentionnés à l'alinéa précédent ;

- aux constructions et opérations d'aménagement figurant sur la liste fixée par le décret prévu au dernier alinéa de l'article 12 de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024. »

qui résultaient précédemment de textes multiples, sont maintenant énumérés aux articles L. 311-2 à L. 311-5 du Code de justice administrative :

- article L. 311-2 : les oppositions aux changements de nom prononcées en vertu de l'article 61 du Code civil ;

- article L. 311-3 : les protestations dirigées contre diverses opérations électorales :

- 1- L'élection des représentants au Parlement européen, conformément à l'article 25 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen ;

- 2- Les élections aux conseils régionaux et à l'assemblée de Corse conformément aux articles L. 361 et L. 381 du Code électoral ;

- 3- Les élections au congrès et aux assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie, conformément à l'article 199 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, ainsi que l'élection des membres, du président et du vice-président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et les recours concernant la démission d'office des membres du gouvernement, du congrès et des assemblées de province de Nouvelle-Calédonie conformément aux articles 72, 110, 111, 112, 115, 116, 165, 195 et 197 de la même loi organique ;

- 4- Les élections à l'assemblée de la Polynésie française, conformément à l'article 116 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, ainsi que l'élection du président de la Polynésie française et les recours concernant la démission d'office des membres du gouvernement et des représentants à l'assemblée de la Polynésie française, conformément aux articles 82 et 117 de la même loi organique ;

- 5- Les élections à l'assemblée territoriale de Wallis-et-Futuna, conformément à l'article 13-12 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis-et-Futuna le statut de territoire d'outre-mer ;

- 6- Les élections au conseil territorial de Saint-Barthélemy, conformément à l'article LO 497 du Code électoral, ainsi que l'élection du président du conseil territorial et des membres du conseil exécutif et les recours concernant la démission d'office des membres du conseil territorial conformément à l'article LO 495 du même code ;

- 7- Les élections au conseil territorial de Saint-Martin, conformément à l'article LO 524 du même code, ainsi que l'élection du président du conseil territorial

et des membres du conseil exécutif et les recours concernant la démission d'office des membres du conseil territorial conformément à l'article LO 522 du même code ;

8- Les élections au conseil territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon, conformément à l'article LO 552 du même code, ainsi que l'élection du président du conseil territorial et des membres du conseil exécutif et les recours concernant la démission d'office des membres du conseil territorial conformément à l'article LO 550 du même code ;

9- Les élections des conseillers et délégués consulaires et des conseillers à l'Assemblée des Français de l'étranger ;

10- Les consultations organisées en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution » ;

- article L. 311-4 : les recours de pleine juridiction contre les sanctions prononcées par certains organismes collégiaux à compétence nationale (qui doivent être distingués des recours pour excès de pouvoir « dirigés contre les décisions administratives » de ces mêmes organismes et visés à l'article R. 311-1, 4°) ; en vertu :

1- Du IV de l'article L. 612-16 du Code monétaire et financier contre les décisions de sanction prises par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ;

2- Des articles L. 342-14 et L. 314-15 du Code de la construction et de l'habitation contre les décisions de sanction prises par le ministre chargé du Logement ou conjointement par les ministres chargés du Logement et des Collectivités d'outre-mer ;

3- Des articles L. 5-3 et L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques contre les décisions de sanction prises par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

4- De l'article L. 824-14 du Code de commerce ;

5- De l'article 42-8 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 contre les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel visées aux articles 42-1, 42-3 et 42-4 de cette loi ;

6- De l'article 71 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 contre les décisions de sanction prises par l'Autorité des marchés financiers à l'encontre des prestataires de service d'investissement agréés ;

7- De l'article L. 623-3 du Code monétaire et financier ;

- 8- Des articles L. 232-24 et L. 241-8 du Code du sport ;
  - 9- De l'article 40 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 contre les décisions de sanction prises par la Commission de régulation de l'énergie ;
  - 10- De l'article 17 de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports contre les décisions de sanction prises par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires » ;
- article L. 311-4-1 : les requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement mentionnées au titre V du livre VIII du Code de la sécurité intérieure et la mise en œuvre de l'article 41 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, pour certains traitements ou parties de traitements intéressant la sûreté de l'État ;
  - article L. 311-5 : les recours dirigés contre les décisions des tribunaux administratifs autorisant ou refusant d'autoriser un contribuable à exercer une action appartenant à la commune, au département ou à la région conformément à l'article L. 212-2 du CJA<sup>754</sup>.

Dans tous les cas où le Conseil d'État est juge de premier degré, il y a nécessairement dérogation au principe du double degré de juridiction, puisqu'il représente la juridiction administrative la plus élevée. Il connaît ainsi en premier et dernier ressort des affaires directement portées devant lui<sup>755</sup>.

Historiquement, l'arrêt Cadot<sup>756</sup> avait consacré la compétence de juge de droit commun du contentieux administratif du Conseil d'État, en tirant toutes ses

---

<sup>754</sup> : Article qui dispose : « Les tribunaux administratifs se prononcent sur l'exercice, par les contribuables, des actions appartenant à certaines collectivités territoriales et à leurs établissements publics, dans les conditions fixées par le code général des collectivités territoriales. »

<sup>755</sup> : En 2013, le Conseil d'État a été saisi de 1085 requêtes en 1<sup>er</sup> ressorts ; du fait du contentieux généré par le découpage cantonal (2626 saisines), le nombre de recours a été porté à 3694 en 2014. Il y en a eu 1235 en 2016 et 1237 en 2017.

<sup>756</sup> : CE, 13 Décembre 1889, Publié au recueil.

Analyse du CE : « Abandon de la théorie du ministre-juge :

**Les faits et le contexte juridique**

M. Cadot était directeur de la voirie et des eaux de la ville de Marseille, lorsque cet emploi fut supprimé. Il réclama à la ville de Marseille des dommages-intérêts et demanda au Conseil d'État d'annuler le refus qui lui fut opposé.

**Le sens et la portée de la décision**

Alors qu'aucun texte n'attribuait expressément au Conseil d'État la compétence pour connaître d'un tel recours, il se reconnut néanmoins compétent pour juger la requête de M. Cadot.

Plus généralement, par cette décision, le Conseil d'État a affirmé qu'il était compétent pour connaître de tout recours en annulation dirigé contre une décision administrative, sauf si un texte en dispose autrement de façon expresse.

conséquences de la loi du 24 mai 1872<sup>757</sup>. Cette situation, dans laquelle une seule juridiction était le juge de droit commun de l'ensemble du contentieux né du fonctionnement des services publics, a conduit à l'engorgement du Conseil d'État lorsque les recours se sont multipliés à la suite du développement des interventions de la puissance publique. Malgré le palliatif technique représenté par la ramification de la section du contentieux en sous-sections, le retard croissant pris par le jugement des affaires appelait une réforme profonde, souhaitée d'ailleurs par le Conseil d'État lui-même : il apparaissait opportun de faire des juridictions administratives les plus nombreuses - les Conseils de préfecture - les juges de droit commun. Cette réforme fondamentale a été réalisée par le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif, qui a fait des tribunaux administratifs - nouvelle dénomination des anciens Conseils de préfecture<sup>758</sup> - les juridictions administratives de droit commun, le Conseil d'État ne demeurant plus, en première instance, que juge d'attribution.

---

Cette décision marquait l'aboutissement d'un processus historique de renforcement constant de la juridiction administrative.

Les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III avaient prévu que les contestations dirigées contre les décisions administratives devaient être adressées au ministre compétent, à charge pour lui et ses services de se prononcer sur ces contestations. En vertu de cette théorie du « ministre-juge », les ministres disposaient donc de la compétence générale pour se prononcer sur les recours dirigés contre les décisions administratives et le Conseil d'État, créé par la Constitution de l'an VIII, n'était compétent pour connaître d'un recours en annulation que dans la mesure où un texte l'avait expressément prévu. Le Conseil d'État fut institué quelques années plus tard, par la Constitution de l'an VIII ; il se vit attribuer une compétence pour se prononcer, dans certains domaines, sur les recours en annulation formés par les requérants contre les décisions administratives. Cette compétence restait limitée mais son champ s'étendit progressivement tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle. Par ailleurs, jusqu'en 1870, le Conseil d'État fonctionnait selon le principe de la "justice retenue" : ses décisions n'étaient pas exécutoires tant qu'elles n'avaient pas été signées par le chef de l'État. La loi du 24 mai 1872 permit au Conseil d'État de passer de la justice retenue à la justice déléguée, c'est-à-dire que ses décisions devenaient exécutoires dès leur lecture, le chef de l'État, ni aucune autre personne extérieure à la juridiction, n'étant plus appelé à les signer.

La décision Cadot parachève cette évolution. Sans que cette décision ne précise sur quel raisonnement le Conseil d'État fondait sa compétence, il est clair qu'il eut le souci de garantir que toute décision administrative puisse être contestée devant un juge. À défaut d'un texte précisant quel est le juge compétent pour connaître d'un litige, il estima que la compétence lui revenait, les conseils de préfecture, ancêtres des actuels tribunaux administratifs, n'ayant alors qu'une compétence réduite. Cette décision est l'un des jalons majeurs du processus historique de renforcement de la juridiction administrative et le principe qu'elle pose, suivant lequel toute décision d'une autorité administrative doit pouvoir être contestée devant un juge, demeure au fondement du droit administratif. »

<sup>757</sup> : Loi portant réorganisation du conseil d'État, JORF du 31 mai 1872, p. 3625.

<sup>758</sup> : Cette réforme n'a pu éviter le retour de l'engorgement du Conseil d'État, la loi du 31 décembre 1987 créant les Cours d'appel administratives a visé à désencombrer le Conseil d'État dans une autre de ces fonctions, celle de juge d'appel.

## B. Le conseil d'État juge d'attribution :

Malgré la réforme de 1953, le Conseil d'État a conservé des titres de compétence étendus en premier ressort, soit en raison de l'importance attachée à certaines affaires, soit pour éviter des risques de contrariétés de décision, soit par la force des choses.<sup>759</sup>

Sans présenter l'ensemble de ces hypothèses de compétence de premier ressort, restreintes de façon significative notamment par le décret du 22 février 2010, on peut retenir ici les plus générales<sup>760</sup>:

- Recours pour excès de pouvoir formés contre les ordonnances et les décrets, réglementaires ou individuels; en revanche, le recours en indemnité (recours de pleine juridiction) fondé sur le préjudice causé au requérant par l'intervention d'un décret ne relève pas du Conseil d'État<sup>761</sup>;
- Recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale, et contre leurs circulaires et instructions de portée générale<sup>762</sup>;
- Depuis 2005, les actions en responsabilité dirigées contre l'État pour une durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative<sup>763</sup>;
- Litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la République en vertu de l'article 13, alinéa 3, de la

---

<sup>759</sup> : Serge Guinchard, André Varinard et Thierry Debard, « Institutions Juridictionnelles », 15<sup>ème</sup> éd, Précis, Dalloz, Paris, 2019, p. 862.

<sup>760</sup> : V. les articles : L. 311-2 et R. 311-1 du CJA.

<sup>761</sup> : Ainsi, la mise en cause d'un même texte réglementaire peut conduire à engager des recours relevant du Conseil d'État, si l'on en demande l'annulation, et des tribunaux administratifs si l'on demande l'indemnisation du préjudice causé par cette illégalité. V. par ex., les affaires dites du « prix du tabac », CE.ass, 28 février 1992, AJDA 1992. 210 et 329 (chronique de jurisprudence par Christine Mauge et Bernard Schwartz)

<sup>762</sup> : V. par ex., CE, 28 mars 2012, Confédération générale des petites et moyennes entreprises, requête n° 341067, à propos de Pôle emploi, autorité à compétence nationale, dont les actes réglementaires relèvent du Conseil d'État en premier et dernier ressort.

<sup>763</sup> : Selon l'article R311-1, 5° du CJA disposant : « Le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort :

.....

5° Des actions en responsabilité dirigées contre l'État pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative ;

..... »

Le demandeur déjà victime d'une procédure de durée excessive, n'est donc pas exposé aux risques d'allongement supplémentaires qui pourraient naître d'un appel et d'un recours en cassation ; V. par ex., CE, 30 janvier 2015, M A B contre l'État, requête n° 384413, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

Constitution et des articles 1 et 2 de l'ordonnance organique n° 58-1136 du 28 novembre 1958 ; c'est le cas, par exemple, des membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes, des magistrats judiciaires, des officiers généraux, des professeurs d'Université ; le décret du 22 février 2010 a restreint en la matière la compétence du Conseil d'État aux seuls litiges relatifs au recrutement et à la discipline des agents publics concernés ;

- Recours en annulation dirigés contre les décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale ; cette compétence a également été fortement restreinte par le décret du 22 février 2010, dans la mesure où l'article R. 311-1, alinéa 4, se réfère désormais à une liste limitative de 13 organismes ( CSA, CNIL, Autorités de la concurrence, des marchés financiers, de régulation des jeux en ligne...) et ne prévoit la compétence du Conseil d'État que pour les litiges relatifs aux décisions prises, hors les actes visés au 2<sup>ème</sup> tiret ci-dessus, par ces organismes au titre de leur mission de contrôle ou de régulation<sup>764</sup>;

---

<sup>764</sup> : L'article R311-2 du CJA, modifié en dernier lieu par le décret n°2019-1502 du 30 Décembre 2019, rend la cour administrative d'appel de Paris compétente en premier et dernier ressort pour connaître des recours dirigés contre certains actes des ministres du travail (représentativités des organisations syndicales) et de la culture (visa cinématographique) ainsi que du CSA et de l'autorité polynésienne de la concurrence.

L'article dispose : « La cour administrative d'appel de Paris est compétente pour connaître en premier et dernier ressort :

1° Des recours dirigés contre les arrêtés du ministre chargé du travail relatifs à la représentativité des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs, pris en application des articles L. 2122-11 et L. 2152-6 du code du travail ;

2° Des litiges relatifs aux décisions prises par le Conseil supérieur de l'audiovisuel en application des articles 28-1, 28-3 et 29 à 30-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, à l'exception de celles concernant les services de télévision à vocation nationale ;

3° Des recours dirigés contre les décisions du ministre chargé de la culture relatives à la délivrance ou au refus de délivrance du visa d'exploitation cinématographique aux œuvres ou documents cinématographiques ou audiovisuels destinés à une représentation cinématographique, prises en application de l'article L. 211-1 du code du cinéma et de l'image animée ;

4° Des recours dirigés contre les décisions de l'autorité polynésienne de la concurrence et de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie qui ne relèvent pas du juge judiciaire ;

5° À compter du 1er janvier 2019, des litiges, y compris pécuniaires, relatifs à l'ensemble des actes, autres que ceux prévus aux 1°, 2° et 6° de l'article R. 311-1, afférents :

- aux opérations d'urbanisme et d'aménagement, aux opérations foncières et immobilières, aux infrastructures et équipements ainsi qu'aux voiries dès lors qu'ils sont, même pour partie seulement, nécessaires à la préparation, à l'organisation ou au déroulement des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 ;

- aux documents de toute nature, notamment les documents d'urbanisme et d'aménagement, en tant qu'ils conditionnent la réalisation des opérations, infrastructures, équipements et voiries mentionnés à l'alinéa précédent ;

- aux constructions et opérations d'aménagement figurant sur la liste fixée par le décret prévu au dernier alinéa de l'article 12 de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024. »



- Recours en interprétation, ou en appréciation de légalité, relatifs aux actes dont le contentieux relève directement du Conseil d'État;
- Prorogation de juridiction en cas de connexité : si, à l'occasion d'une affaire relevant de la compétence du Conseil d'État, le requérant dépose des conclusions relatives à un acte connexe mais qui relèverait normalement de la compétence d'un tribunal administratif, le Conseil d'État est compétent pour connaître de l'ensemble des demandes. Par exemple, une candidate aux fonctions de chef-programmeur est écartée d'une liste d'aptitude et attaque ce refus d'inscription (compétence, normalement, d'un tribunal administratif) mais, simultanément, elle demande l'annulation de l'arrêté ministériel ayant fixé les modalités d'organisation de l'examen auquel elle s'était présentée : le Conseil d'État, compétent à ce dernier titre (la portée de l'arrêté excédant la compétence territoriale d'un seul tribunal administratif) s'est reconnu compétent pour statuer sur les deux demandes<sup>765</sup>
- Recours en matière électorale, notamment contre les élections aux conseils régionaux<sup>766</sup>;
- Recours contre l'élection des représentants français au Parlement européen ;
- Recours contre l'élection, notamment, du Congrès et des assemblées de Nouvelle Calédonie, de l'Assemblée de Polynésie Française, des conseils territoriaux de Saint-Martin, Saint-Barthélemy ou Saint-Pierre et Miquelon ou encore de l'Assemblée des Français de l'étranger;

---

<sup>765</sup> : CE, 12 mai 1976, Tanguy, requête n°97598, publié au recueil Lebon

Résumé du CE : « Aux termes de l'article 1er, alinéa 1er du décret susvisé du 28 avril 1971 relatif à la situation des fonctionnaires affectés au traitement de l'information, le contrôle de la qualification de ces fonctionnaires "est organisé sous la forme d'un examen professionnel, ministériel ou interministériel, dont le programme et la nature des épreuves sont fixés par arrêté du ministre chargé de la fonction publique et, le cas échéant, du ou des ministres intéressés". Si cette disposition n'a pas pour effet de limiter le pouvoir qu'a chacun des ministres intéressés, en tant que chef du département placé sous son autorité, de fixer lui-même la date des épreuves et les modalités d'organisation de l'examen, elle ne l'habilite ni à décider seul de la note moyenne que devront obtenir les candidats pour être inscrits sur la liste d'aptitude et qui doit être fixée d'un commun accord avec le ministre chargé de la fonction publique, ni à confier au jury le soin de fixer cette note. Par suite annulation de l'article 6 de l'arrêté du ministre des transports en date du 25 février 1974, d'après lequel la moyenne générale exigée des candidats sera fixée par le jury.

Connexité entre des conclusions tendant à l'annulation d'un arrêté ministériel fixant les modalités d'organisation d'un examen professionnel de chef programmeur et des conclusions tendant à l'annulation de la décision refusant d'inscrire l'intéressée sur la liste d'aptitude des personnels de la météorologie nationale aux fonctions de chef programmeur »

<sup>766</sup> : selon les dispositions de l'article L361 alinéa premier du code électoral : « Les élections au conseil régional peuvent être contestées dans les dix jours suivant la proclamation des résultats par tout candidat ou tout électeur de la région devant le Conseil d'État statuant au contentieux. »

- Recours contre les « lois du pays » votées par l'Assemblée de la Polynésie française; bien que de nature réglementaire, ces « lois du pays », prévues à l'article 140 de la loi organique 2004-192 du 27 février 2004, sont soumises à un « contrôle juridictionnel spécifique », pour tenir compte du statut de large autonomie conféré à la Polynésie (v. LO, art. 176 et 177). Les autres actes réglementaires continuent de relever du tribunal administratif de Papeete. On soulignera que les « lois du pays » de la Nouvelle-Calédonie ne relèvent pas de la juridiction administrative, mais du Conseil constitutionnel<sup>767</sup>. Le Conseil d'État est également compétent pour connaître des recours contre les délibérations des conseils départementaux et régionaux d'outre-mer ainsi que des conseils territoriaux précités;
- La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement établit la compétence du Conseil d'État pour connaître des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement<sup>768</sup>.

Le décret du 22 février 2010<sup>769</sup> a fait disparaître la compétence du Conseil d'État pour connaître des litiges nés hors d'une zone territoriale relevant des tribunaux administratifs<sup>770</sup>; ces litiges sont désormais attribués au TA de

---

<sup>767</sup> : Dans le cadre du contrôle exceptionnel après la promulgation des lois, les lois adoptées après 1958, et comportant des dispositions de nature réglementaire peuvent être modifiées par décret si le conseil constitutionnel saisi par le premier ministre a préalablement constaté la nature réglementaire des dispositions (procédure dite de déclasserement), conformément aux dispositions de l'article 37 alinéa 2 de la constitution du 4 octobre 1958 ; V. par ex. la décision du CC n° 2018-275 L du 11 octobre 2018 déclarant le caractère réglementaire d'une disposition de la loi du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage.

<sup>768</sup> : Selon les dispositions de l'article L. 841-1 alinéa premier du code de la sécurité intérieure : « Sous réserve des dispositions particulières prévues à l'article L. 854-9 du présent code, le Conseil d'État est compétent pour connaître, dans les conditions prévues au chapitre III bis du titre VII du livre VII du code de justice administrative, des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement mentionnées au titre V du présent livre ».

<sup>769</sup> : Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, JORF n°45 du 23 février 2010, p. 3325  
texte n° 15

<sup>770</sup> : Par exemple en haute mer, V., CE, 04 décembre 1970, Ministre d'État chargé de la défense nationale contre John A Z et "British commonwealth insurance company limited", requêtes n° 78558 et 78678, publié au recueil Lebon

**Résumé du CE** : « Dommage survenu à un yacht à la suite d'une collision avec une cible flottante de l'armée de l'air, mouillée au large de la côte française, à plus de trois milles marins au large de la laisse de basse mer. Le lieu du fait générateur du dommage se situait en dehors des limites du sol de la mer territoriale, telles qu'elles ont été déterminées par les dispositions de l'article 1er du décret du 17 juin 1966. Si l'ouvrage incriminé était fixé au sol du plateau continental, tel qu'il est défini par la convention sur le plateau continental du 29 avril 1958, il ressort clairement des stipulations de cette convention que les États riverains n'exercent sur le sol dudit plateau que des droits d'exploration et d'exploitation. Ainsi l'ouvrage dont s'agit se situait en dehors du territoire soumis à la

Nantes pour ceux relatifs aux refus de visa opposés par les autorités consulaires, et au TA de Paris pour les autres litiges, en application des articles R. 312-18 et 19 du Code de justice administrative.

Par ailleurs, pour les recours dirigés contre les actes administratifs unilatéraux, réglementaires ou individuels, dont le champ d'application excède le ressort territorial d'un seul tribunal administratif<sup>771</sup>, hors les actes visés ci-dessus au 2<sup>ème</sup> tiret, la compétence est désormais celle du tribunal dans le ressort duquel siège le premier des coauteurs du texte litigieux<sup>772</sup>.

Dans certains cas, le justiciable peut hésiter entre la compétence du Conseil d'État et celle d'une autre juridiction administrative (tribunal administratif, cour régionale des pensions, par ex.). En cas d'erreur, la juridiction se déclarait incompétente (d'ailleurs sans désigner celle qui, selon elle, était compétente) et, de longs mois parfois après son premier recours, le justiciable devait engager une nouvelle procédure devant un autre juge administratif. Sa seule sauvegarde était représentée par le principe, de jurisprudence constante, selon lequel un recours porté devant une juridiction incompétente conserve le délai normal du recours contentieux à introduire devant le juge compétent.

---

souveraineté de l'État français, et aucun tribunal administratif n'était compétent, ni en vertu des dispositions de l'article 16-2°, ni en vertu de celles de l'article 4 du décret du 28 novembre 1953. Par suite, compétence en premier ressort du Conseil d'État.

Collision en mer, entre un navire étranger et une cible flottante qui constituait un ouvrage public. Défaut d'entretien normal. Condamnation de l'État envers l'assureur étranger, subrogé en tant que tel aux droits de la victime.

Une cible flottante de l'armée de l'air située en mer et fixée au sol du plateau continental constitue un ouvrage public.

Collision en mer, entre un navire et l'ouvrage public constitué par une cible flottante et sa bouée de signalisation. Le navigateur a la qualité d'usager à l'égard de cet ouvrage, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre la cible et la bouée qui forment un ouvrage unique. »

<sup>771</sup> : V. par ex., (a contrario), CE, 23 février 2009, Sté Merck Génériques, requête n° 303744, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

**Résumé du CE** : « La décision par laquelle le directeur de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) communique, sur le fondement de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, les documents contenus dans un dossier de demande d'autorisation de mise sur le marché d'une spécialité pharmaceutique à une société qui demande l'annulation de cette autorisation, ne produit pas d'effets au-delà du ressort du tribunal administratif dans lequel l'AFSSAPS a son siège. Renvoi au tribunal administratif compétent en application de l'article R. 312-1 du code de justice administrative. »

<sup>772</sup> : Selon les dispositions de l'article R312-1 du CJA : « Lorsqu'il n'en est pas disposé autrement par les dispositions de la section 2 du présent chapitre ou par un texte spécial, le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui, soit en vertu de son pouvoir propre, soit par délégation, a pris la décision attaquée. Lorsque l'acte a été signé par plusieurs autorités, le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel a son siège la première des autorités dénommées dans cet acte. »

Depuis un décret du 22 février 1972<sup>773</sup>, un système d' "aiguillage" interne à la justice administrative a été mis en place, modernisé en 2002<sup>774</sup>.

---

<sup>773</sup> : Décret n° 72-143 (la solution retenue avait consisté à faire du Conseil d'État le pivot de la redistribution des dossiers, "mal aiguillés" vers la juridiction administrative compétente »).

<sup>774</sup> : Par le Décret n° 2002-547 du 19 avril 2002 modifiant certaines dispositions de la partie Réglementaire du code de justice administrative, JORF n°94 du 21 avril 2002, p. 7137, texte n° 27 (la réforme de 2002 a accéléré la redistribution des affaires en instituant la possibilité d'une liaison directe entre les juridictions concernées, sans passer par le Conseil d'État).

## **Section 02 : Le Conseil d'État en tant que Juge d'appel.**

La fonction de juge d'appel était la fonction principale du Conseil d'État avant la réforme opérée par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 et le transfert progressif, maintenant achevé, aux cours administratives d'appel des compétences qu'il détenait à ce titre. Sa compétence de juge d'appel n'est donc plus que résiduelle et marginale. Elle comprend :

- l'appel des jugements des tribunaux administratifs « rendus sur les recours sur renvoi de l'autorité judiciaire ainsi que sur les litiges relatifs aux élections municipales et cantonales », qui ne sont susceptibles que d'appel devant le Conseil d'État, et depuis la réforme de 2015 exclusivement sur les litiges relatifs aux élections municipales et cantonales selon les dispositions de l'article R. 321-1 du code de justice administrative<sup>775</sup>
- l'appel des ordonnances rendues, en matière de référés, sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ou « référé-liberté »<sup>776</sup>.

Le Conseil d'État se comporte également en juge d'appel quand, après avoir annulé un arrêt de cour administrative d'appel – ou d'une juridiction administrative spécialisée statuant en tant que juge d'appel –, il décide de régler l'affaire au fond « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice »<sup>777</sup>.

---

<sup>775</sup> : Article R321-1 du CJA, modifié par DÉCRET n°2015-233 du 27 février 2015 - art. 47 : « Le Conseil d'État est compétent pour statuer sur les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs rendus sur les litiges relatifs aux élections municipales et cantonales. »

<sup>776</sup> : Selon les dispositions de l'article R523-3 du CJA : « Les appels formés devant le président de la section du contentieux du Conseil d'État contre les ordonnances rendues par le juge des référés en application de l'article L. 521-2 sont dispensés de ministère d'avocat et sont soumis, en tant que de besoin, aux règles de procédure prévues au chapitre II. »

<sup>777</sup> : Comme le lui permet les dispositions de l'article L.821-2 du CJA : « S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'État peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. »

## A. Une Compétence désormais exceptionnelle:

Avant même la réforme de 1987, le Conseil d'État n'était pas le seul juge d'appel de l'ordre juridictionnel administratif. Mais la situation était très différente de ce qu'elle est aujourd'hui. Le Conseil d'État était le juge d'appel administratif de droit commun, au sens où, sauf pour quelques contentieux spécialisés, il était le seul juge d'appel - et notamment celui des litiges jugés par les tribunaux administratifs. La création des cours administratives d'appel a renouvelé la configuration de l'appel administratif <sup>778</sup>.

Cependant, celui-ci continue de se distinguer sensiblement du système d'appel de l'ordre judiciaire, car si l'on exclut ces contentieux spécialisés, le nombre des juridictions administratives d'appel (le Conseil d'État et les huit cours) est très inférieur à celui des cours d'appel judiciaires (une trentaine pour la métropole)<sup>779</sup>, d'autre part la distribution des affaires entre les juridictions d'appel repose sur des critères différents dans les deux ordres :

- dans l'ordre judiciaire, le critère est territorial ; la compétence matérielle des cours d'appel étant étendue, chacune est en principe compétente à l'égard des juridictions de première instance de son ressort géographique.

- dans l'ordre administratif, si la création de huit cours administratives d'appel entraîne une répartition territoriale comparable, il est à souligner que l'existence de plusieurs catégories de juges d'appel confère un rôle déterminant au critère tiré de la nature des affaires. Depuis l'intervention de la loi du 31 décembre 1987, celle-ci est prise en compte à deux égards:

Pour quelques contentieux particuliers: D'abord, selon l'article L 321-2, dans tous les cas où la loi n'en dispose par autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les juridictions administratives autres que les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs, mais cela ne concerne en réalité que quelques juridictions

---

<sup>778</sup> : Selon les dispositions des articles L321-1 et L322-1 du CJA, qui sont respectivement :

« Les cours administratives d'appel connaissent des jugements rendus en premier ressort par les tribunaux administratifs, sous réserve des compétences que l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduit à attribuer au Conseil d'État et de celles définies aux articles L. 552-1 et L. 552-2. »

« Dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives. »

<sup>779</sup> : Cependant, le nombre d'appels introduits reste très différents, environ dix fois inférieurs devant les juridictions administratives.

spécialisées, en effet subordonnées au Conseil d'État par la voie de l'appel<sup>780</sup>. Ensuite, dans d'autres matières, il existe une hiérarchie de juridictions représentée par des juridictions de premier degré réparties sur l'ensemble du territoire, avec une juridiction d'appel centrale compétente pour l'ensemble des appels relevant du type de contentieux considéré<sup>781</sup>. Ces contentieux spécialisés dotés d'une juridiction propre d'appel - d'ailleurs subordonnée au Conseil d'État par la voie de cassation - sont cependant peu nombreux. On peut citer<sup>782</sup>:

- Le contrôle juridictionnel des comptes des comptables locaux par les chambres régionales des comptes<sup>783</sup>. Celle-ci sont juges de premier ressort, et leurs jugements sont susceptibles d'appel devant la Cour des comptes.

- Le contentieux disciplinaire des enseignants publics. Les enseignants publics des trois ordres d'enseignement (primaire, secondaire, supérieur), relèvent, en matière disciplinaire, de juridictions composées de leurs pairs en vue de garantir leur indépendance professionnelle. Les sanctions qu'elles prononcent peuvent faire l'objet d'un appel devant le Conseil supérieur de l'Éducation ou le Conseil national de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

- Le contentieux disciplinaire des ordres professionnels. Un certain nombre de professions libérales ont été organisées en ordres, chargés de les représenter et d'en assurer la discipline. Outre les avocats, il s'agit par exemple, depuis la période corporatiste du régime de Vichy, des pharmaciens, des médecins,

---

<sup>780</sup> : On peut citer ici :

- Le conseil des prises : toutes les prises maritimes, c'est-à-dire les navires capturés en temps de guerre, doivent être soumises à une juridiction composée pour partie de membres du Conseil d'État : le Conseil des prises, qui en examine la validité. Ses décisions sont rendues à charge d'appel, et celui-ci est réglé dans des conditions qui en font la dernière survivance de la justice retenue : l'appel est porté devant une section administrative du Conseil d'État, qui se borne à préparer un projet de décret à signer par le président de la République, dont la décision a valeur d'acte juridictionnel. Pour des raisons évidentes, le Conseil des prises fait aujourd'hui figure de curiosité juridique.
- Les juridictions arbitrales : l'arbitrage est un mode exceptionnel de règlement des litiges impliquant une collectivité publique. Lorsqu'il est possible, la décision arbitrale relève en appel du Conseil d'État.

<sup>781</sup> : Par exemple : en matière de pensions militaires d'invalidité, il existe des cours régionales d'appels selon les dispositions de l'article L711-1 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

<sup>782</sup> : En laissant à part certaines hypothèses particulières ; par ex. en matière de recouvrement de l'impôt, il existe une procédure dite de référé fiscal devant un membre du tribunal administratif, dont les ordonnances sont susceptibles d'appel devant le président de la cour administrative d'appel selon les dispositions de l'article L.552-1 du CJA ; avant la loi du 13 décembre 2011, l'appel se faisait devant le tribunal administratif lui-même. Quoi qu'il en soit, le Conseil d'État ne peut être saisi que d'un recours en cassation.

<sup>783</sup> : V. le numéro spécial dédié au sujet, Revue française des finances publiques, numéro de février 2004, « Le contrôle externe des chambres régionales des comptes : actualités et perspectives ».

dentistes et sages-femmes, des experts-comptables, des architectes. Les conseils régionaux de ces ordres sont investis d'un pouvoir disciplinaire qu'ils exercent en tant que juridictions, dont les décisions sont susceptibles d'appel devant le Conseil supérieur de l'ordre considéré.

- En matière d'admission à l'aide sociale, les décisions des commissions départementales étaient susceptibles d'appel devant la commission centrale.

Mais la loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle<sup>784</sup> a supprimé ces instances au 1<sup>er</sup> janvier 2019, dans un but de simplification et pour tenir compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, pour qui leur composition excluait leur impartialité. Désormais, les recours contentieux contre les décisions du président de conseil départemental ou du préfet relèvent du droit commun sous réserve de l'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire<sup>785</sup>.

Pour la généralité du contentieux administratif, la loi du 31 décembre 1987 avait, pour des raisons pratiques, mis en place un système original partageant la compétence d'appel entre le Conseil d'État d'une part et les cours administratives d'appel d'autre part en fonction de l'objet ou de la nature de la requête de première instance, qui a subsisté jusqu'en 1995<sup>786</sup>.

Actuellement, la compétence d'appel du Conseil d'État est une compétence d'attribution, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1987 ayant attribué compétence aux cours administratives d'appel qu'elle créait pour statuer sur les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs, sauf quelques exceptions. Cette réforme n'avait d'ailleurs été mise en œuvre que par étapes, et elle n'est complètement entrée en vigueur qu'à partir du 1<sup>er</sup> octobre 1995<sup>787</sup>. Depuis cette date, les contentieux soumis aux tribunaux administratifs qui relèvent en appel du Conseil d'État - et non des cours administratives d'appel -

---

<sup>784</sup> : Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1 et Ordonnance n° 2018-358 du 16 mai 2018 relative au traitement juridictionnel du contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale, JORF n°0112 du 17 mai 2018, texte n° 6.

<sup>785</sup> : V. cependant le décret 2018-928 du 29 octobre 2018 relatif au contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale, qui attribue compétence au TA de paris dans certains cas.

<sup>786</sup> : V. M. Franc, « commentaires sur une réforme », AJDA 1988, n°79.

<sup>787</sup> : V. Décret n° 92-245 du 17 mars 1992 relatif aux compétences des cours administratives d'appel, JORF n°66 du 18 mars 1992 page 3852, dont l'article 3 dispose : « À compter du 1er octobre 1995, les cours administratives d'appel exerceront l'ensemble des compétences qui leur sont conférées par l'article 1er de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif. »



sont peu nombreux, réservés au Conseil dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice<sup>788</sup>; ce sont les litiges relatifs aux élections municipales et départementales<sup>789</sup>, et ceux relevant du juge des référés en matière de sauvegarde d'une liberté fondamentale<sup>790</sup>.

Le contentieux des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière, primitivement dévolu au Conseil d'État, relève de la compétence normale des cours administratives d'appel depuis 2005.

De même, en matière de questions préjudicielles posées par les juridictions judiciaires, le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 attribue compétence en premier et dernier ressort aux tribunaux administratifs; le Conseil d'État, qui pouvait jusqu'alors être saisi d'un appel, ne peut désormais plus l'être que d'un pourvoi en cassation<sup>791</sup>.

---

<sup>788</sup> : Selon les dispositions de l'article L.321-1 du CJA.

<sup>789</sup> : La raison de ce particularisme est le gain de temps obtenu en faisant l'économie d'un appel devant une cour administrative d'appel, dont l'arrêt pourrait faire ensuite l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État.

<sup>790</sup> : Articles L.521-2 et L.523-1 du CJA. Dans sa décision n° 2017-624 du QPC du 17 mars 2017, le Conseil constitutionnel a invalidé une disposition de la loi du 16 décembre 2016 prorogeant l'État d'urgence, qui subordonnait à une autorisation du juge des référés du Conseil d'État la prolongation au-delà d'un an d'une assignation à résidence, au motif que cette décision pouvait à son tour être contestée devant le Conseil d'État, le cas échéant saisi en appel au titre du référé-liberté, ce qui violait le droit au recours juridictionnel effectif tiré de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>791</sup> : articles R.811-1 et R771-2-2 du CJA.

## B. Les avantages de l'appel :

Un des grands principes régissant l'instance d'appel est celui de l'effet dévolutif de l'appel. Ce dernier habilite le juge d'appel à rejuger un litige qui avait été soumis aux juges de première instance, en examinant toutes les questions de droit et de fait qui font l'objet de la controverse judiciaire<sup>792</sup>. Il en résulte que la juridiction d'appel a entièrement connaissance du litige et qu'elle dispose de larges pouvoirs pour instruire l'affaire, afin de rendre la solution qu'il convient d'adopter.<sup>793</sup>

Certes l'effet dévolutif connaît deux limites majeures, qui sont exprimées par les deux adages suivants: «*Tantum devolutum quantum judicatum*<sup>794</sup> » et «*Tantum devolutum quantum appellatum*<sup>795</sup> ». La première règle tend à limiter l'appel aux questions qui ont été tranchées par les premiers juges, la seconde restreint la saisine des juges d'appel aux questions qui ont été frappées d'appel par les parties au procès. Mais malgré ces limites, une juridiction suprême a tout intérêt, si elle veut contrôler le plus étroitement possible l'activité des organismes juridictionnels qui lui sont subordonnés, à statuer en tant que juge d'appel.

En effet, le grand avantage de l'appel est de permettre aux juges suprêmes de réexaminer toutes les appréciations qui furent émises par les juridictions inférieures. Ces dernières sont scrupuleusement contrôlées et vérifiées, en cas de contestation, par l'instance suprême. La mainmise du juge suprême sur l'évolution de la jurisprudence est alors quasiment totale.

La logique du pourvoi en cassation est toute autre, car ce recours contrairement à l'appel n'a pas d'effet dévolutif. Il permet au juge de cassation de ne

---

<sup>792</sup> : ce principe est particulièrement bien défini par l'article 561 du nouveau code de procédure civile qui dispose : « L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel. Il est statué à nouveau en fait et en droit dans les conditions ... »

<sup>793</sup> : Le conseil d'État tire sa compétence de juridiction d'appel des dispositions de l'article L321-2 du CJA : « Dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives. »

<sup>794</sup> : « Il n'est dévolu qu'autant il a été jugé », sur ce point, V., René Chapus, « Droit du contentieux administratif », Op.cit., n°1362.

<sup>795</sup> : « Il n'est dévolu qu'autant qu'il a été appelé », sur cette question, V., René Chapus, op.cit. n° 1362.

réexaminer que certains aspects des décisions qui lui sont déférées. En bref il n'examine que partiellement les affaires qui lui sont soumises<sup>796</sup>.

Par l'exercice d'un contrôle restreint, comment un juge de cassation peut-il remplir de manière performante son rôle de juridiction suprême ?

En décidant de ne réexaminer que certains aspects d'un litige, le contrôle de cassation ne porte pas sur certaines questions. Dès lors, les points exclus du périmètre du contrôle du juge de cassation peuvent très bien faire l'objet d'appréciations divergentes de la part des juridictions du fond.

L'absence de contrôle pourrait déboucher sur un traitement différent des justiciables en fonction de la juridiction appelée à statuer en dernier ressort. Dans ces conditions, il y aurait à un certain degré un risque de rupture de l'égalité entre justiciables, mais aussi une possibilité de divergences dans l'application des normes juridiques.

Cependant la solution qui consisterait pour la juridiction de cassation à rejuger un maximum de questions lors de l'examen des décisions qui lui sont déférées, présenterait le désavantage d'accroître la charge de travail des formations de jugement et irait à l'encontre de l'objectif de la réforme de 1987, qui était encore une fois de désencombrer le prétoire du Conseil d'État.

Lorsque la juridiction suprême statue par voie d'appel, ce qui pendant longtemps était le cas du Conseil d'État, elle remplit ces deux fonctions de manière optimale. Le principe d'égalité est préservé car chaque justiciable peut saisir le juge suprême qui vérifiera si les juridictions subordonnées ont régulièrement jugé le dossier. L'unité d'interprétation de la loi est également assurée car le juge d'appel, statuant en dernière instance, garantira une application uniforme des règles de droit.

Le contrôle effectué par le Conseil d'État sur les décisions de juges inférieurs est parfait lorsque ce dernier statue en tant que juge d'appel. Dans ce cas, la Haute assemblée est à même de réformer tous les aspects d'un jugement d'une juridiction inférieure, dès lors que ce dernier a été régulièrement attaqué. Étant devenu juge de cassation dans de nombreux domaines, le Conseil d'État a dû, depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 1987, se résoudre à contrôler

---

<sup>796</sup> : Même si l'on adhère à l'idée que le juge de cassation est un juge du droit (quel que soit le sens que l'on donne à cette expression), il convient d'admettre que ce dernier ne procède qu'à un examen limité des affaires qui lui sont soumises. C'est pour cette raison que l'on peut dire qu'il ne juge que partiellement, et non totalement, un litige.

l'activité de plusieurs juridictions subordonnées à travers une procédure ne permettant qu'un réexamen partiel (sinon imparfait) des affaires déferées.

### **C. L'appel sur cassation :**

Dans le cadre de l'article L 821-2 du Code de justice administrative<sup>797</sup>, la Haute assemblée peut, après avoir prononcé l'annulation d'une décision rendue en dernier ressort, statuer sur le fond d'une affaire. Le juge suprême casse un arrêt qui lui est déféré pour un motif déterminé, puis estime qu'il y a lieu de statuer sur le fond, eu égard aux circonstances de l'espèce. Ensuite, il examine les différentes questions qu'il importe de trancher, même si elles sont indépendantes et sans aucun rapport avec les motifs qui l'ont conduit à annuler la décision définitive dont il était saisi.

L'analyse de la jurisprudence révèle que deux cas de figure sont possibles :  
Ou bien le Conseil d'État annule un arrêt parce qu'il est irrégulier en la forme, puis il règle les questions constituant le fond du litige. C'est le cas, par exemple, si l'arrêt ne mentionne pas qu'il a été rendu au cours d'une audience publique<sup>798</sup> ou est entaché d'une insuffisance de motivation<sup>799</sup>, puis les conseillers d'État

---

<sup>797</sup> : Article qui dispose : « S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'État peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'État statue définitivement sur cette affaire. »

<sup>798</sup> : CE, 29 juillet 1994, Département de l'Indre contre la commission centrale d'aide sociale, requête n° 111251, conclusion du commissaire du gouvernement : J-C Bonichot, publié au recueil Lebon.

**Résumé** : « Lorsque la commission centrale d'aide sociale statue sur l'action exercée par un département sur le fondement de l'article 146 du code de la famille et de l'aide sociale en vue de récupérer sur la succession d'un allocataire décédé l'allocation compensatrice en faveur des handicapés qui lui avait été versée, elle tranche une contestation relative à des droits et obligations de caractère civil au sens des stipulations de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans un tel cas, la commission doit siéger en séance publique. En l'espèce, faute d'avoir respecté cette formalité, la commission a statué selon une procédure irrégulière. »

<sup>799</sup> : CE, 10 avril 1991, M et Mme Giot, requête n°107683, Publié au recueil Lebon.

**Résumé** : « En premier lieu, la découverte en 1983 par les contribuables de l'erreur qui aurait été commise par leur comptable en ce qui concerne le montant de la taxe sur la valeur ajoutée versée par eux au titre de la période correspondant à l'année 1975 ne saurait être regardée comme constituant la réalisation d'un événement de nature à faire courir à leur profit un nouveau délai de réclamation au sens des dispositions de l'article R.196-1 du livre des procédures fiscales. En second lieu, les contribuables n'ont fait l'objet d'aucune procédure de reprise ou de redressement à raison de la taxe sur la valeur ajoutée due par eux au titre de la période correspondant à l'année 1975 ; dès lors, la seule circonstance que la taxe qu'ils estiment avoir indûment payée pour cette période ait été versée par eux en 1976, année entrant dans la période au titre de laquelle un rappel de taxe sur la valeur ajoutée a été mis à leur charge par l'administration, ne les autorisait pas à invoquer à leur profit le délai spécial de réclamation

abordent le fond de l'affaire, c'est-à-dire apprécient la pertinence des requêtes des parties comme le ferait un juge d'appel.

Ou bien le juge suprême annule une décision car elle est entachée d'une illégalité interne, puis réglant le dossier, il examine les autres aspects du litige. Si une décision attaquée est nulle en raison d'une erreur de droit, le Conseil d'État pourra se saisir du litige et appliquer la norme juridique pertinente<sup>800</sup>.

Dans toutes ces hypothèses, la décision d'annulation débouche sur un nouvel examen du fond de l'affaire, au cours duquel les conseillers d'État tranchent des problèmes qui n'ont aucun lien avec les motifs ayant justifié l'annulation. Ils se comportent sans équivoque comme des juges d'appel, et c'est en ce sens qu'il y a un appel sur cassation : l'instance de cassation débouche sur une instance d'appel. On constate donc que le juge suprême procède à une forme d'évocation du litige : dans un premier temps, un arrêt est annulé, dans un second temps, il statue sur le dossier comme juge d'appel<sup>801</sup>.

Ni la Cour de Cassation, ni le Conseil d'État antérieurement à la réforme de 1987<sup>802</sup> n'avaient eu autant de pouvoirs pour trancher le fond d'une affaire au cours d'une instance de cassation. Mais cette faculté rappelle une prérogative dont disposait le Conseil d'État, sous l'Ancien régime. Ce dernier en effet pouvait évoquer une affaire au fond, après avoir prononcé la cassation d'une décision rendue en dernier ressort<sup>803</sup>. Ce mécanisme avait été écarté du droit

---

prévu par les dispositions de l'article R.196-3 du livre des procédures fiscales.

19-02-045-01-02-01 A l'appui de leur requête présentée devant la cour administrative d'appel, les contribuables ont fait valoir que ce n'est qu'au mois de mars 1983 qu'ils ont eu la connaissance certaine d'avoir versé un excédent de taxe sur la valeur ajoutée au titre de la période correspondant à l'année 1975 et que, par suite, le délai pour présenter une réclamation à ce sujet n'expirait que le 31 décembre de la deuxième année suivant l'année 1983, par application des dispositions de l'article R.196-1 du livre des procédures fiscales. En ne répondant pas à ce moyen la cour administrative d'appel a entaché sa décision d'une insuffisance de motivation (annulation de l'arrêt attaqué). »

<sup>800</sup> : CE, 09 avril 1993, M et Mme B contre l'État, requête n° **138663**, Inédit au recueil Lebon.

<sup>801</sup> : Maël Mandin, « Le recours en cassation devant le Conseil d'État », Thèse de doctorat en Droit public, Université de Metz : Faculté de droit économie et administration, 2004, p.465.

<sup>802</sup> : La loi du 30 mai 1972 relative aux contentieux des dommages de guerre, qui a supprimé les commissions régionales de dommages de guerre avait prévu, à titre transitoire, que si un pourvoi pendant devant le Conseil d'État, donnait lieu à une décision de cassation, les conseillers d'État régleraient l'affaire au fond.

<sup>803</sup> : Ce pouvoir était contesté à l'époque : « Les cours supérieures se plaignent souvent que le Conseil des parties ne s'en tient pas à son seul rôle d'inspecteur de la régularité de la sentence incriminée, mais en retient aussi la connaissance du fond après l'avoir évoqué », V., M Boulet-Sautel, « La cassation sous l'ancien régime. », in « Le tribunal et la Cour de Cassation 1790-1990. Volume jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p.22.

français par les révolutionnaires. Les députés de la Constituante avaient décidé que « l'organe de cassation ne devait pas connaître du fond des affaires, ni régler des litiges entre des particuliers<sup>804</sup> ». Cette procédure est réapparue en droit positif presque deux siècles après avoir été supprimée.

L'article L 821-2 du CJA comprend deux alinéas. Le premier autorise le Conseil d'État à régler l'affaire au fond, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Le second dispose qu'en cas de deuxième pourvoi dans la même affaire, les conseillers d'État statuent définitivement sur celle-ci. Ces innovations introduites par le législateur en 1987 consacrent, dans le premier cas, un appel sur cassation discrétionnaire et dans le second, un appel sur cassation de plein droit. La différence entre ces deux régimes et les conséquences qu'elles impliquent justifient qu'ils soient examinés séparément.

### **1- L'appel sur cassation discrétionnaire:**

En vertu du premier alinéa de l'article L 821-2 du Code de justice administrative, la Haute assemblée peut, après avoir prononcé l'annulation d'une décision rendue en dernier ressort, régler l'affaire au fond, si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. Ces dispositions ont été interprétées par le Conseil d'État, comme l'autorisant à procéder à une forme d'évocation du litige, après cassation. Cela a profondément transformé la théorie de la cassation administrative. Les magistrats du Palais-Royal sont plus ou moins consciemment arrivés à dépasser la théorie classique de la cassation et à transgresser l'interdiction faite au juge de cassation de connaître du fond des litiges. Le plus surprenant est que la portée de cette transgression n'a jamais été réellement discutée, sinon abordée, en doctrine. Elle a été perçue comme découlant normalement des dispositions nouvelles introduites par le législateur de 1987. L'exégèse des textes conduit cependant à s'étonner devant pareille approche.

La doctrine majoritaire semble ignorer l'évolution jurisprudentielle qui a abouti à consacrer, ce que l'on peut appeler une post-cassation administrative. Par ailleurs, l'analyse du droit jurisprudentiel conduit à s'interroger sur les limites de l'évocation.

---

<sup>804</sup> : Jean-Louis Halperin, « Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », in « Le tribunal et la Cour de Cassation 1790-1990. Volume jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p.29.

### **a) Une post-cassation administrative :**

La liberté de statuer au fond est plus qu'une modification importante de la théorie de la cassation administrative, elle incarne ce que l'on peut nommer la post-cassation. En effet, on assiste à un dépassement de la cassation. Celui-ci se traduit d'abord par le fait que le règlement au fond est une phase du procès qui suit la cassation. Elle est postérieure à la cassation. Ensuite, une mutation s'opère et on assiste à autre chose qu'une instance de cassation, c'est-à-dire à une véritable instance d'appel.

On constatera donc l'utilisation de la technique de l'appel qui est faite par le juge suprême, puis on examinera quels types de contentieux sont susceptibles de faire l'objet d'un appel.

### **- L'utilisation de la technique de l'appel :**

La théorie classique de la cassation administrative s'est développée en prenant pour modèle le recours pour excès de pouvoir. Après la réforme de 1987, on sait que les conseillers d'État ont souvent comparé certaines de leurs solutions avec celles qui sont retenues, sur des questions similaires, par la Cour de Cassation, comme l'attestent de nombreuses conclusions de commissaire du gouvernement.

Mais la théorie moderne de la cassation administrative s'éloigne considérablement de ce que peut être le recours pour excès de pouvoir et elle ne se confond pas non plus avec la cassation judiciaire. La faculté de statuer sur le fond illustre ce point. En effet, dans ce domaine, le Conseil d'État s'est inspiré des solutions admises dans le cadre du recours en appel. Sur ce point, l'appel est devenu le modèle retenu par le juge de cassation. Cela a débouché sur la création d'un droit d'évocation au profit du juge administratif suprême. Les conseillers d'État ont assimilé le règlement du litige à une forme d'évocation ; par ricochet, cela conduit à assimiler la cassation à une instance au fond.

### **- L'assimilation du règlement à l'évocation :**

Les conseillers d'État ont fini par assimiler implicitement le règlement après cassation à la théorie de l'évocation. Or si l'on s'attache à analyser l'article L 821-2 du Code de justice administrative, on constate que le législateur a abordé séparément la question des pouvoirs du juge de cassation à l'issue d'une

première cassation et celle des prérogatives qui lui sont reconnues au terme d'une seconde cassation. Dans le premier cas, le juge suprême peut régler l'affaire au fond. Dans le second cas, il doit statuer définitivement sur l'affaire. Doit-on penser que la différence entre les termes employés n'est que fortuite, ou le législateur français a-t-il voulu établir deux régimes juridiques distincts, visant chacun à régir des situations différentes ?

L'utilisation des verbes régler et statuer n'est pas innocente, elle introduit une nuance de langage dont il convient de tirer les conséquences. Régler, c'est donner une solution complète et définitive à un différend. Statuer, revient à trancher avec autorité, c'est-à-dire décider de l'issue d'une affaire. Ces deux verbes ont certes des significations proches l'une de l'autre et peuvent souvent être synonymes. Mais il semble que dans le cadre de l'article L 821-2, régler le litige, c'est permettre au Conseil d'État d'appliquer la règle de droit pertinente. Ce n'est nullement une habilitation autorisant les conseillers d'État à connaître du fond des procès. En revanche, l'expression statuer définitivement autorise le juge de cassation à se saisir du fond d'une affaire, afin de vider le litige au fond.

En d'autres termes, régler une affaire aurait pu être une démarche conforme à une conception non évocatoire de la cassation. Alors que statuer définitivement aurait permis au juge de cassation, sur autorisation expresse du législateur, d'évoquer le fond des litiges qui n'ont que trop duré. Mais, en toute hypothèse, la Haute assemblée n'a pas retenu cette distinction. Pour la jurisprudence les verbes régler et statuer sont interchangeables.

Dès lors que le juge de cassation accepte de connaître du fond de certains litiges à l'issue d'une première cassation, il convient de se demander ce qui distingue la faculté de statuer au fond offerte au juge de cassation, du pouvoir d'évoquer une affaire reconnue au juge d'appel ? D'ailleurs, le terme « pouvoir d'évocation » est bien souvent utilisé dans des conclusions de commissaire du gouvernement, lorsqu'il s'agit de régler une affaire sur le fondement de l'article L 821-2<sup>805</sup>.

Il existe certes des différences entre la théorie de l'évocation<sup>806</sup> et celle du règlement au fond. Cependant ces deux institutions présentent d'importants

---

<sup>805</sup> : V. par ex., les conclusions de Mme Bergeal, Commissaire du gouvernement sur : CE, 08 décembre 1999, Sté Borg Warner, requête n° 138651, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, CJEG, février 2000, p. 88.



points communs qui révèlent leur parenté commune. Dans les deux cas, une décision est déférée à une instance supérieure. Celle-ci considère qu'il convient d'annuler la décision attaquée, parce qu'elle est entachée d'un vice. Puis l'instance supérieure choisit, discrétionnairement<sup>807</sup>, de se saisir du fond du litige et de se substituer à la juridiction qui a rendu l'acte annulé.

Mais des différences, comme on l'a dit, demeurent entre le régime de l'évocation et celui du règlement au fond. En premier lieu, le juge d'appel ne peut évoquer que si le jugement qui lui est déféré est entaché « d'un vice de forme ou de procédure<sup>808</sup> », c'est-à-dire d'une cause d'irrégularité externe. Alors que le juge de cassation peut également annuler une décision juridictionnelle si elle est affectée par certains vices de légalité interne. Les motifs d'annulation sont donc plus nombreux pour le juge de cassation.

En second lieu, le juge d'appel peut évoquer s'il est saisi de conclusions en ce sens<sup>809</sup> Mais il n'est plus nécessaire que l'affaire soit en l'état pour que le juge d'appel procède à l'évocation du litige, comme cela était exigé avant 1982<sup>810</sup>.

---

<sup>806</sup> : Sur l'évocation V., Roland Drago, « L'évocation dans la procédure administrative », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, tome 73, 1957, p. 453.

<sup>807</sup> : Le juge d'appel peut renvoyer l'affaire devant les juges de première instance et n'est pas tenu en principe d'évoquer le litige, Sur ce point V. : CE, 08 mai 1981, Marquiest, requête n°17929, conclusions Schricke, Publié au recueil Lebon ; CE, 19 décembre 1984, Sté Ciments Lafarge France, p. 432 du Recueil.

<sup>808</sup> : CE, Section, 23 décembre 1955, Dellière, p. 606 au Recueil.

<sup>809</sup> : CE, Assemblée, 24 juin 1960, Sté Frampar, requête n° 42289, conclusions M. Heumann, publié au recueil Lebon. **Résumé** : « En ordonnant, par l'arrêté attaqué, la saisie du numéro d'un journal le préfet d'Alger a eu pour but de prévenir les troubles que la diffusion de cet écrit dans le département d'Alger lui paraissait de nature à provoquer. Pour atteindre cette fin il aurait pu, s'il s'y était cru fondé, utiliser les pouvoirs que, par délégation du gouverneur général de l'Algérie, il tenait des dispositions combinées des articles 1er paragraphe 12, et 10 du décret du 17 mars 1956. En écartant cette procédure pour recourir à celle qui est prévue à l'article 10 du Code d'instruction criminelle et dont le champ d'application est limité aux actes nécessaires à l'effet de constater les crimes et délits contre la sûreté intérieure et la sûreté extérieure de l'État et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, le préfet d'Alger a commis un excès de pouvoir.

Compétence de la juridiction administrative pour connaître d'une demande tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté préfectoral ordonnant la saisie du numéro d'un journal, bien que cet arrêté mentionne dans ses visas l'article 80 du Code pénal et l'article 10 du Code d'instruction criminelle et que - conformément audit article 10 - le préfet ait avisé le procureur de la République des mesures prises et lui ait transmis les pièces dans les vingt-quatre heures, dès lors qu'il résulte manifestement des circonstances de l'affaire que la saisie a eu pour objet, non de constater des crimes ou délits contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, mais d'empêcher la diffusion dans le département d'écrits insérés dans le numéro saisi : l'arrêté préfectoral constitue en effet, dans ces conditions, une mesure administrative. Annulation du jugement par lequel le Tribunal administratif s'était reconnu à tort incompétent pour connaître d'une demande tendant à l'annulation d'un arrêté préfectoral ordonnant la saisie d'un journal. »

<sup>810</sup> : CE, Section, 22 mai 1982, Mlle Bloc'h, Conclusions J-P Costa, AJDA 1982, p. 166.

En revanche, le juge de cassation peut régler une affaire au fond, à l'unique condition que l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.

Il est sans doute plus facile pour le juge de cassation de régler un litige que pour un juge d'appel d'évoquer une affaire. Car en définitive, la théorie du règlement est soumise à moins de contraintes que celle de l'évocation. On peut en conclure que le règlement au fond est une évocation perfectionnée : il permet au recours en cassation d'être une voie d'achèvement du litige.

Il conviendra de se demander dans quelles séries d'hypothèses le juge de cassation désire évoquer. Et ce afin de vérifier si, comme certains l'ont pensé dès 1988, la faculté de juger au fond « pourra (...) être employée chaque fois qu'il apparaîtra qu'une nouvelle instruction devant une Cour administrative d'appel n'apporterait rien d'utile au juge ou aux parties<sup>811</sup> ». Mais auparavant, il importe d'examiner quelles sont les conséquences à tirer du fait d'avoir assimilé l'instance de cassation à une instance au fond.

#### **- L'assimilation de la cassation à une instance au fond:**

Lorsque le juge de cassation règle une affaire au fond, il agit comme le ferait un juge d'appel<sup>812</sup>, Le Conseil d'État peut alors statuer au vu des moyens dont peut être saisi tout juge d'appel et les justiciables peuvent soulever les moyens susceptibles d'être recevables en instance d'appel.

Encore une fois, la comparaison entre l'évocation en appel et le règlement en cassation s'avère fort intéressante. En effet, de même que le juge de cassation peut se substituer à une juridiction d'appel, le juge d'appel, qui procède à l'évocation d'un litige, se substitue aux premiers juges<sup>813</sup>. De plus la théorie de l'évocation en appel admet que l'instance initiale continue devant le juge d'appel<sup>814</sup>.

Enfin, on peut souligner que le Conseil d'État statuant au fond, en application de l'article L 821-2, dispose très exactement des mêmes pouvoirs qu'une

---

<sup>811</sup> : Ch.-L. Vier, « Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987 », AJDA 1988, p. 126, in, Maël Mandin, Op.cit., p. 471

<sup>812</sup> : Jaques- Henri Stahl, « La cassation », in , « Évolutions et révolution du contentieux administratif », *La Revue administrative* 52e Année, No. 1, Numéro spécial, 1999, p. 93.

<sup>813</sup> : CE, 04 octobre 1961, Syndicat du personnel des services publics de la préfecture de la Seine et administrations annexes, publié au Recueil, p. 563.

<sup>814</sup> : CE, 21 juillet 1970, Thomas, requête n°77400, Publié au recueil Lebon, p. 532.

juridiction d'appel. Il peut ainsi annuler le jugement de première instance, évoquer le litige, comme un juge d'appel, afin de statuer immédiatement sur les conclusions présentées en première instance<sup>815</sup>.

Dans ces conditions, peut-on réellement considérer que le juge de cassation, quand il se substitue à une juridiction de renvoi, ne constitue pas un nouveau degré de juridiction ?

Certes, l'annulation totale de la décision attaquée fait entièrement disparaître cette dernière.

Mais il s'agit là bien évidemment d'une fiction<sup>816</sup>. En outre, il arrive fréquemment qu'une cassation partielle soit prononcée<sup>817</sup>. Or dans ce cas, l'arrêt attaqué est en partie maintenu.

Le choix du Conseil d'État de se substituer à une juridiction de renvoi n'est pas neutre. Cela débouche de facto sur l'ouverture d'un troisième degré de juridiction ou exceptionnellement, d'un second degré de juridiction, chaque fois que la décision rendue en dernier ressort émanait d'un organisme statuant en premier et dernier ressort. En effet, il n'est pas possible d'assimiler l'arrêt d'une juridiction de renvoi et celui qui est rendu par le juge suprême, lorsqu'il règle un litige au fond. L'arrêt d'une juridiction suprême bénéficie d'une autorité morale supérieure à celui qui émane d'une juridiction de renvoi. Cela ne fait aucun doute qu'en certains cas, le juge de cassation statue au fond dans une affaire, afin d'établir un précédent de manière solennelle. Statuer au fond est alors l'occasion de contribuer à éclaircir la jurisprudence dans un domaine précis.

Si la décision de statuer au fond débouche sur l'ouverture d'un troisième degré de juridiction, et ce, en violation de l'intention clairement affichée par le législateur de ne pas arriver à pareille solution, faut-il en conclure que la Haute assemblée a adopté une jurisprudence *contra legem*<sup>818</sup> en s'octroyant des pouvoirs trop importants pour juger le fond des litiges ? On serait tenté de répondre par l'affirmative à cette question. Cependant il convient de se

---

<sup>815</sup> : CE, 30 mars 2001, Consorts Rothenberger, requête n°208934, Inédit au recueil Lebon.

<sup>816</sup> : Maxime Letourneur, « L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif », EDCE, n°12, 1958, p. 66.

<sup>817</sup> : CE, 02 janvier 1957, Sté Lancerie, conclusions Lasery, AJDA 1957, p. 58.

<sup>818</sup> : Expression tirée du latin et qui signifie littéralement contraire à la loi.

demander si le législateur de 1987 a réellement voulu éviter la création d'un troisième degré de juridiction.

Devant l'Assemblée Nationale, le rapporteur de la Commission des lois avait, au cours des débats parlementaires, dit ceci : « pour éviter l'allongement des délais de procédure (...) je souhaite que, dans la plupart des cas, le Conseil d'État juge au fond : il ne renverra que dans des cas tout à fait exceptionnels, notamment lorsqu'il manquerait des éléments de fait<sup>819</sup>».

Force est de constater que le législateur a mis le Conseil d'État en mesure de devenir un juge suprême qui, s'il exerce un contrôle de cassation, est susceptible de se transformer en juge du fond.

Existe-t-il une justification qui légitimerait cette transgression de l'interdiction traditionnelle faite au juge de cassation de connaître du fond des litiges ? On peut tout d'abord se demander si cela rend la procédure plus équitable. Il est vrai que l'évocation en cassation rend le procès plus équitable, si l'on pense que l'équité implique une justice diligente. Mais dès lors que l'on songe aux autres concepts que l'on peut comprendre sous le terme équité, il faut reconnaître que l'appel sur cassation ne contribue pas forcément à leur réalisation. Le règlement au fond ne rend pas la procédure plus contradictoire et les magistrats qui évoquent ne sont pas plus impartiaux que ceux qui n'évoqueraient pas.

L'appel sur cassation participe seulement, mais c'est sans doute déjà beaucoup, à accélérer la célérité de la justice.

La doctrine a quelquefois souligné que c'était l'idée de « bonne administration de la justice », qui fondait et justifiait la théorie de l'évocation en instance d'appel<sup>820</sup>. Lorsque la technique de l'évocation a été incorporée au droit de la cassation administrative, la « bonne administration de la justice » est devenue le standard qui justifie recours à ce mécanisme. Le règlement en cassation est une évocation perfectionnée, débarrassée des résidus qui sont susceptibles d'en limiter l'usage. Et ce, afin de ne pas trop restreindre la liberté des formations de jugement qui souhaiteraient avoir recours à cet instrument. Cela fait de la cassation administrative une véritable voie d'achèvement du litige.

---

<sup>819</sup> : Pierre Mazeaud, J.O des débats de l'assemblée nationale, 7 octobre 1987 (1<sup>ère</sup> séance du 6 octobre 1987), p. 3938.

<sup>820</sup> : Maxime Letourneur, Op.cit., p. 72.

C'est le triomphe d'une conception pragmatique du recours en cassation. Les conseillers d'État se sont ici arrogé un pouvoir important et il importe maintenant d'examiner s'ils entendent l'utiliser dans toutes les catégories de contentieux ou s'ils préfèrent en restreindre l'usage.

- **Les contentieux objet de l'appel :**

Le Conseil d'État peut statuer sur le fond. Mais le fait-il dans toutes les catégories de contentieux ou uniquement dans les matières qui relevaient de sa compétence d'appel, avant la réforme de 1987, c'est-à-dire dans les domaines qui ressortissent à la compétence des Cours administratives ?

S'il évoquait uniquement dans le domaine relevant de la compétence des Cours administratives, il y aurait un régime juridique applicable aux juridictions normales et un autre pour les juridictions spéciales. On constaterait l'existence de deux régimes au sein de la cassation administrative et cela compromettrait l'unité du droit de la cassation administrative.

En revanche, si le juge suprême statuait sur le fond, indistinctement, dans des litiges relevant non seulement des Cours administratives, mais également des juridictions spéciales, cela déboucherait sur un problème particulier. La Haute assemblée devrait se substituer à des juridictions spéciales (singulièrement les instances ordinaires), alors qu'elle n'a jamais été expressément habilitée à trancher ce genre de contentieux. Cela la conduirait à empiéter sur la sphère de compétence réservée aux juges administratifs spéciaux.

La jurisprudence révèle qu'il existe un « pré carré » de l'évocation et des matières où le juge suprême est beaucoup moins tenté de procéder à une évocation. Ce sont les limites à l'évocation.<sup>821</sup>

- **Le pré carré de l'évocation :**

Le Conseil d'État évoque le fond des litiges principalement dans les matières qui constituent son domaine réservé, c'est-à-dire qui lui sont particulièrement familières ou bien qui soulèvent des questions relatives à la réformation d'acte administratif ou qui concernent le contentieux indemnitaire. La première hypothèse vise les litiges relevant des Cours administratives d'appel. On peut comprendre que les conseillers d'État soient tentés de trancher le fond de ces affaires, dans la mesure où ils avaient l'habitude de le faire avant l'entrée en

---

<sup>821</sup> : Maël Mandin, Op.cit., p.474

vigueur de la réforme de 1987. Le professeur Roger Perrot a très justement souligné que « le Conseil d'État conserve son emprise souveraine sur un contentieux administratif qui a été dispersé localement comme à regret et sur lequel il peut toujours affirmer sa maîtrise, tant en fait qu'en droit »<sup>822</sup>. L'aptitude de statuer sur le fond est une technique permettant aux conseillers d'État de garder une emprise sur les procès qui sont de la compétence des Cours administratives.

Dans la seconde hypothèse, le juge suprême statue sur des affaires qui ressortissent à la compétence de juridictions spéciales. Mais il s'agit de contentieux qui ne soulèvent pas des questions très différentes de celles qu'ont à connaître les juridictions administratives normales.

Le fait que la Haute juridiction administrative ne soit pas uniquement juge de cassation, mais également une juridiction de premier et dernier ressort, voire d'appel dans certaines matières, explique aussi pourquoi les juges du Palais-Royal recourent assez largement à la faculté de statuer sur le fond, non seulement en matière de contentieux général, mais également dans le domaine du contentieux spécial.

#### - **Le contentieux général :**

Le Conseil d'État statue fréquemment sur le fond des litiges dans les matières qui relevaient de sa compétence d'appel avant la réforme du contentieux administratif de 1987. Ainsi, le juge suprême statue au fond en matière de contentieux fiscal<sup>823</sup> et de responsabilité<sup>824</sup>, par exemple.

Néanmoins, l'analyse de la jurisprudence révèle qu'il faut distinguer deux périodes<sup>825</sup>. Dans un premier temps, de 1989 à 1998, le Conseil d'État a fait un usage relativement modéré de la faculté de statuer sur le fond. En revanche

---

<sup>822</sup> : Roger Perrot, « Cour de Cassation et Conseil d'État à travers leurs fonctions de juges suprêmes », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 - 1990. » Volume Jubilaire. , Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p. 154.

<sup>823</sup> : En matière de TVA, V., CE, 10 avril 1991, Op.cit ; CE, 05 juillet 1991, Ministre chargé du budget contre Mme Claudette Artola, requête n°**107258**, publié au recueil Lebon.

<sup>824</sup> : En matière de responsabilité médicale, V., CE, 26 mai 1995, Administration générale de l'Assistance publique à Paris, requête n°**143238**, publié au recueil Lebon.

<sup>825</sup> : Jean Massot, Olivier Fouquet, Jacques-Henri Stahl et M.Guyomar, « Le Conseil d'État, juge de cassation », 5<sup>ème</sup> édition, Berger-Levrault L'administration nouvelle, Paris, 2001, p.323 ; René Chapus, « Droit du contentieux administratif », Op.cit, p.1250.

dans un second temps, de 1998 jusqu'à aujourd'hui, la Haute juridiction tend presque systématiquement à régler les litiges. Il semblerait qu'à l'heure actuelle, en matière de contentieux administratif général, neuf décisions de cassation sur dix débouchent sur l'évocation du litige<sup>826</sup>.

Comment expliquer ce phénomène ? En raison de l'encombrement des Cours administratives d'appel, le Conseil d'État souhaite limiter au maximum le nombre des renvois. Il n'y aurait de renvoi que si une expertise s'avère nécessaire ou s'il convient que les parties échangent leurs points de vue sur une question qui n'a pas été débattue avant le prononcé de la cassation<sup>827</sup>.

Si le problème de l'encombrement des Cours administratives d'appel est résolu, faut-il en déduire que le Conseil d'État reviendrait à sa pratique antérieure, à savoir renvoyer plus souvent des affaires aux Cours administratives d'appel ? Cela paraît peu probable. En effet, dès lors que la Haute juridiction a pris l'habitude de statuer presque systématiquement au fond après cassation, on a peine à croire qu'elle reviendra sur cet usage.

Il est à rappeler qu'au cours d'une audience, une formation de jugement du Conseil d'État peut être amenée à statuer sur différentes catégories de recours. Les magistrats du Palais-Royal ont toujours l'habitude de trancher des litiges en premier et dernier ressort ou par la voie de l'appel. En d'autres termes, ils sont habitués à examiner le fond d'un dossier et ils ont les automatismes d'un juge du fond.

Il semble que dans l'optique des conseillers d'État, régler un dossier au fond permet d'éviter de le remettre à plus tard. Sous cet angle, il est difficile d'imaginer qu'ils puissent un jour revenir sur la pratique qui consiste à évoquer, presque systématiquement, après cassation<sup>828</sup>.

Notons enfin que les avocats aux conseils auraient pris l'habitude de joindre à leurs écritures des conclusions sur le fond de l'affaire.

Il importe maintenant de souligner que les conseillers d'État ne règlent pas les litiges au fond uniquement lorsqu'une affaire ressortit à la compétence des juridictions administratives ordinaires. Il peut y avoir appel sur cassation dans

---

<sup>826</sup> : Ibid.

<sup>827</sup> : Jean Massot, Olivier Fouquet, Jacques-Henri Stahl et M. Guyomar, Ibid.

<sup>828</sup> : René Chapus, Op.cit., p. 1251.

une affaire relevant de juridictions administratives spéciales.<sup>829</sup>

**- Le contentieux spécial :**

Le Conseil d'État peut évoquer une affaire au fond, même si elle relève d'une juridiction administrative spéciale. Mais lorsque cela arrive, il est fréquent que la matière où intervient le procès en cause est assimilable au type de contentieux relevant des juridictions administratives normales.

Le Conseil d'État a statué sur le fond, en matière d'aide sociale, dans une affaire où il fallait déterminer si un département pouvait récupérer auprès de la succession d'un bénéficiaire des sommes qui avaient été versées au titre de prestations aux handicapés<sup>830</sup>. L'enjeu du contentieux était d'apprécier si les montants réclamés pouvaient être en l'espèce récupérés sur l'actif net successoral.

En conséquence, même si cette affaire relevait en dernier ressort de la Commission centrale d'aide sociale, la nature du procès n'était pas très différente de celles dont peuvent être saisies les Cours administratives d'appel. La Haute assemblée a seulement examiné si, dans les circonstances de l'affaire, le législateur autorisait une personne morale à récupérer une somme pécuniaire auprès d'un particulier.

La pratique contemporaine de l'évocation des litiges après cassation soulève, nous semble-t-il, de sérieuses questions. Les solutions retenues par le Conseil d'État sont-elles bien protectrices des droits de la défense ?

La Haute juridiction peut statuer sur le fond d'une affaire même si le requérant sollicite le renvoi de celle-ci devant les juges du fond<sup>831</sup>. Dans ces conditions, ne prive-t-on pas les parties au litige d'un débat serein sur les conséquences de l'arrêt de cassation ?

Dès que la décision attaquée est cassée, le Conseil d'État règle au fond sans demander aux parties de présenter d'observations nouvelles. Or nous avons vu que lorsqu'une affaire est renvoyée devant une juridiction du fond, cette dernière doit instruire à nouveau le dossier.

---

<sup>829</sup> : Maël Mandin, Op.cit, p. 477.

<sup>830</sup> : CE, 29 juillet 1994, Op.cit.

<sup>831</sup> : Jean Massot, Olivier Fouquet, Jacques-Henri Stahl et M.Guyomar, Ibid.



La décision de cassation constitue un fait nouveau et les parties doivent être à même de produire des observations sur celui-ci.

Force est de constater qu'il existe une différence entre l'obligation qui est faite au juge de renvoi de procéder à une nouvelle instruction et l'absence d'obligation pour le Conseil d'État d'instruire à nouveau le dossier. Lorsque les conseillers d'État décident de statuer au fond, ils estiment que l'affaire est en l'état d'être jugée, sans qu'il y ait lieu de demander aux parties du litige leurs opinions sur le fait nouveau que constitue la cassation.

Nous savons certes que les avocats aux conseils ont pris l'habitude de joindre à leurs recours en cassation ou aux mémoires en réplique des observations sur le fond du litige. Mais les conclusions au fond qui sont produites par les avocats aux conseils, au cours de l'instruction d'un pourvoi en cassation, sont soumises au Conseil d'État alors même qu'ils ignorent si une décision de cassation sera effectivement rendue. Les avocats aux conseils présentent des observations au fond sans connaître les motifs qui seront, le cas échéant, à la base de l'arrêt de cassation. Il ne nous paraît pas évident que les mémoires rédigés dans ces conditions puissent avoir la même valeur que ceux qui seraient écrits en connaissance de cause, à la lumière des motifs justifiant la cassation.

Que se passe-t-il si une partie omet de joindre à ses conclusions de cassation, des observations au fond ?

Notons néanmoins que dans la décision « APBP contre France » de 2002 la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer sur la question de savoir si le Conseil d'État pouvait valablement annuler l'arrêt d'une Cour administrative d'appel puis évoquer l'affaire sans rouvrir les débats pour recueillir les observations des parties. En l'espèce, le juge européen relève que le Conseil d'État s'était contenté de « corriger l'erreur de droit commise par la Cour administrative d'appel<sup>832</sup>» et qu'il a repris « la position de droit et de fait établie contradictoirement devant le Tribunal administratif». Dans ces conditions, la Cour de Strasbourg estime que le principe du contradictoire est respecté.

Sur cet arrêt, G. Gonzalez note pertinemment qu'il « n'est pas sûr que la faculté d'évocation puisse être utilisée systématiquement en accord avec l'article 6-1<sup>833</sup>

---

<sup>832</sup> : CEDH, 21 mars 2002, APBP contre l'État français, JCP 2002, I, n°157.

<sup>833</sup> : Dispositions de l'alinéa : « 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,

» de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>834</sup>. Le règlement au fond pourrait porter atteinte au droit à un procès équitable, si par exemple le Conseil d'État tranchait une question qui aurait été insuffisamment débattue devant les juridictions du fond.

### **b) Les limites à l'évocation :**

Dans certaines matières, la Haute juridiction ne paraît guère disposée à statuer sur le fond ou ne l'envisage qu'avec réticence. Ce sont en général des domaines où le Conseil d'État n'est pas habitué à connaître du fond des litiges. Il s'agit du contentieux disciplinaire ou de celui relatif à la déclaration de gestion de fait.

Dans ces deux catégories de procès, la juridiction qui statue au fond est appelée à apprécier le comportement adopté par un individu dans un contexte déterminé. On s'éloigne en conséquence de ce qui constitue le cœur du procès administratif, à savoir la réformation d'un acte administratif ou l'obtention d'une indemnité de la part de la puissance publique.<sup>835</sup>

#### **- Le contentieux disciplinaire :**

Le Conseil d'État ne souhaite apparemment pas faire un usage extensif de l'évocation prévue à l'article L 821-2 alinéa 1 in fine, en matière de décisions rendues par des juridictions disciplinaires. Les particularités du contentieux de la répression disciplinaire sont alors souvent invoquées pour justifier cette position. M. Kessler commissaire du gouvernement ne disait-il pas en 1993, en s'adressant à la Section du Contentieux : « Alors que vous retrouvez assez aisément votre fonction de juge d'appel parce que vous l'avez exercée parfois depuis fort longtemps, lorsque vous cassez une décision de Cour administrative, vous ne vous êtes jamais trouvé dans la situation d'avoir à juger les hommes pour les fautes commises dans l'exercice de leur profession <sup>836</sup>».

---

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, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

<sup>834</sup> : Gérard Gonzalez, « note sur CEDH 21 mars 2002, APBP contre France », RDP, 2003, p. 696.

<sup>835</sup> : Maël Mandin, Op.cit., p. 480.

<sup>836</sup> : David Kessler, Conclusions sur : CE, 18 juin 1993, Haddad, AJDA 1993, p. 573.

Tout le problème est là. Le Conseil d'État répugne à recourir au mécanisme de l'article L 821-2 alinéa 1, si cela doit le conduire à apprécier quelle sanction il importe de prononcer à l'encontre d'un individu. D'ailleurs, comme M. le commissaire du gouvernement Kessler l'a souligné, à ce sujet, la vraie difficulté réside en « la détermination d'un quantum de peine ». Ainsi le juge administratif paraît ne pas souhaiter édicter de sanctions disciplinaires, en se fondant uniquement sur les pièces d'un dossier et en l'absence d'audition ou de comparution de l'intéressé.

Cette attitude devrait conduire le Conseil d'État à refuser systématiquement de statuer sur le fond d'une affaire, après qu'il a annulé la décision d'une juridiction disciplinaire<sup>837</sup>. Dans l'affaire « Haddad1452 », par exemple, la Section du contentieux n'avait pas suivi le commissaire du gouvernement lorsque ce dernier proposait de faire usage de l'article L 821-2 alinéa 1 en pareille hypothèse.

La nécessité de maintenir l'unité du régime du recours en cassation aurait pu conduire à ne pas établir de distinction entre les divers types de contentieux. Dans de nombreuses affaires le juge de cassation avait statué sur le fond, lorsque les dossiers sont en état d'être jugés, pour mettre un terme à des litiges relativement anciens. Or dans l'arrêt « Haddad », la décision attaquée avait été rendue cinq ans auparavant par la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, et il eût été souhaitable de mettre un terme à cette affaire le plus rapidement possible. Cela aurait été le cas si la Section du contentieux avait procédé au règlement sur le fondement de l'article L 821-2 du CJA.

En outre, s'il y avait une seconde cassation dans ce genre de procès, le Conseil d'État serait alors sans doute, obligé de statuer sur le fond.

En fait, cela revient à se demander d'une part si le Conseil d'État accepterait de juger des personnes et d'autre part, s'il souhaite apprécier l'adéquation entre une faute et une sanction ?

Or, sur le premier point, il arrive que le juge administratif examine si le comportement d'une personne est de nature à justifier une sanction. Dans le droit de la fonction publique, le juge de l'excès de pouvoir vérifie si la faute commise par l'agent public est de nature à justifier qu'une sanction disciplinaire soit prononcée. Le juge de l'excès de pouvoir contrôle également la question de

---

<sup>837</sup> : Pour un exemple d'arrêt où le Conseil d'État règle l'affaire au fond après cassation en matière disciplinaire : CE, 21 décembre 2001, M Dio, AJDA 2002, p. 641, note C. Guettier. Dans cette affaire, le Conseil d'État considère que les faits reprochés au praticien poursuivi n'étaient pas de nature à justifier une sanction. Ce motif justifie d'une part, la cassation de la décision du Conseil national de l'Ordre des médecins qui avait prononcé une sanction et d'autre part, l'annulation de la décision de première instance qui avait infligé un blâme au médecin poursuivi.

savoir si le choix de la sanction infligée n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation<sup>838</sup>.

Par conséquent, on le voit, le droit disciplinaire n'est pas étranger au droit administratif. Le juge administratif peut être amené, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, à infirmer une sanction qui serait manifestement disproportionnée par rapport à la faute commise.

Mais il n'en demeure pas moins que lorsqu'une Cour administrative juge qu'une sanction disciplinaire affectant un fonctionnaire est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, cette appréciation ne peut plus être discutée devant le juge de cassation.

Il convient de se demander si l'appréciation de la proportionnalité d'une sanction est étrangère à l'activité du Conseil d'État ou si au contraire la Haute juridiction administrative a une expérience en la matière.

Le législateur a prévu que certaines sanctions prononcées par des autorités administratives pourraient faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État. Dans ces hypothèses les magistrats du Palais-Royal examinent non seulement si les faits à l'origine du litige justifient le prononcé d'une sanction, mais aussi si la sanction prononcée est adéquate.

Ainsi il arrive que le Conseil d'État substitue sa propre décision à celles qui ont été prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel<sup>839</sup> ou à celles qui

---

<sup>838</sup> : CE, 09 juin 1978, Sieur X David contre le Recteur de l'académie de Toulouse, requête n° 05911, publié au recueil Lebon.

**Résumé et principe dégagé par le CE:** « Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur le degré de gravité de la sanction disciplinaire infligée à un fonctionnaire ».

<sup>839</sup> : CE, 14 juin 1991, Association Radio Solidarité, requêtes n° **107365 107859 110270 114646**, publié au Recueil Lebon : **confirmation d'une sanction prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, parce qu'elle ne représente pas « un caractère excessif ».**

**Résumé du CE :** « Eu égard à leur objet et en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires particulières, les mises en demeure adressées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel sur le fondement de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée ne sont soumises à aucune procédure préalable. La circonstance que les lettres de notification ne visent pas les délibérations du Conseil supérieur de l'audiovisuel par lesquelles ces décisions de mises en demeure ont été adoptées et n'indiquent ni le nom de l'auteur des procès-verbaux constatant les faits reprochés, ni les conditions précises dans lesquelles ces constats ont été effectués, est sans effet sur la régularité desdites décisions.

Aucune disposition n'impose que les procès-verbaux constatant les manquements commis par le service exploité par le titulaire d'une autorisation soient dressés de façon contradictoire.

Il résulte des dispositions de l'article 42-7 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée que le rapporteur désigné par le vice-président du Conseil d'État n'est pas tenu d'entendre les représentants de l'organisme contre lequel la procédure de sanction a été mise en œuvre. En confiant à un rapporteur désigné dans les conditions susmentionnées le soin d'instruire le dossier, le législateur a nécessairement entendu donner à celui-ci la faculté d'émettre son opinion sur la réalité des faits reprochés et la qualification susceptible de leur être attribuée, ainsi que sur le degré de la sanction que lui paraissent mériter les manquements commis. Le fait que le rapporteur désigné pour instruire le dossier de "Radio Solidarité", dont il n'est pas allégué qu'il aurait manqué à l'obligation d'impartialité qui s'impose à lui, ait proposé une sanction, n'a donc pas entaché d'irrégularité la procédure. Les sanctions infligées aux organismes titulaires d'autorisations d'usage de fréquences par l'autorité que le

émanaient du Conseil des marchés financiers<sup>840</sup>, lorsque ces autorités ont prononcé des sanctions.

S'agissant du Conseil des bourses de valeurs, dont les sanctions peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'État, l'Assemblée du contentieux a décidé d'exercer un contrôle de proportionnalité sur les sanctions prononcées par cet organisme<sup>841</sup>.

Enfin, la Haute juridiction administrative a parfois l'occasion d'évaluer la nature (ou le montant) d'une sanction qu'il convient de prononcer à l'égard d'une personne. Le Conseil d'État a déjà eu à confirmer des sanctions disciplinaires visant des personnes physiques. Dans l'arrêt « Didier<sup>842</sup> » de 1999, la Section du

---

législateur a chargée de veiller à la mise en œuvre effective de la liberté de communication et au respect des règles destinées à assurer une expression pluraliste des idées et des courants d'opinion ne présentent ni le caractère de sanctions disciplinaires, ni celui de sanctions professionnelles. Ainsi l'association requérante ne saurait utilement se fonder sur les dispositions de l'article 14 de la loi du 20 juillet 1988 portant amnistie pour soutenir que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne pouvait retenir à sa charge des faits antérieurs au 22 mai 1988.

Il résulte de l'instruction et, notamment, des constats établis à la demande du Conseil supérieur de l'audiovisuel, que l'association requérante a diffusé le service qu'elle exploitait, dénommé "Radio Solidarité", avec une puissance d'émission très supérieure à la puissance maximale fixée par l'autorisation qui lui avait été délivrée. Si elle fait valoir qu'elle n'était pas techniquement en mesure, du fait des caractéristiques de son installation, d'effectuer un dépassement de puissance de l'importance de celui qui lui est reproché par un constat réalisé le 11 juillet 1989, elle n'avance, à l'appui d'une telle allégation, aucun commencement de preuve. Eu égard à la gravité des manquements reprochés et, en particulier, à la persistance de l'association requérante à méconnaître la limite de puissance fixée par son autorisation, en dépit des mises en demeure répétées qui lui avaient été adressées et des sanctions dont elle avait déjà fait l'objet, la sanction infligée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne présente pas un caractère excessif. »

<sup>840</sup> : Depuis la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, le Conseil des marchés financiers s'est substitué au Conseil du marché à terme. Le Conseil d'État vérifiait l'adéquation des sanctions prononcées par le Conseil du marché à terme. Voir par exemple, CE Section 4 mai 1998, Société de bourse Patrice Wargny, n° 164294, p 192: réduction d'une sanction; CE Section 9 avril 1999, GIE Oddo-Futures, n° 182421, T p. 651 : réduction de la sanction pécuniaire prononcée. Les sanctions disciplinaires du Conseil des marchés financiers peuvent faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'État. V. CE Section, 3 décembre 1999, M. Didier, n° 207434, p 399.

<sup>841</sup> : CE Ass, 04 mars 1991, Le Cun, requête n° 112820, publié au Recueil Lebon, p. 70.

<sup>842</sup> : CE, 03 décembre 1999, Didier, requête n°207434, publié au recueil Lebon.

**Résumé du CE :** « Le Conseil des marchés financiers, lorsqu'il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par l'article 69 de la loi du 2 juillet 1996, doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, alors même qu'il n'est pas une juridiction au regard du droit interne, le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'État à l'encontre de sa décision.

a) Compte tenu du fait que la décision du Conseil des marchés financiers peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État, la circonstance que la procédure suivie devant ce Conseil ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable .

b) Cependant, le moyen tiré de ce que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé par l'article 6-1 peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'État à l'encontre de sa décision.

contentieux a confirmé une décision du Conseil des marchés financiers qui procédait au retrait pour une période de six mois de la carte professionnelle du requérant et lui infligeait une sanction pécuniaire de cinq millions de francs. Ces précédents montrent que rien ne s'oppose a priori à ce que le Conseil d'État statue sur le fond après une première cassation, même en matière disciplinaire. Sauf bien entendu la réticence des conseillers d'État à empiéter sur la sphère de compétence des instances ordinales ou disciplinaires<sup>843</sup>. Le Conseil d'État adopte aussi une attitude réticente à l'égard du contentieux relatif à la déclaration de gestion de fait. C'est ce que révèle le refus de la Haute assemblée de statuer au fond pour déclarer une personne comptable de fait.

---

c) Il résulte des dispositions du décret du 3 octobre 1996 que le rapporteur devant le Conseil des marchés financiers statuant en matière disciplinaire, n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs, n'a pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine, que sa mission d'investigation ne l'habilite pas à faire des perquisitions, des saisies, ni à procéder à toute autre mesure de contrainte au cours de l'instruction et que ses pouvoirs ne diffèrent pas de ceux que la formation disciplinaire collégiale du Conseil des marchés financiers aurait elle-même pu exercer. Dans ces conditions, sa participation aux débats et au vote, à l'issue desquels le Conseil des marchés financiers inflige des sanctions, ne méconnaît pas le principe d'impartialité rappelé par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. ».

<sup>843</sup> : Pour un autre exemple d'arrêt où le juge de cassation annule une décision d'une instance disciplinaire, sans renvoyer l'affaire et sans statuer au fond : CE Section 20 octobre 2000, Habib Bank Limited, n° 180122, Sur cette affaire cf. M. Guyomar et P. Collin, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA 2000, p 1003.

### - La déclaration de gestion de fait :

Dans l'affaire « Labor Métal<sup>844</sup> », l'Assemblée du contentieux a annulé une décision de la Cour des comptes, au motif que le juge des comptes ne pouvait pas valablement statuer sur une affaire et déclarer une personne comptable de fait, alors que dans son rapport public les faits litigieux avaient déjà été considérés comme irréguliers. Par conséquent, la Cour des comptes avait méconnu le principe d'impartialité. Bien évidemment, ce motif de cassation s'opposait à ce que l'affaire soit renvoyée devant la Cour des comptes. Et il est sans doute légitime d'affirmer que « l'Assemblée a jugé que l'opinion émise par les magistrats sur l'affaire par la voie du rapport public transcendait chacun d'entre eux pris personnellement et engageait l'institution pour le présent comme pour le futur, indépendamment des éventuels changements de personnes<sup>845</sup> ». Le Conseil d'État aurait peut-être pu statuer au fond dans cette affaire. Mais il s'est borné à casser l'arrêt sans renvoi. Ainsi, comme l'a notamment souligné M. Prétot, le Conseil d'État « fait échapper néanmoins, une fois annulé l'arrêt de la Cour des comptes, à tout examen au fond de leur situation des personnes ayant fait l'objet d'une déclaration à titre provisoire de gestion de fait, laquelle ne connaîtra plus, dès lors, aucune suite<sup>846</sup> ». La solution retenue dans l'arrêt « Labor Métal » a été, à juste titre, vertement critiquée en doctrine.

Dans l'affaire « Dugoin » de 2003<sup>847</sup>, le Conseil d'État avait réglé l'affaire au fond, après avoir annulé trois arrêts par lesquels la Cour des Comptes avait

---

<sup>844</sup> : CE Ass, 23 février 2000, Sté Labor Métal, requête n° 195715, publié au recueil Lebon.

**Résumé** : « Deuxième chambre de la Cour des comptes ayant, par un arrêt du 20 décembre 1995, déclaré, à titre provisoire, diverses personnes et entreprises conjointement et solidairement comptables de fait de l'État. Rapport public de la Cour des comptes pour 1996, édité en novembre 1996 au Journal officiel, faisant état, en les qualifiant, des faits de l'espèce et de l'engagement d'une procédure de gestion de fait à l'encontre des personnes responsables, dans des termes suffisamment précis pour permettre le rapprochement avec l'affaire en cours devant la deuxième chambre de la Cour. Intervention, en 1997, d'un arrêt par lequel ladite chambre, statuant définitivement, a confirmé la déclaration de gestion de fait. Eu égard à la nature des pouvoirs du juge des comptes en matière de gestion de fait et aux conséquences de ses décisions pour les intéressés, tant le principe d'impartialité que celui des droits de la défense font obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle prononçant la gestion de fait soit régulièrement rendue par la Cour des comptes lorsque celle-ci a, préalablement à l'intervention du jugement, évoqué l'affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits. Cassation de l'arrêt de déclaration définitive de gestion de fait, sans renvoi ni règlement.

Après avoir cassé un arrêt par lequel la Cour des comptes a définitivement déclaré diverses personnes et entreprises conjointement et solidairement comptables de fait de l'État au motif que, eu égard à la nature des pouvoirs du juge des comptes en matière de gestion de fait et aux conséquences de ses décisions pour les intéressés, tant le principe d'impartialité que celui des droits de la défense faisaient obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle prononçant la gestion de fait soit régulièrement rendue par la Cour des comptes lorsque, comme en l'espèce, celle-ci avait, préalablement à l'intervention du jugement, évoqué l'affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits, le Conseil d'État ne renvoie pas l'affaire ni ne la règle au fond. Fin de la procédure de gestion de fait. »

<sup>845</sup> : Mattias Guyomar et P. Collin, Chronique générale de jurisprudence administrative française, Op.cit, p. 407.

<sup>846</sup> : Xavier Prétot, « La Cour des comptes et le principe de l'impartialité du juge », RDP 2000, p. 334.

<sup>847</sup> : CE, 17 octobre 2003, Dugoin, requête n° 237290, publié au recueil Lebon.

décliné sa compétence pour juger des appels dont elle avait été saisie. Les magistrats de la rue Cambon avaient estimé qu'ils ne pouvaient pas régulièrement statuer sur le litige, parce que les faits en cause avaient été évoqués dans un rapport public.

Contrairement à l'usage en vigueur au Palais-Royal, les conseillers d'État ont explicité les motifs qui les ont conduits à appliquer l'article L 821-2 du Code de justice administrative dans l'arrêt « Dugoin ». C'est pour ne pas priver les personnes déclarées comptables de fait d'une voie de recours, prévues par la loi, à l'encontre de jugements rendus en premier ressort, que la Section du contentieux examine le fond du dossier.

Cependant le règlement au fond du litige n'a pas conduit le Conseil d'État à apurer les comptes retraçant l'emploi des fonds publics qui ont fait l'objet de managements irréguliers. Le juge administratif suprême a certes annulé les

---

**Résumé :** « Le deuxième alinéa de l'article L. 111-1 du code des juridictions financières prévoit que la Cour des comptes statue sur les appels formés contre les jugements prononcés à titre définitif par les chambres régionales et territoriales des comptes. Il en résulte qu'elle ne peut s'abstenir de statuer sur un appel formé devant elle et priver ainsi les justiciables du droit qui leur est donné par la loi de faire appel des jugements des chambres régionales des comptes. Dans le cas où elle estime ne pas pouvoir se prononcer régulièrement sur un appel parce que les faits en cause ont été évoqués dans son rapport public, il lui appartient de transmettre l'affaire au Conseil d'État afin que celui-ci, dans le cadre de ses pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif, donne à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions d'appel qui avaient été présentées à la Cour. Dès lors, la Cour des comptes, lorsqu'elle estime qu'elle doit décliner sa compétence pour juger les appels dont elle a été saisie au motif que le principe d'impartialité fait obstacle à ce qu'elle se prononce sur des faits qu'elle avait auparavant évoqués et qualifiés dans un de ses rapports publics, entache son arrêt d'erreur de droit en s'abstenant de transmettre ces appels au Conseil d'État.

a) Le deuxième alinéa de l'article L. 111-1 du code des juridictions financières prévoit que la Cour des comptes statue sur les appels formés contre les jugements prononcés à titre définitif par les chambres régionales et territoriales des comptes. Il en résulte qu'elle ne peut s'abstenir de statuer sur un appel formé devant elle et priver ainsi les justiciables du droit qui leur est donné par la loi de faire appel des jugements des chambres régionales des comptes. Dans le cas où elle estime ne pas pouvoir se prononcer régulièrement sur un appel parce que les faits en cause ont été évoqués dans son rapport public, il lui appartient de transmettre l'affaire au Conseil d'État afin que celui-ci, dans le cadre de ses pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif, donne à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions d'appel qui avaient été présentées à la Cour. Dès lors, la Cour des comptes, lorsqu'elle estime qu'elle doit décliner sa compétence pour juger les appels dont elle a été saisie au motif que le principe d'impartialité fait obstacle à ce qu'elle se prononce sur des faits qu'elle avait auparavant évoqués et qualifiés dans un de ses rapports publics, entache son arrêt d'erreur de droit en s'abstenant de transmettre ces appels au Conseil d'État.,

b) Eu égard à la nécessité de ne pas priver les personnes déclarées comptables de fait d'une voie de recours, prévue par l'article L. 111-1 du code des juridictions financières, à l'encontre de jugements rendus en premier ressort par les chambres régionales des comptes, le Conseil d'État, après avoir annulé l'arrêt rendu en appel d'un tel jugement par la Cour des comptes, peut décider de régler l'affaire au fond si les circonstances particulières de l'espèce le justifient, notamment lorsque la Cour a évoqué les faits en cause dans son rapport public dans des conditions qui font obstacle à ce qu'elle se prononce de façon impartiale.

Eu égard à la nécessité de ne pas priver les personnes déclarées comptables de fait d'une voie de recours, prévue par l'article L. 111-1 du code des juridictions financières, à l'encontre de jugements rendus en premier ressort par les chambres régionales des comptes, le Conseil d'État, après avoir annulé l'arrêt rendu en appel d'un tel jugement par la Cour des comptes, peut décider de régler l'affaire au fond si les circonstances particulières de l'espèce le justifient, notamment lorsque la Cour a évoqué les faits en cause dans son rapport public dans des conditions qui font obstacle à ce qu'elle se prononce de façon impartiale. »



jugements de première instance, mais en raison de l'irrégularité de la composition de la chambre régionale des comptes.

Après l'annulation des jugements, le Conseil d'État n'a pas souhaité évoquer le litige et se substituer au juge des comptes de première instance, comme le proposait le commissaire du gouvernement<sup>848</sup>. MM. Les Professeurs Lascombe et Vandendriessche en ont déduit que « le Conseil d'État ne juge pas le fond de l'affaire », mais procède à un « renvoi putatif ».

En effet, le juge suprême invite la chambre régionale des comptes d'Ile-de-France à examiner s'il y a lieu, en l'espèce, d'ouvrir de nouvelles procédures de gestion de fait des deniers publics.

Quels que soit les mérites de cette solution, les conseillers d'État ont consacré deux pratiques distinctes de l'évocation au cours des instances de cassation. La doctrine l'a constaté, « en matière ordinale, le Conseil d'État renvoie systématiquement les affaires après cassation afin, notamment, de respecter la spécificité des juridictions ordinales qui est d'être majoritairement composées de professionnels ».

Il faut en conclure qu'il existe un domaine privilégié de l'évocation; comme nous l'avons vu, le juge suprême ne procède au règlement des litiges que dans certaines matières déterminées.

---

<sup>848</sup> : Mattias Guyomar, dans ses conclusions sur l'arrêt du CE précité.

## Chapitre II : *Le Conseil d'État juge de cassation*

Le terme cassation désigne la faculté que peut avoir un juge d'annuler un acte (contractuel, administratif ou juridictionnel) à l'occasion d'un procès, c'est le pouvoir dont disposent la cour de cassation (ou cours suprême en droit algérien) et le conseil d'État à l'égard des décisions de justice rendues en dernier ressort. Le pouvoir de casser ou briser un arrêt, présente une certaine ambivalence, car cette prérogative permet de procéder à l'annulation d'un acte, ce qui implique qu'il est entaché de nullité. Mais elle est aussi une technique visant à mettre en œuvre un contrôle de légalité : il ne s'agit plus de voir si l'acte est affecté d'un vice intrinsèque (une cause de nullité) mais s'il est conforme au bloc de la légalité.

Ces deux aspects de la cassation permettent à la juridiction exerçant ce contrôle, de l'affiner en fonction des objectifs qu'elle entend privilégier. Le juge de cassation peut uniquement censurer les vices inhérents à l'arrêt attaqué, ou l'apprécier à la lumière de normes qui lui sont extérieures. Pour cette raison l'étude de la cassation ne se confond pas avec l'analyse des conditions permettant de procéder au cassement d'une décision mais doit permettre d'appréhender la dynamique propre à cette technique : il importe de cerner quelles sont les forces qui agissent et concourent à donner à la cassation administrative l'aspect qui est le sien, et qui s'éloigne, à bien des égards, de la cassation en droit privé<sup>849</sup>.

Contrairement à l'usage en vigueur devant les juridictions judiciaires<sup>850</sup>, la cassation administrative est indistinctement qualifiée par le législateur de recours ou pourvoi en cassation<sup>851</sup>. Ces deux expressions seront utilisées comme synonymes, dans la mesure où il n'y pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

La cassation administrative a une place à part dans l'activité du conseil d'État. En effet ce dernier n'est pas, comme la cour de cassation exclusivement juge de

---

<sup>849</sup> : Maël Mandin, Op.cit., p. 4.

<sup>850</sup> : L'article 604 du code de procédure civile dispose : « Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit. », et l'article 974 du même code dispose : « Le pourvoi en cassation est formé par déclaration au greffe de la Cour de cassation ».

<sup>851</sup> : Le terme « recours » figure aux dispositions des articles L.111-1, L.331-1 et L821-1 du CJA et le terme « pourvoi » est mentionné par l'article L.821-2 du même code.

cassation en premier lieu, les conseillers d'État ont des attributions en matière administrative et législative<sup>852</sup> et agissent alors en tant que conseillers du gouvernement, en second lieu le contrôle de cassation n'est pas la seule activité contentieuse des magistrats du palais-Royal. Mais ce recours, a très certainement, pris une place importante, depuis une décennie dans l'exercice des attributions contentieuses de la Haute juridiction administrative. De ce point de vue, il est intéressant de souligner que le législateur lui-même a décrit différemment le rôle du conseil d'État, en matière juridictionnelle, à une cinquantaine d'années d'intervalle. Ces différences, loin d'être purement symboliques, reflètent, au niveau des textes législatifs, l'évolution qui a touché la Haute juridiction, au cours de cette période.

Selon l'article 32 de l'Ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'État<sup>853</sup>: « Le Conseil d'État statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative ; il statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ; il est juge d'appel des décisions rendues par les juridictions administratives de premier ressort ; il connaît des recours en cassation dirigés contre des décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort ». Cinquante-cinq ans plus tard, à l'occasion de la création du Code de justice administrative<sup>854</sup>, le législateur a inversé l'ordre des attributions de l'Assemblée du contentieux. En effet, l'article L 111-1 du Code de justice administrative dispose : « le Conseil d'État est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues

---

<sup>852</sup> : Selon l'article L112-1 du CJA : « 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.

Le Conseil d'État émet un avis sur les propositions de loi, déposées sur le bureau d'une assemblée parlementaire et non encore examinées en commission, dont il est saisi par le président de cette assemblée.

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.

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. »

<sup>853</sup> : JORF n°0179 du 1 août 1945, p. 4770.

<sup>854</sup> : Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

en dernier ressort par les diverses juridictions administratives, ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel ».

La différence de rédaction entre ces deux articles n'est ni anodine ni anecdotique. Elle est, au contraire, le fruit des changements qui sont intervenus, depuis quelques années, en matière de contentieux administratif. Tout d'abord, le Conseil d'État est devenu légalement la juridiction administrative suprême et il n'est plus seulement le juge de droit commun de l'administration. Cette évolution souligne que les conseillers d'État n'ont plus pour mission principale de juger l'Administration active, mais au contraire, d'apprécier la légalité des décisions rendues par les diverses juridictions administratives.

De plus, l'ordre des compétences du Conseil d'État est inversé : la Haute juridiction devient, en premier lieu, un juge de cassation et ses autres attributions ne sont présentées qu'en second lieu. Cela mérite d'être souligné et ce, même si cette inversion des priorités demeure symbolique, car elle illustre l'importance du pourvoi en cassation dans l'activité contemporaine du juge administratif suprême. En réalité, avant la réforme introduite par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989), le recours en cassation n'occupait qu'une « place marginale » dans l'activité contentieuse du Conseil d'État. En conséquence, il convient de souligner que cette activité autrefois réduite est devenue aujourd'hui cruciale. C'est à la lumière de ces changements qu'il importe d'examiner le pourvoi en cassation auprès du Conseil d'État en droit positif.

## **Section 01 : Le Conseil d'État Juridiction de régularité**

### **A. La régulation interne du Conseil d'État :**

Pour faire en sorte que la Section du contentieux du Conseil d'État fonctionne correctement, il convient que celle-ci soit à même de juger les recours dont elle est saisie dans des délais raisonnables et qu'elle soit en mesure de remplir efficacement le rôle imparti à une juridiction suprême. Dans le premier cas, la Haute juridiction doit gérer les dossiers qui lui sont déférés dans les meilleures conditions possibles. Dans le second cas, ce sont les missions particulières qui sont les siennes qu'elle doit gérer. Nous examinerons en premier lieu les questions soulevées par la gestion des dossiers, car celles-ci conditionnent la manière à travers laquelle le juge suprême gère ses missions.

#### **1- La gestion des dossiers :**

Au cours des années 1980, le nombre de litiges soumis à la Haute assemblée n'a pas cessé d'augmenter et les conseillers d'État n'étaient plus en mesure de juger l'intégralité des affaires qui leur étaient déférées. En conséquence le stock de dossiers pendants devant la Haute juridiction ne cessait de croître.

La réforme avait principalement pour finalité de « désencombrer <sup>855</sup> » ou « désengorger <sup>856</sup> » le Conseil d'État. Ces formules ne sont pas très élégantes, car elles laissent presque sous-entendre que les litiges pendants devant l'Assemblée du Palais-Royal la gênaient et l'empêchaient de fonctionner correctement. Mais ces expressions illustrent clairement le phénomène auquel avait affaire la Haute juridiction avant 1987, à savoir elle était confrontée à un arriéré de dossiers lesquels augmentaient et ne pouvaient pas être jugés dans des délais satisfaisants.

L'augmentation du contentieux qui relève des juridictions administratives a abouti à une situation où le Conseil d'État ne pouvait plus rejuger l'ensemble des litiges qui lui étaient soumis.

---

<sup>855</sup> : Cette expression a souvent été utilisée par les parlementaires lors de la discussion de la réforme de 1987, V. : JO Débats Assemblée nationale du 07 octobre 1987 aux pages suivantes : 3942 pour J-P Michel, 3945 pour J-J Hyst, 3957 pour J Foyer et G-P Wagner.

<sup>856</sup> : A. Chalondon, JO Débats assemblée nationale du 21 décembre 1987, 1<sup>ère</sup> séance du 20 décembre 1987, p. 7912.

En octobre 1987, le Conseil d'État avait un arriéré d'affaires non jugées d'environ 25 000 dossiers : à cette période la Haute assemblée était saisie de quelque 9 000 recours par an, alors qu'elle ne pouvait rendre que 7 500 décisions par année<sup>857</sup>. Il fallait trois ans en moyenne pour obtenir un arrêt de cette juridiction<sup>858</sup>. Il était assez ironique de constater que la Haute juridiction était revenue à un seuil d'encombrement proche de celui qui avait conduit le législateur à créer les Tribunaux administratifs, au cours de la réforme de 1953. En effet, en 1953 le Conseil d'État avait un stock d'affaires en attente d'être jugées de 24 150 dossiers.

Le législateur français de 1987 n'a guère souhaité réduire l'encombrement du Conseil d'État en augmentant le nombre de conseillers d'État et ce fut, sans doute, une bonne solution car la multiplication des formations de jugement au sein d'une juridiction peut conduire à créer des divergences de jurisprudences entre les diverses chambres qui la composent. Ce genre de situation ne peut que compromettre la lisibilité de l'œuvre prétorienne d'un juge suprême.

L'objectif de la réforme de 1987 a été d'attribuer à de nouvelles juridictions certaines des compétences qui étaient du ressort des magistrats du Palais-Royal. Le jugement de procès en appel représentait environ 80 % de l'activité du Conseil d'État avant la réforme de 1987<sup>859</sup>. Le législateur a décidé de transférer l'essentiel de cette compétence à des juridictions nouvelles : les Cours administratives d'appel. Elles ont été créées par nécessité, afin d'accélérer le jugement en appel de certains dossiers et de réduire le nombre de litiges pendants devant la Haute assemblée.

C'est dans ce contexte qu'il fut décidé que les arrêts des Cours administratives pourraient être déférés à la Haute juridiction administrative par la voie du recours en cassation. L'objectif principal de la réforme était de désengorger le Conseil d'État, afin que l'activité de ce dernier ne soit pas bloquée. C'est uniquement pour répondre à des nécessités pratiques que l'Assemblée du Palais-Royal a été amenée à connaître de pans entiers du droit administratif par

---

<sup>857</sup> : Sur l'origine de ces chiffres, V. : JO Débats Assemblée Nationale du 07 octobre 1987, discussion générale devant l'Assemblée Nationale du projet de loi portant réforme du contentieux administratif, 1<sup>ère</sup> séance du 06 octobre 1987, p. 3937 et suivantes.

<sup>858</sup> : Ibidem.

<sup>859</sup> : Sur ce chiffre : J-C Martinez, Op.cit., p. 3942.

le biais de la cassation et non plus par celui de l'appel. Aucun esprit de système n'a présidé à ces modifications, seules des considérations concrètes et matérielles les ont justifiées. Comme le notait Mme Folliot : «Débarrassé des affaires répétitives qui ne présentent pas un grand intérêt, le Conseil d'État peut se consacrer à son rôle d'impulsion et de direction<sup>860</sup> ».

Les finalités de la réforme de 1987 montrent les limites de cette dernière. Elle ne s'est pas attaquée à l'encombrement des tribunaux administratifs<sup>861</sup>. À cette époque, les juridictions de première instance étaient saisies chaque année de 60 000 affaires, alors qu'elles ne pouvaient en juger que 50 000 par an. Le nombre de litiges en attente d'être tranchés s'élevait à 100 000 dossiers<sup>862</sup>.

Les parlementaires avaient conscience non seulement des limites de la réforme de 1987, mais aussi des problèmes nouveaux qu'elle pouvait soulever. Un député avait très justement affirmé : « Le but de la réforme est de dégager un Conseil d'État submergé par les recours et d'obtenir ainsi une évacuation plus rapide des affaires. Mais le Conseil d'État va rester juge de cassation et, étant donné le caractère extrêmement processif de nos contemporains, il est à craindre que, rapidement, le nombre des recours en cassation ne se multiplie. S'il en est ainsi, la réforme aura eu pour résultat de dégager pendant quelque temps le Conseil d'État, mais sa conséquence sera de soumettre l'appréciation de la même affaire à trois examens au lieu de deux. Le remède pourrait donc être pire que le mal<sup>863</sup> ».

En fait, la Haute assemblée est en mesure de prononcer un certain nombre d'arrêts par an et elle ne peut guère en rendre davantage. En conséquence, le recours en cassation doit lui permettre de choisir dans certaines conditions les affaires sur lesquelles elles entend statuer.

La Haute assemblée ne se contente bien sûr pas de gérer des dossiers, il lui revient avant tout d'assurer son rôle de juridiction suprême et en conséquence d'assumer les missions que cette fonction implique.

---

<sup>860</sup> : L. Folliot, op.cit., p. 3962.

<sup>861</sup> : G-P Wagner, op.cit., p. 3957.

<sup>862</sup> : op.cit., p. 3939.

<sup>863</sup> : J-P Foyer, op.cit., p. 3949.

## 2- La gestion des missions :

Le Conseil d'État doit être à même de remplir les tâches spécifiques qui lui sont imparties. Ce sont ces missions qu'il lui faut gérer. Le législateur a qualifié le Conseil d'État de « juridiction administrative suprême<sup>864</sup> ». Le mot suprême<sup>865</sup> renvoie à deux idées : c'est une instance placée au-dessus de toutes autres juridictions et qui statue en dernier sur un procès. C'est la plus haute juridiction qu'il soit possible de saisir et la dernière qui puisse rendre un arrêt sur une affaire. La décision qu'elle rend est l'ultime qui puisse intervenir dans un litige.

Il n'y a pas, bien évidemment, un modèle unique de Cour suprême, mais différentes structures qui varient en fonction des systèmes juridiques des États auxquelles elles appartiennent. Mais il ne paraît pas inintéressant de se demander si une Cour suprême n'exerce pas une mission qui est spécifique à sa nature ? Et si c'est le cas, comment le Conseil d'État entend-il remplir cette mission ? Lorsqu'une juridiction suprême chapeaute un système juridictionnel composé de juridictions ayant chacune un ressort régional, il y a risque que chacune tende à développer sa propre jurisprudence dans certains domaines, ce qui pourrait déboucher sur des divergences de solutions quant au fond de procès. Dans ce contexte, afin d'éviter les contradictions entre arrêts émanant de différentes juridictions du fond, le juge suprême devrait avoir pour mission d'assurer l'unité d'interprétation des normes juridiques. Si de nombreux auteurs s'accordent à penser que c'est la finalité d'une juridiction suprême<sup>866</sup>, il n'y a pas d'unanimité en doctrine sur la question de savoir comment une cour peut remplir le plus efficacement possible cette mission. D'aucuns affirment qu'un juge suprême doit être à même de sélectionner les litiges sur lesquels il entend statuer, afin de

---

<sup>864</sup> : L'article L.111-1 du CJA dispose : « Le Conseil d'État est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel. »

<sup>865</sup> : Du latin *supremus* superlatif de *superus*, désignant : au sens poétique, le plus au-dessus, le plus haut ; en parlant de temps ou de la succession, le plus au-delà, à l'extrémité, le dernier ; et en parlant du degré, le plus haut, le plus grand. V. Félix Gaffiot, « Dictionnaire Latin Français. », éd 2016, Hachette, paris, p. 1295.

<sup>866</sup> : Voir les opinions émises en ce sens par les auteurs suivants : André Tunc, « La Cour Suprême idéale », Revue Internationale de Droit Comparé, Volume 30 n°1, janvier-mars 1978, p 435 et s. ; Jean-Paul. Calon, « La Cour de Cassation et le Conseil d'État, Une comparaison. », Revue Internationale de Droit Comparé, Volume 30 n°1, janvier-mars 1978, p230.



rendre des « décisions utiles <sup>867</sup> » à l'accomplissement de sa mission. Pour d'autres, en revanche, il ne peut y avoir unité d'interprétation effective, que si la juridiction suprême traque la moindre illégalité dans les arrêts des cours inférieures, ce qui implique qu'un maximum de plaideurs puissent porter leur affaire devant les plus hauts magistrats d'une nation, pour qu'ils vérifient que les jugements qui leur sont déférés sont corrects.

Un juge suprême peut remplir sa mission de deux manières, selon qu'il exerce un contrôle de légalité ou d'opportunité. Dans la pratique anglo-saxonne, le juge suprême statue sur certaines affaires quasiment de manière discrétionnaire. La juridiction est composée de peu de membres<sup>868</sup>, et paraît vouloir unifier certaines questions de droit, en rendant chaque année relativement peu de décisions. Toutefois la pratique des opinions dissidentes peut rendre l'interprétation de ces dernières délicates. Dans la tradition française, la juridiction suprême contrôle la légalité des décisions émanant des juridictions inférieures. La juridiction est composée de nombreux membres. Les arrêts de règlement sont a priori prohibés. Le juge suprême contrôle, dans cette optique, la légalité des arrêts qui lui sont soumis.

Il ne fait aucun doute que le Conseil d'État, juge de cassation, exerce un contrôle de légalité, mais que par le biais de ce recours il lui revient aussi d'unifier l'interprétation des règles relevant du droit public.

Toutefois l'unification du droit n'est pas l'apanage exclusif des juridictions suprêmes, car des juridictions qui n'ont pas ce caractère peuvent être investies du pouvoir d'unifier l'interprétation de textes précis.

On sait, par exemple, que la Cour européenne des droits de l'homme a été instituée afin d'assurer le respect des engagements qui résultent pour les Hautes Parties contractantes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>869</sup>. La compétence de la Cour de Strasbourg s'étend

---

<sup>867</sup> : André Tunc, op.cit., p 444.

<sup>868</sup> : Par exemple La Cour suprême des États-Unis est composée de neuf membres, et celle de grande Bretagne « La chambre des Lords » de cinq.

<sup>869</sup> : Selon l'article 19 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé le 04 novembre 1950, publiée par le décret n° 74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, de ses protocoles additionnels n°s 1, 3, 4 et 5, signés les 20 mars 1952, 6 mai 1963, 16 septembre 1963 et 20 janvier 1966, ainsi que des déclarations et réserves qui ont été formulées par le Gouvernement de la République française lors de la ratification, JORF n° du 4 mai 1974 p. 4750.

notamment aux questions qui concernent l'interprétation de cette Convention et de ses Protocoles<sup>870</sup>. Lorsque la Cour est saisie d'affaires interétatiques<sup>871</sup>, de requêtes individuelles<sup>872</sup> ou d'avis consultatifs<sup>873</sup>, elle peut ainsi assurer l'interprétation uniforme de ces traités internationaux. Or la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas une juridiction suprême<sup>874</sup>.

Unifier l'interprétation de textes n'est donc pas une mission spécifique aux juges suprêmes.

Au-delà de l'interprétation du bloc de la légalité, une juridiction de cassation se doit, en droit français, d'assurer une certaine égalité des justiciables devant la loi. D'ailleurs, la recherche de l'uniformité dans l'application des règles juridiques paraît présenter, en droit français, deux aspects complémentaires, qui sont presque indissociablement liés. En premier lieu, le juge suprême doit assurer l'unité d'interprétation des règles juridiques au sens strict. En d'autres termes, le juge précise ce qu'une norme implique dans un contexte déterminé : le juge interprète une norme.

En second lieu ou sous un autre point de vue, le juge doit maintenir l'égalité de traitement des justiciables devant les juridictions subordonnées. Il vérifie que les juridictions du fond n'ont pas tiré d'un principe identique des solutions différentes. Sous cet aspect, le juge garantit l'application uniforme d'une norme. En contrôlant systématiquement l'application d'un concept juridique, le juge suprême garantit, aux justiciables qui le revendiquent, une égalité de traitement. En somme, le Conseil d'État doit assurer aux justiciables que leur cause a été jugée conformément au droit. Il revient à la Haute assemblée de protéger simultanément le principe d'égalité et le bloc de la légalité.

Pour remplir ses diverses missions, la Haute juridiction exerce un contrôle sur l'activité des juges du fond. Elle agit alors comme leur supérieur hiérarchique et coordonne leur travail.<sup>875</sup>

---

<sup>870</sup> : Selon l'article 32 de la Convention précitée.

<sup>871</sup> : Selon l'article 33 de la Convention précitée.

<sup>872</sup> : Selon l'article 34 de la Convention précitée.

<sup>873</sup> : Selon l'article 47 de la Convention précitée.

<sup>874</sup> : Qualité qui ne lui est pas reconnue par la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>875</sup> : Maël Mandin, Op.cit., p. 13.

## **B. La régulation externe par le Conseil d'État :**

La Haute assemblée a pour rôle, notamment, de contrôler l'activité des juridictions qui lui sont subordonnées. À ce titre, elle apparaît comme le supérieur hiérarchique de ces dernières et c'est en ce sens qu'elle est appelée à assurer la régulation de nombreuses juridictions du fond, c'est-à-dire à garantir le bon fonctionnement de ces diverses instances. Cette activité régulatrice s'opère traditionnellement, en droit français, par le moyen de deux techniques procédurales : l'appel ou la cassation. Mais ces deux procédures ne confèrent pas au juge régulateur (ou juge suprême) les mêmes prérogatives. En effet, il y a plus d'avantages pour une juridiction à contrôler l'activité d'une autre par le biais de l'appel (chose que nous avons déjà examinée sur les prérogatives du Conseil d'État en tant que juge d'appel) que par celui de la cassation. Nous allons examiner donc ici par quels moyens on a essayé de pallier les désavantages inhérents au contrôle de cassation :

Les juridictions de cassation ont toutes comme particularités communes de n'opérer qu'un réexamen partiel des litiges qui leur sont soumis. Mais dans le cadre de ce contrôle restreint, il est possible de moduler l'étendue des pouvoirs dont dispose un juge de cassation. Il paraît admissible d'affirmer qu'il existe deux modèles de juridictions de cassation, selon que l'autorité souhaite établir une instance disposant de beaucoup ou, au contraire, de peu de prérogatives. Ainsi, un juge de cassation peut être faible ou fort. Après avoir examiné en quoi un juge de cassation peut avoir peu de pouvoir, nous constaterons que le législateur a souhaité instituer, en droit administratif une juridiction de cassation disposant de pouvoirs fort étendus.

## 1- Un juge de cassation faible :

Le pourvoi en cassation tel qu'il est prévu devant les juridictions judiciaires ne confère que peu de prérogatives au juge de cassation qui bien souvent n'a pas d'autre pouvoir que de casser un arrêt et de renvoyer les parties devant une juridiction du fond. Ce sont des considérations historiques qui permettent de saisir les raisons ayant abouti à cette situation. Un pourvoi en cassation a existé sous l'Ancien régime<sup>876</sup>. La théorie de la cassation s'est progressivement construite à partir du XVII<sup>e</sup> et tout au long du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>877</sup>. Ce recours était exercé contre les décisions de justice rendues en dernier ressort, et examiné par la formation du Conseil du Roi qui examinait les requêtes des particuliers (le Conseil privé ou des Parties). La procédure de Cassation concernait principalement les litiges entre particuliers<sup>878</sup>. Et à ce propos, on a pu dire que la technique de la cassation était « une voie de contrôle administratif<sup>879</sup> » sur les actes juridictionnels définitifs en matière de contentieux de droit privé. Toutefois il semblerait que la cassation ait également été utilisée, mais dans une moindre mesure, par des formations du Conseil du Roi spécialisées dans des questions de droit public : le Conseil des finances et le Conseil des dépêches<sup>880</sup>.

Sous l'influence de l'idéologie révolutionnaire, la cassation va acquérir sa physionomie contemporaine. La révolution française n'a pas inventé le concept du pourvoi en cassation, mais elle aurait transformé la finalité de la cassation : substituant à « la défense de l'autorité du roi, le respect d'une légalité

---

<sup>876</sup> : Marguerite Boulet-Sautel, « La cassation sous l'Ancien régime. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 - 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 1.

<sup>877</sup> : Gilles Lebreton, « L'origine des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIII<sup>e</sup> siècle. », RDP 1986, p 1605.

<sup>878</sup> : Marguerite Boulet-Sautel, op.cit., p 16. Les litiges entre un particulier et l'État étaient considérés comme des affaires administratives. Ils ne relevaient pas de l'administration de la justice. Cette dernière ne concernait que « les affaires contentieuses entre les particuliers », V. « Règlement du Conseil précédé de l'explication des différents articles compris dans chacun des chapitres avec les formules de procédure qu'on y suit et celles des arrêts ou jugements qui s'y rendent... (éd. Tolozan), Paris, Impr. de Moutard, 1786 », cité par M. Boulet-Sautel, Ibidem, p 16.

<sup>879</sup> : M. Boulet-Sautel, op.cit., p 23. Mais à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, le contentieux s'est progressivement [ordonné] autour de ce qu'on commence à appeler « la Cassation en finance », Idem, p 23 et 24.

<sup>880</sup> : Le Conseil des finances était compétent pour connaître des pourvois dirigés contre des décisions de juridictions ayant des compétences judiciaire et administrative, telle que la Cour des aides par exemple. Le Conseil des dépêches (formation administrative du Conseil du Roi) statuait parfois sur des arrêts judiciaires à travers un contrôle de cassation. Sur ces questions : V. Pierre de Font-Réaulx, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'État sur les décisions des autres tribunaux administratifs. », Sirey, 1930, p 59 à 61.

dominante<sup>881</sup> ». En effet, la Constituante semble avoir vu dans le recours en cassation un moyen permettant de faire en sorte que les décisions de justice respectent l'unité et l'uniformité de la législation nouvelle<sup>882</sup>.

En quelque sorte, le Tribunal de Cassation qui fut créé par la Constituante<sup>883</sup>, devait être, selon une formule de M. le Professeur Perrot, le « corollaire du principe de l'unité juridique de la France<sup>884</sup> ».

Les constituants avaient, on le sait, une conception particulière d'injustice. Ils estimaient que les magistrats devaient uniquement appliquer la loi, et que cette tâche n'impliquait pas que les textes soient interprétés. Si après deux cassations, le juge de renvoi refusait de retenir la solution adoptée par le juge de cassation, il revenait au législateur lui-même d'interpréter la loi, par le biais du référé législatif<sup>885</sup>. Les révolutionnaires ne voulaient pas créer un pouvoir judiciaire fort et puissant. C'est pour cette raison qu'ils ont décidé que les juridictions judiciaires devaient être contrôlées par un Tribunal n'ayant pas d'autre pouvoir que celui de casser des arrêts.

Il est assez ironique de constater, qu'aujourd'hui, la Cour de Cassation est devenue une des sources du droit français et qu'elle est perçue comme un « para législateur <sup>886</sup> ». Mais il n'en demeure pas moins que le législateur de 1987 n'a guère souhaité introduire en droit public un recours en cassation qui eût été une copie conforme de celui qui est pratiqué devant les juridictions de l'ordre judiciaire. La cassation administrative est tout à la fois proche et lointaine de celle qui est mise en œuvre par la Cour de Cassation. Mais en toute hypothèse les conseillers d'État ont plus de pouvoirs, lorsqu'ils statuent au cours d'une instance

---

<sup>881</sup> : Jean-Louis Halperin, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790 - 1799). », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 - 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990, p 25.

<sup>882</sup> : V. Jean-Louis Halperin, op.cit, p 27. Il ne semble pas évident que la cassation ait été sous l'ancien régime considérée comme une technique d'unification du droit, mais en tout cas, c'est devenu une des finalités de ce recours à partir de la Révolution.

<sup>883</sup> : Loi du 27 novembre - 1<sup>er</sup> décembre 1790, régit la cassation en matière civile, en cas de « contravention expresse au texte de la loi » ou de « violation des formes de procédure » ; et la loi des 16 et 29 septembre 1791 organisant la cassation en matière criminelle, s'il y a « violation des formes » ou « fausse application de la loi ». Sur ces points : V. Jean-Louis. Halperin, op.cit, p 30.

<sup>884</sup> : Roger Perrot, Op.cit., p. 146.

<sup>885</sup> : Le référé législatif fut supprimé en 1807. Mais c'est seulement la loi du 1<sup>er</sup> avril 1837 qui donne à la Cour de Cassation le droit d'interpréter la loi. Sur ces points : V. Pierre de Font-Réaulx, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'État sur les autres tribunaux administratifs. », Sirey, 1930, p 62.

<sup>886</sup> : Pierre Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de Cassation. », RIDC , Volume 32, n°2, 1980, p. 297.

de cassation, que les conseillers à la Cour de Cassation n'en ont quand ils examinent un pourvoi<sup>887</sup>.

## 2- Un juge de cassation fort :

Le recours en cassation devant le Conseil d'État se distingue de celui qui est ouvert devant la Cour de Cassation. Des différences entre les deux catégories de pourvois existaient déjà avant la réforme de 1987, mais cette dernière a encore accentué les particularismes de la cassation administrative. Si plusieurs raisons ont abouti à faire du juge administratif suprême un juge de cassation fort, deux paraissent primordiales. Cette situation résulte d'abord de l'évolution historique de ce recours en droit public, mais également de la volonté de dépasser le modèle traditionnel de la cassation, afin d'atténuer les inconvénients que peut présenter ce genre de procédure.

Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence administrative a reconnu l'existence d'un recours en cassation exercé devant le Conseil d'État et ouvert contre les décisions des juridictions administratives statuant en dernier ressort. Ce recours s'est progressivement distingué du recours pour excès de pouvoir<sup>888</sup>. La doctrine, à la suite notamment des travaux de Laferrière<sup>889</sup>, a joué un rôle important dans la clarification de ces deux notions. La cassation administrative a permis à la Haute assemblée de contrôler l'activité des nombreuses juridictions spéciales qui ont été créées, parfois depuis fort longtemps<sup>890</sup>, mais dont le nombre n'a augmenté de manière importante qu'à partir de 1916.

Or la cassation administrative a été modifiée de manière fondamentale par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, sur certains points essentiels. En conséquence, la cassation administrative est différente de celle qui existe en droit privé, mais aussi de celle qui était organisée devant la Haute juridiction administrative avant l'entrée en vigueur de la réforme de 1987. À ce sujet, on a pu souligner « l'ambiguïté majeure<sup>891</sup> » de cette réforme, puisqu'elle aboutissait à ce que le

---

<sup>887</sup> : Maël Mandin, Op.cit., p. 19.

<sup>888</sup> : V. Gustave Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français. Évolution et régime actuel », Sirey, Paris, 1958.

<sup>889</sup> : Laferrière a distingué le recours tendant à l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, du recours en cassation formé contre les décisions des juridictions statuant en dernier ressort, et ce dès 1887 dans la première édition de son « Traité de la jurisprudence administrative ».

<sup>890</sup> : La Cour des comptes par exemple a été créée par une loi du 16 septembre 1807.

<sup>891</sup> : Miriam J Lévy et Xavier Prétot, « Le juge, le justiciable et le tomahawk », AJDA, 1988, p. 117.

Conseil d'État transfère « une part de ses attributions sur des juridictions nouvelles tout en se réservant les facultés d'intervention les plus étendues<sup>892</sup> ».

Ces interventions sont d'autant plus notables qu'elles sont de plusieurs ordres. La première innovation fut d'instaurer une procédure d'admission, la seconde a été de prévoir que le juge de cassation puisse avoir la faculté ou l'obligation de statuer sur le fond des affaires qui lui sont soumises. La troisième ne concerne pas directement le régime du recours en cassation, mais permet à la juridiction exerçant ce contrôle de rendre un avis sur un litige alors que celui-ci n'a pas encore été jugé, définitivement, par les juges du fond.

Il s'agit donc d'une exception au principe traditionnel selon lequel le juge de cassation ne peut intervenir qu'a posteriori, à savoir quand un litige a été jugé sans appel. En fait, la technique de la « question préjudicielle<sup>893</sup> », qui fut créée pour accompagner la réforme, a elle aussi pour finalité de pallier certains des inconvénients du régime de la cassation classique. Ces trois métamorphoses ont contribué à la constitution de la cassation administrative moderne et méritent d'être présentées rapidement, pour pouvoir saisir l'ampleur des modifications ayant affecté le recours en cassation depuis un peu plus d'une décennie.

L'article 11 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1987 a prévu que : « le pourvoi en cassation devant le Conseil d'État fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux<sup>894</sup> ». Cette disposition n'a pas uniquement été présentée, lors des débats parlementaires, comme un moyen d'accélérer le traitement de requêtes manifestement non fondées, mais, ainsi que le laisse entendre la notion de pourvoi « fondé sur aucun moyen sérieux », il s'agissait d'un moyen de « filtrer<sup>895</sup> » les recours dont était saisie la Haute assemblée. Il s'agit en quelque sorte d'une procédure de « présélection<sup>896</sup> » des pourvois.

Le second alinéa de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987, reconnaît au Conseil d'État le pouvoir de régler une affaire au fond, après cassation, si l'intérêt

---

<sup>892</sup> : Ibidem.

<sup>893</sup> : Daniel Hoeffel, rapporteur pour le Sénat de la commission mixte paritaire, lors des débats relatifs à la réforme de 1987 : JO Débats Sénat, 20 décembre 1987, séance du 20 décembre 1987, p 5825.

<sup>894</sup> : Aujourd'hui codifié, en termes identiques, à l'article L 822-1 du Code de justice administrative.

<sup>895</sup> : C'est ainsi que le Garde des sceaux, de l'époque, avait présenté cette disposition : V. JO Débats Assemblée Nationale, 7 octobre 1987, 2<sup>ème</sup> séance du 6 octobre 1987, p 3959.

<sup>896</sup> : Dreyfus-Schmidt, JO Débats Sénat, du 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p 3763.

d'une bonne administration de la justice le justifie<sup>897</sup>. Et le troisième alinéa du même article dispose que le Conseil d'État statue définitivement sur une affaire, à l'issue d'un deuxième pourvoi en cassation<sup>898</sup>.

Enfin, les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel peuvent transmettre le dossier d'une affaire au Conseil d'État, qui dispose de trois mois pour rendre un avis sur une question de droit<sup>899</sup>. Si cette procédure est indépendante de la théorie de la cassation administrative, elle fut conçue pour que la Haute assemblée puisse donner son interprétation de règles juridiques, avant d'être saisie en tant que juge de cassation : il s'agit d'éviter les contradictions de jurisprudences entre les juridictions du fond, notamment en contentieux fiscal<sup>900</sup>. Elle est une entorse au principe selon lequel la juridiction de cassation ne peut intervenir qu'a posteriori, après que les juges du fond ont rendu une décision définitive.

Cette technique pouvait laisser craindre, dès son adoption par le législateur, que les conseillers d'État ne s'immiscent dans le déroulement des procédures pendantes devant des juridictions du fond. Or si le Conseil d'État est à même d'effectuer de telles immixtions dans les procès en cours d'instruction devant les Cours et Tribunaux, comment imaginer qu'il puisse ne pas analyser scrupuleusement le fond des requêtes à l'occasion d'une instance de cassation ? Dans ces conditions, la réforme de 1987 pouvait laisser craindre que la Haute juridiction n'est pas prête à abandonner sa mainmise sur l'interprétation et l'application du droit administratif et qu'elle ne laisse que peu de chose à l'interprétation souveraine des juridictions de fond. De sorte que le recours en cassation serait devenu quasiment une nouvelle forme d'appel. Certaines des modifications visant à transformer le régime du recours en cassation et qui furent proposées au cours des débats parlementaires de 1987 n'ont pas été retenues. Or il s'agissait d'amendements qui auraient réduit les prérogatives de la Haute assemblée. D'aucuns avaient proposé de limiter les moyens d'annulation à la disposition du Conseil d'État, juge de cassation. Un amendement en ce sens

---

<sup>897</sup> : Article L 821-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de justice administrative.

<sup>898</sup> : Article L 821-2 alinéa 2 du Code de justice administrative.

<sup>899</sup> : Cette innovation fut introduite en droit positif par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987. Aujourd'hui ces dispositions sont codifiées à l'article L 113-1 du Code de justice administrative : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le Tribunal administratif ou la Cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision sur le fond jusqu'à l'avis du Conseil d'État, ou à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ».

<sup>900</sup> : V., JO Débats Sénat, du 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p. 3790 et suivantes.



tendait à n'autoriser la cassation que pour incompetence, excès de pouvoir ou violation de la loi, et non pour les motifs suivants : défaut de réponse à conclusions, défaut de base légale, ou dénaturation<sup>901</sup>. Mais le législateur n'a pas voulu restreindre les cas d'ouverture à cassation. Ce refus de limiter les cas d'annulation souligne la volonté de ne pas restreindre la marge de manœuvre des conseillers d'État et d'instaurer un juge de cassation qui soit puissant et efficace. Il y a de nombreux inconvénients pour un juge suprême à statuer en tant que juge de cassation et ce, même si le législateur a essayé, le plus possible, d'adapter le cadre conceptuel de ce recours aux exigences de la procédure administrative contentieuse. Cela découle du fait que cette procédure est soumise à plusieurs types de contradictions, qui en affectent les caractéristiques. En premier lieu, un juge de cassation n'a pas pour fonction de rejurer les affaires qui lui sont soumises, mais seulement de vérifier si elles furent correctement jugées. Dès lors, le juge suprême doit déterminer ce qu'il doit contrôler. En second lieu, il lui revient de décider si toutes les requêtes doivent être appréciées de façon identique ou s'il est préférable de sélectionner discrétionnairement les moyens recevables en cassation. En d'autres termes, les requêtes doivent-elles être examinées de manière égalitaire ou non ?

Le premier problème résulte du paradoxe suivant : la cassation doit permettre simultanément de restreindre la saisine du Conseil d'État, mais c'est aussi l'instrument par lequel il est chargé de contrôler certaines décisions définitives de juridictions du fond. Le recours en cassation est à la fois une manière de réduire l'encombrement de la Haute assemblée et un cadre très contraignant dans lequel les juges du Palais-Royal doivent établir une jurisprudence claire et cohérente.

Le pourvoi en cassation ne facilite pas la tâche d'un juge suprême. Le Conseil d'État n'étant plus à même de réexaminer l'ensemble du contentieux qui lui est déféré, il est tenu de choisir, au sein des affaires qui lui sont soumises, ce qu'il souhaite contrôler. Or dès lors que le juge suprême ne réexamine que partiellement les procès dont il est saisi, force est de constater qu'il n'est à même de contrôler qu'en partie les décisions des juges du fond. En conséquence, certains aspects des arrêts attaqués ne sont pas discutés au cours de l'instance de cassation, ils sont réputés avoir été souverainement tranchés par les juges du fond. C'est ce que l'on pourrait appeler l'angle mort du contrôle de cassation. La Haute juridiction ne procédant qu'à une vérification limitée des arrêts qui lui sont

---

<sup>901</sup> : Sur cette question, V. : J Foyer, JO Débats Assemblée Nationale, du 07 octobre 1987, séance du 06 octobre 1987, p. 3950 ; et deuxième séance du 06 octobre 1987, p. 3967. Cet amendement fut rejeté.

déférés, elle ne peut garantir ni une parfaite unité d'interprétation du droit, ni une parfaite égalité de traitement des justiciables, ou tout au moins une égalité aussi étendue que lorsqu'elle statuait en qualité de juge d'appel.

Le contrôle de cassation doit permettre au juge suprême d'éviter d'être submergé par un flot croissant de litiges et c'est pourquoi l'organe de cassation n'est en mesure de réexaminer que certaines questions précises et non de rejurer l'intégralité de ce qui fut décidé par les juges du fond. Dans ces conditions, comment le juge suprême peut-il contrôler pleinement l'évolution de la jurisprudence, éviter toutes contradictions entre décisions des juridictions du fond et garantir à tous les justiciables que leurs dossiers ont été jugés de manière totalement égalitaire sur l'ensemble du territoire national ? En réalité, le contrôle restreint du juge de cassation débouche sur une surveillance relative, sinon incomplète, de l'activité des juridictions inférieures.

La question de savoir ce qui doit être contrôlé par le Conseil d'État, à l'occasion d'un pourvoi, est particulièrement problématique, eu égard à la nature du procès administratif et plus précisément en matière de contentieux objectif. Dans l'hypothèse d'un recours en cassation tendant à déterminer si les juges du fond ont correctement jugé un recours pour excès de pouvoir, les conseillers d'État se trouvent confrontés à une situation délicate. Car plus ils approfondissent leur examen de la légalité interne de l'arrêt déféré et plus ils abordent indirectement, mais nécessairement, la légalité interne de l'acte administratif attaqué. Or il paraîtra également opportun, d'une part, que les juges du Palais-Royal précisent la portée de telle règle conditionnant l'octroi de tel acte et, d'autre part, qu'ils évitent de s'immiscer trop dans les détails des litiges, pour éviter d'instaurer trois degrés de juridiction, ce qui aurait pour effet de rejurer en cassation ce qui fut déjà tranché en appel, de rallonger les délais de procédure et finalement d'encombrer à nouveau le prétoire de la Haute assemblée.

Le corollaire de la question est de savoir quelle doit être l'étendue du contrôle de cassation. Il revient aux conseillers d'État de préciser dans quelle mesure les requêtes doivent être traitées de manière égalitaire.

Le deuxième problème concerne la manière dont le Conseil d'État souhaite juger les points qu'il désire réexaminer : doit-il privilégier un réexamen égalitaire des requêtes qui lui sont soumises ou peut-il établir des discriminations entre les moyens qui lui sont présentés, c'est-à-dire statuer sur certains arguments parce qu'ils lui paraissent importants et non sur d'autres considérés comme secondaires ? Cette question fondamentale avait été soulevée à l'occasion des travaux

parlementaires relatifs à la réforme de 1987. Les comptes rendus d'audiences permettent de constater que pour certains intervenants, le recours en cassation devait principalement défendre l'unité de la législation <sup>902</sup>, alors que pour d'autres, c'est essentiellement l'égalité de traitement entre justiciables <sup>903</sup>, qui devait être préservée. Toutefois les députés et sénateurs n'ont pas définitivement tranché ce problème et n'ont pas assigné à la Haute juridiction administrative une mission précise. Il était, en effet, probablement plus sage de laisser les conseillers d'État libres de définir eux-mêmes la façon dont ils désirent remplir leur office. La juridiction suprême a la possibilité de choisir entre deux systèmes différents : soit contrôler de façon égalitaire les recours qui lui sont déférés, soit choisir discrétionnairement les requêtes ou les moyens présentant des questions pertinentes à juger. Si ces deux méthodes visent chacune à préserver l'unité et la cohérence de la législation, elles s'inspirent de philosophies qui sont radicalement différentes. Dans la première approche, le juge suprême garantit à tous les requérants que leurs litiges seront examinés de façon scrupuleusement identique et ce, afin de préserver le principe de l'égalité devant la justice, corollaire du principe d'égalité devant la loi. Dans ce cas néanmoins, le contrôle exercé par le juge de cassation devra être relativement réduit, car s'il abordait de trop nombreuses questions, cela aurait pour effet d'augmenter la charge de travail des formations de jugement, de rallonger les délais de procédure, voire d'encombrer à nouveau le prétoire de la Haute juridiction. Concrètement, on voit mal comment le juge de cassation pourrait vérifier de façon systématique toutes les qualifications juridiques opérées par les juges du fond sans augmenter de manière déraisonnable l'étendue du champ de ses compétences. Mais il n'en demeure pas moins vrai que seul un pareil examen pourrait assurer une égalité de traitement effective des justiciables devant les juridictions administratives.

Dans la seconde approche, le traitement des recours est moins égalitaire, car le juge suprême distinguera, parmi les requêtes, celles qui soulèvent des questions cruciales et celles qui présentent des problèmes accessoires. Il statuera

---

<sup>902</sup> : J. Foyer, JO Débats Assemblée Nationale, du 07 octobre 1987, 1<sup>er</sup> séance du 06 octobre 1987, p. 3950 : « Je crois qu'il faudrait même revenir à l'idée d'origine du pourvoi en cassation (...) à savoir que ce pourvoi est beaucoup moins conçu dans l'intérêt des parties que pour assurer l'uniformité d'application et d'interprétation de la loi ».

<sup>903</sup> : J.-J. Barthe, JO Débats Assemblée Nationale, du 07 octobre 1987, 2<sup>ème</sup> séance du 06 octobre 1987, p. 3968 : « Tout recours doit être examiné dans les mêmes conditions ». À propos de la procédure préalable, M. Barthe a pu dire : « Rien ne justifie cette inégalité de traitement selon les recours, qui viole le principe d'égalité d'accès à la justice », Ibidem. Voir également les propos de M. Dreyfus-Schmidt lors de la première lecture du projet de loi devant le Sénat : JO Débats Sénat, du 11 novembre 1987, séance du 10 novembre 1987, p. 3786.

prioritairement sur les affaires présentant un intérêt pour l'édification du droit jurisprudentiel<sup>904</sup>.

De ce point de vue, le juge suprême pourrait juger de manière approfondie les requêtes contenant des questions nouvelles ou particulièrement importantes pour l'évolution de la jurisprudence. Les recours ne présentant pas ces caractéristiques seraient examinés plus succinctement et pourraient être rejetés à l'issue d'une procédure expéditive. Il y aurait, au sein des requêtes, une sélection des moyens selon leur importance, par rapport aux drivers objectifs que se fixe la Haute assemblée. Dans cette optique, la cassation serrât moins un instrument pour garantir aux justiciables que leur cause a été régulièrement et correctement tranchée par les juges du fond, mais plutôt le moyen qui permette au juge de cassation de se consacrer pleinement à l'interprétation du droit public.

Face à cette situation, la Haute juridiction administrative a inventé une cassation *ad hoc*, car elle se distingue de celle qui existe en droit privé, mais également de celle qui existait en droit public, avant la réforme entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989. Pour analyser ce nouveau recours, il paraît primordial de le replacer dans son contexte, c'est-à-dire d'essayer d'examiner en quoi cette procédure permet à la juridiction suprême de remplir ses diverses missions. La Haute juridiction tend, par son contrôle de cassation, à privilégier deux principes fondamentaux du droit public français : l'égalité des personnes devant la loi et le principe de l'unité de la législation.

Il n'y a rien d'étonnant à ce que le juge suprême veuille défendre ces principes qui sont des pierres angulaires des institutions françaises depuis fort longtemps. Mais dès lors que la procédure de cassation n'est pas la plus adaptée pour protéger ces concepts, le Conseil d'État ne peut en aucun cas garantir une parfaite égalité entre les justiciables relevant de l'ordre administratif, ni une parfaite unité dans l'interprétation des lois. La Haute assemblée n'est à même de pouvoir assurer l'uniformité de l'interprétation que de certaines règles et elle ne peut contrôler systématiquement et de façon égalitaire que certaines questions. Il en résulte que le juge de cassation n'assure qu'une protection relative et non absolue, non seulement du principe d'égalité, mais aussi du bloc de la légalité.

Faut-il en déduire que le Conseil d'État ne peut que faillir à son rôle de juge suprême en statuant par le biais de la cassation ? Il serait probablement paradoxal de répondre par l'affirmative, si l'on songe au fait que presque toutes les Cours

---

<sup>904</sup> : « Une Cour suprême est destinée à clarifier et moderniser le droit beaucoup plus qu'à garantir à deux plaideurs une décision juste » : André Tunc, *Op.cit.*, p. 444.

suprêmes ne sont pas matériellement en mesure de rejurer l'intégralité de l'activité des juridictions qu'elles sont censées surveiller. En conséquence, il y aura toujours de nombreuses questions qui seront laissées à la discrétion des cours inférieures et qui seront autant de domaines pouvant receler des ruptures d'égalité entre justiciables ou des divergences d'interprétation. Il importe surtout de ne pas surestimer le rôle d'une juridiction suprême. Le Conseil d'État est aujourd'hui moins le juge de l'Administration, que le régulateur du système juridictionnel administratif. À ce titre, il lui revient essentiellement de vérifier que l'ensemble des juridictions du fond fonctionne correctement plutôt que déjuger une énième fois un litige ayant déjà été tranché.

Encore une fois, la réforme de 1987 a été à l'origine d'une profonde mutation dans l'activité de la Haute juridiction, auparavant la cassation visait essentiellement à contrôler l'activité des juridictions administratives spécialisées et ne concernait qu'un faible nombre d'arrêts. Depuis cette date, en revanche, le Conseil d'État doit juger un contentieux abondant par cette technique. C'est donc, en premier lieu, le champ d'application du recours en cassation qui fut modifié : il ne s'agit plus seulement d'une technique visant à surveiller, voire censurer, l'activité de juridictions d'exception statuant en dernier ressort, mais de la procédure par laquelle la plus Haute instance administrative française va contrôler l'évolution de pans entiers du droit administratif général. Sous ce dernier aspect, la cassation administrative ne peut plus être étudiée comme c'était le cas auparavant, à savoir une procédure marginale dans l'activité du Conseil d'État, dont il convenait de commencer l'étude en se demandant quel en était exactement le domaine d'application.

En effet, avant 1987, la question cruciale était de savoir quel était le critère de la juridiction administrative, afin de déterminer quelles étaient exactement les juridictions qui relevaient du contrôle de cassation du Conseil d'État. Cette problématique a perdu, aujourd'hui, une part importante de son intérêt pratique, sinon théorique. D'une part, le législateur tend moins à créer des juridictions spéciales <sup>905</sup> et d'autre part, l'essentiel des recours en cassation concerne des décisions juridictionnelles bien identifiées, c'est-à-dire les arrêts des Cours administratives d'appel.

---

<sup>905</sup> : Sans doute parce qu'il lui est loisible de créer des organismes spéciaux présentant autant de garanties pour les personnes qu'une juridiction : les autorités administratives indépendantes ; et qui peuvent être soumises à un contrôle juridictionnel plus approfondi que le contrôle de cassation : le recours de pleine juridiction.

En second lieu, il n'est guère utile de voir, en détail, comment la cassation administrative s'est progressivement distinguée du recours pour excès de pouvoir, au terme d'une lente évolution jurisprudentielle, pour plusieurs raisons : D'abord, les caractéristiques de la cassation contemporaine sont aujourd'hui très éloignées du recours pour excès de pouvoir et leurs logiques paraissent différentes. Et à bien des égards, la cassation administrative est beaucoup plus qu'un recours pour excès de pouvoir contre des décisions juridictionnelles. Ensuite, la physionomie de la cassation moderne est finalement peu influencée par les règles régissant le recours pour excès de pouvoir. Contrairement à ce qui a pu prévaloir pendant de nombreuses années, les principes qu'applique le juge de l'excès de pouvoir ne permettent pas de mieux comprendre les mécanismes du pourvoi en cassation. Aujourd'hui ces deux procédures sont mues par des logiques différentes et divergentes : le juge de l'excès de pouvoir régule des services publics, alors que le juge de cassation régule des juridictions du fond. Si le second peut se permettre de refuser l'admission d'un recours au motif qu'il n'est pas suffisamment sérieux, c'est parce que la décision attaquée fut rendue à l'issue d'une procédure particulièrement protectrice des droits des justiciables. Mais le juge de l'excès de pouvoir ne pourrait pas adopter une semblable attitude, sans commettre un déni de justice.

La cassation administrative moderne est plus qu'une synthèse entre la théorie classique de la cassation en droit public et un certain nombre d'innovations. Le pourvoi en cassation est essentiellement un compromis entre deux objectifs impossibles à réaliser entièrement et qui sont aussi partiellement contradictoires entre eux. Il s'agit d'abord d'assurer un minimum d'égalité entre requérants et à ce titre, le Conseil d'État doit préciser quelles règles seront systématiquement sanctionnées s'il advenait qu'elles ne soient pas respectées au cours d'une affaire. Mais la Haute assemblée doit aussi parfois rompre la stricte égalité entre les requérants et accepter de statuer sur certaines notions ou sur certains litiges, en raison de leur importance afin de préserver l'unité et la cohérence du bloc de la légalité. Dans le premier cas, les conseillers tendent à garantir le principe de l'égalité devant la justice administrative. Dans le second cas, la Haute assemblée choisit de défendre le principe de l'unité d'interprétation de la législation administrative.

## **Section 02 : *Le Conseil d'État garant de l'unité du droit applicable devant l'ordre administratif.***

Le Conseil d'État est la juridiction administrative suprême ». Cette suprématie, par l'article L. 111-1 du Code de justice administrative<sup>906</sup>, s'exerce dans des conditions spécifiques liées à l'histoire propre du Conseil d'État et de la juridiction administrative. Si le rôle d'une Cour suprême est d'assurer l'unité du droit, alors, et avant même que le Conseil d'État ne soit porté au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, il a assumé cette tâche. L'unité du droit a en effet longtemps résulté de l'unité de juge : « le Conseil d'État, juge de droit commun en premier et dernier ressort, assurait l'unité du droit administratif pour la simple raison que, pour l'essentiel, il était seul à en assumer l'interprétation et l'élaboration »<sup>907</sup>. La création des tribunaux administratifs avait rendu nécessaire une forme de conversion du Conseil d'État afin d'assurer l'unicité du droit ; la création des Cours lui a encore imposé des transformations. Si son principal chef de compétence est désormais de statuer sur les recours en cassation – ce qui représente aujourd'hui près de 80 % de son activité juridictionnelle<sup>908</sup> –, il conserve des compétences en qualité de juge de premier ressort et de juge d'appel - qui, pour être quantitativement moins élevée, n'en est pas moins importante eu égard à celle des affaires portées à sa connaissance par ces voies de droit. Ce juge suprême n'est donc pas uniquement, à l'instar de son homologue dans l'ordre judiciaire, un juge de cassation. C'est sans doute pourquoi l'idée de régulation est aujourd'hui le plus souvent mobilisée pour désigner les fonctions d'une Cour suprême, et que l'on a pu attribuer au Conseil d'État la qualité de « cour régulatrice », avant même d'ailleurs qu'il ne devienne principalement juge de cassation<sup>909</sup>.

---

<sup>906</sup> : Article qui dispose : « Le Conseil d'État est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel ».

<sup>907</sup> : Jean Rivero, « Le Conseil d'État, cour régulatrice », Recueil Dalloz 1954, Chron. XXVIII.

<sup>908</sup> : Rapport du CE 2012 : 76.3% des affaires jugées l'ont été sur recours en cassation (dont 41.5% des décisions de Cours administratives) ; en 1970 à titre de comparaison, seulement une trentaine de recours en cassation étaient formés.

<sup>909</sup> : Pierre Delvolvé, « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in Mélanges Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 259.

Le juge lui-même se réfère désormais aux « pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif » détenu par le Conseil d'État<sup>910</sup>. Si le recours à la régulation apporte peu à la connaissance des tâches relevant d'une Cour suprême, soit une fonction disciplinaire et une fonction juridique, son apparition et son utilisation présentent intérêt dans cette mesure où l'idée de régulation semble servir à désigner et enregistrer le mouvement historique qui contraint le juge administratif, à sa propre conversion.

En vertu de quoi le Conseil d'État devient garant de l'unité du droit applicable ainsi que de l'unité de l'ordre administratif.

## **A. L'unité du droit applicable :**

Le rôle classique de gardien de l'unité du droit imposé par la multitude de juridictions, de première instance ou d'appel, constituant l'ordre juridictionnel administratif se réalise par le contrôle de cassation opérée par le Conseil d'État. Cet instrument de sanction est complété par d'autres mécanismes permettant au Conseil de participer à l'identification de la règle de droit applicable par lesdites juridictions.

### **1- La sanction de la règle de droit :**

La création des cours administratives d'appel n'a pas innové un contrôle de cassation aux mains du Conseil d'État. Dès 1947, il a admis qu'il existait devant lui un recours en cassation contre toute décision juridictionnelle rendue en dernier ressort, sauf exclusion législative<sup>911</sup>. Le Conseil d'État est donc familier de ce contrôle, puisqu'il connaît déjà en cassation, et de longue date, des décisions rendues par des juridictions spécialisées : Cour des comptes, Cour de discipline budgétaire et financière, commission de recours des réfugiés, Cour nationale du droit d'asile, sections disciplinaires des ordres professionnels, etc. Devenu juge de cassation des arrêts des Cours, il est néanmoins appelé à « s'habituer à de nouvelles méthodes de contrôle »<sup>912</sup>, c'est-à-dire à infléchir une culture ancienne et solidement ancrée. « Au-delà de l'apprentissage des rudiments de la technique

---

<sup>910</sup> : CE, 17 octobre 2013, Degoin, Recueil Lebon, p. 409.

<sup>911</sup> : L'article 333-1 du CJA dispose : « Le Conseil d'État est seul compétent pour statuer sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par toutes les juridictions administratives ».

<sup>912</sup> : Michel Gentot, « Le Conseil d'État régulateur du contentieux administratif », La revue administrative, 52e Année, No. 1, 1999, Numéro Spécial : « Évolutions et révolution du contentieux administratif », p. 4.



de cassation, l'exercice d'un contrôle de cassation modifie et transforme l'appréhension du métier juridictionnel : il invite à raisonner davantage en termes de principe, à raisonner davantage dans l'abstrait.

La démarche est plus désincarnée; elle peut se révéler moins pragmatique. Le regard du juge administratif, habitué à mêler le droit et le fait pour mieux contrôler l'action de l'administration, s'en trouve au début un peu brouillé »<sup>913</sup>. L'adaptation à laquelle il a été ainsi souvent fait référence, et sans la négliger tout à fait, porte en réalité sur un acclimatement à un abandon de contrôle. Cette transformation constitue incontestablement le « saut qualitatif » opéré par la réforme de 1987, le contrôle de cassation par le Conseil d'État apparaissant comme une véritable rupture avec la conception que le juge administratif s'était jusqu'alors fait de son rôle. Pour Michel Pinault, « il faut voir qu'en effet une part décisive des progrès de la jurisprudence administrative, dans les vingt dernières années, a été le résultat d'un resserrement patient du contrôle du juge sur les faits : du contrôle de « l'erreur manifeste d'appréciation », au « contrôle normal » ou à la « théorie du bilan »<sup>914</sup>, il y a donc là un « tabou », le tabou qu'a surmonté le législateur de 1987 et qu'à sa suite, a assimilé le juge administratif suprême, après quelques hésitations<sup>915</sup> qui ne sont pas sans rappeler celles dont a été saisi le Conseil d'État lorsqu'il s'est vu reconnaître en 1872 un pouvoir souverain de juridiction »<sup>916</sup>.

La création des Cours n'opère donc pas une simple amplification de la compétence de cassation. D'ailleurs, dans une démarche pragmatique, le législateur introduit un garde-fou au risque d'apparition d'un troisième degré de juridiction en instituant une procédure d'admission, de même qu'il a autorisé le juge de cassation à juger au fond. Dans ce cadre, le juge de cassation a recherché un contrôle adapté, qui conduit à quelques différenciations entre la sanction des décisions juridictionnelles des Cours et celles des juridictions spécialisées.

La procédure préalable d'admission en cassation est un véritable filtre juridictionnel dans cette mesure où le Conseil d'État est tenu de se prononcer sur

---

<sup>913</sup> : Jaques- Henri Stahl, « La cassation », *La Revue administrative*, 52e Année, No. 1, 1999, Numéro spécial : « Évolutions et révolution du contentieux administratif », p. 83.

<sup>914</sup> : Michel Pinault, « Perspectives ouvertes à la juridiction administrative par la loi du 31 décembre 1987 », EDCE, n°40, année 1988, p. 216

<sup>915</sup> : Voir Jaques- Henri Stahl, Op.cit.

<sup>916</sup> : Sur ces dernières hésitations, voir : Édouard Laferrière, « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », Tome 2, 2<sup>ème</sup> édition, Berger-Levrault et Cie, libraires-éditeurs, Paris, 1896, p. 613 et suivant.

tous les pourvois dont il est saisi, par une décision juridictionnelle. Originellement, avait été institué un traitement centralisé de l'admission : une commission d'admission des pourvois en cassation pouvait refuser d'admettre un pourvoi en se prononçant au seul examen du pourvoi, sans instruction contradictoire, si elle jugeait de l'irrecevabilité du pourvoi ou du fait qu'il n'était assorti d'aucun moyen sérieux<sup>917</sup>. Ce mécanisme d'admission, qui pouvait présenter l'avantage d'assurer une mise en œuvre progressive de la réforme et, ce faisant, de livrer une interprétation unitaire des conditions de l'admission, ne pouvait être indéfiniment viable sans engendrer lourdeurs et retards. Aussi, une fois l'achèvement des transferts de compétence d'appel aux Cours réalisé, il a paru pertinent de supprimer cette commission. Un décret du 24 décembre 1997 y procède et confie aux sous-sections de la section du contentieux la charge de cette procédure d'admission<sup>918</sup>. Le président de chaque sous-section ou bien décide, au vu des moyens, d'admettre le pourvoi qui suit alors le cours ordinaire de l'instruction, ou bien estime que l'admission peut être refusée; dans ce cas, le dossier est transmis au rapporteur public et l'affaire est inscrite au rôle. La décision juridictionnelle de refus d'admission n'est susceptible que du recours en rectification d'erreur matérielle et du recours en révision. Le filtre institué en vue d'éviter que les requérants ne soient tentés de s'adresser au juge de cassation comme s'il s'agissait d'un second juge d'appel, permet conséquemment au Conseil d'État d'éviter une volatilité de sa fonction de juge de cassation.

À l'opposé, un mécanisme d'évocation au profit du juge de cassation a été mis en place. Selon l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, « s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'État peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.

---

<sup>917</sup> : Conformément aux dispositions de l'article 11 alinéa 1 de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif : « Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'État fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux. »

N.B : cette article a été abrogé par l'article 4 de l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie Législative du code de justice administrative.

<sup>918</sup> : Conformément aux dispositions de l'article R. 822-1 du CJA : « Les pourvois en cassation présentés au Conseil d'État sont répartis entre les sous-sections dans les conditions prévues à l'article R. 611-20. »

N.B : Article modifié par l'article 1 du décret n°2016-889 du 1<sup>er</sup> juillet 2016, les pourvois étant répartis désormais entre les chambres.

Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'État statue définitivement sur cette affaire ». Si le pouvoir d'évocation du Conseil d'État est encadré par la nécessité de satisfaire « l'intérêt d'une bonne administration de la justice », la condition mise à l'évocation peut être susceptible d'interprétation, et par suite constituer une tentation pour un juge de longue date juge du fond. En 2001, le vice-président du Conseil d'État indiquait que, « après avoir fait preuve d'une certaine prudence, le Conseil d'État, depuis deux ou trois ans, a tendance, après cassation d'un arrêt d'une cour d'appel, à régler au fond le litige chaque fois que cela est possible. La charge des cours d'appel et le souci de mettre fin aussi vite que possible au contentieux expliquent, et à mes yeux, justifient cette attitude »<sup>919</sup>. En revanche, le juge de cassation hésite à faire jouer les dispositions de l'article L. 821-2 lorsqu'il est saisi d'un recours en cassation contre les décisions juridictionnelles des juridictions spécialisées. Pour Renaud Denoix de Saint Marc : « le Conseil d'État adopte une attitude beaucoup plus réservée à l'égard des juridictions administratives spécialisées car il considère qu'il convient de leur laisser, autant que possible, l'entier pouvoir d'appréciation des questions de fait »<sup>920</sup>. Au-delà du constat d'une différenciation dans l'appréhension de son rôle de cassation, celle-ci met en évidence combien la prudence guide la mise en œuvre par le Conseil d'État de son rôle de cassation à l'égard des Cours. La tendance observée en 2001 ne s'est pas longtemps perpétuée<sup>921</sup>. En effet, s'agissant des juridictions subordonnées de droit commun, l'évocation de l'affaire par le juge de cassation n'intervient que dans trois hypothèses : « affaire particulièrement ancienne, règlement découlant directement des motifs de cassation ou intérêt jurisprudentiel d'un règlement au fond »<sup>922</sup>. Ces évolutions révélatrices de certaines hésitations dans l'installation du Conseil d'État dans son rôle nouveau, se font également jour dans l'exercice de contrôle réalisé sur les décisions juridictionnelles des Cours.

Le juge de cassation est juge de la décision juridictionnelle, dont il apprécie la régularité et le bien fondé, et non du litige; il est juge du droit et non du fait. Ainsi, au titre de la régularité de l'arrêt attaqué, il contrôle le respect des règles de compétence, de composition de la formation, de procédure et de forme, en

---

<sup>919</sup> : Renaud Denoix de Saint Marc, préface à : Jean Massot, Olivier Fouquet, Jacques-Henri Stahl, *Op.cit.*, p. III.

<sup>920</sup> : *Ibid.*

<sup>921</sup> : Taux qui est passé de 22% dans la période de 2006 à près de 55% en 2011, Mattias Guyomar et Bertrand Seiller « Contentieux administratif », 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2012, p. 79.

<sup>922</sup> : *Ibid.*

particulier la motivation, en fait et en droit, qui doit être suffisante pour mettre le juge de cassation à même d'exercer son contrôle. Au titre du bien fondé des arrêts, le juge de cassation doit opérer un contrôle qui demeure en deçà de sa culture de juge de l'excès de pouvoir. Autrement dit, il doit éviter de se comporter en troisième degré de juridiction. Il assure l'unité d'interprétation de la règle en sanctionnant l'erreur de droit, c'est-à-dire la méconnaissance de l'étendue de son contrôle par le juge du fond, l'erreur dans la détermination du champ d'application de la règle de droit et de son interprétation. Quant à l'erreur de fait, elle n'est pas exclue totalement du contrôle de cassation : le Conseil d'État contrôle, de longue date<sup>923</sup>, l'exactitude matérielle des faits, mais aussi la qualification juridique des faits, qui apparaît comme une sorte de complément au contrôle de l'erreur de droit. En revanche, il ne saurait franchir la frontière de l'appréciation des faits, terrain dans lequel il peut néanmoins pénétrer peu ou prou, au moyen de la « dénaturation des faits ». Cette mise en cause du pouvoir souverain des juges du fond au motif d'une dénaturation des faits a, également, subi une nette évolution : « Si, dans un premier temps, le Conseil d'État y a eu recours de manière trop fréquente (...), manifestant ainsi une forme de réticence à délaissier les questions de fait, il ne l'utilise plus que de manière parcimonieuse pour censurer les cas d'errance flagrante des juges du fond »<sup>924</sup>.

Par suite, s'il a pu être jugé en 1999 que « la révolution imprimée par la réforme de 1987 ne s'est pas traduite par la transformation conceptuelle de la cassation administrative », il n'en demeure pas moins que le Conseil d'État a pris du temps pour se mouvoir dans ses nouveaux habits, nul ne dédaignant l'existence de quelques interrogations initiales sur le cadrage du contrôle de cassation<sup>925</sup>.

La consolidation du rôle de cassation du Conseil d'État s'est opérée avec son extension. En effet, il existe des compétences en premier et dernier ressort des tribunaux administratifs, dont les décisions rendues sont seulement susceptibles d'un recours en cassation devant le Conseil d'État<sup>926</sup>. Ces décisions sont rendues ou par un juge unique<sup>927</sup>, ou en formation collégiale. L'idée qui préside à une telle solution est de permettre un jugement rapide d'affaires qui

---

<sup>923</sup> : CE, 02 février 1945, Moineau, GAJA.

<sup>924</sup> : Mattias Guyomar et Bertrand Seiller, *Op.cit.*, p. 77.

<sup>925</sup> : Jaques- Henri Stahl, *Op.cit.*, p. 85.

<sup>926</sup> : Dans les cas énumérés aux dispositions de l'article R811-1 du CJA.

<sup>927</sup> : Dans les cas énumérés aux dispositions de l'article R222-13 du CJA.

paraissent peu importantes; mais la formule semble surtout être aujourd'hui mobilisée afin de lutter contre l'inflation contentieuse et la stabilité de ces compétences est par suite susceptible d'être entamée à l'avenir. En revanche, la réforme des procédures d'urgence, sur le fondement même de la rapidité requise, a renforcé la compétence du Conseil d'État, de manière résiduelle en appel, de manière principale en cassation, les cours administratives d'appel étant exclues de la justice administrative de l'urgence. En effet, si les mesures prises dans le cadre du référé-liberté sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'État, toutes les autres dispositions prises dans le cadre des autres référés, à titre provisoire ou définitif, relèvent d'un pourvoi en cassation<sup>928</sup>.

La suprématie du Conseil d'État s'exerce donc par essence, dans l'office du juge de cassation. Mais elle s'exprime également au moyen de mécanismes qui lui confèrent autorité pour identifier la règle de droit applicable en dehors de la connaissance d'un litige qu'il aurait à trancher.

## **2- L'identification de la règle de droit :**

En marge de la fonction juridictionnelle traditionnelle du Conseil d'État, qu'il intervienne en premier et dernier ressort, en appel ou en cassation, le juge administratif suprême voit son rôle de garant de l'unité du droit renforcé : il est appelé de manière directe ou indirecte à l'identification de la règle de droit, respectivement en rendant des avis sur une question de droit nouvelle – dits « avis contentieux » - Ou en statuant sur l'opportunité de transmission des questions prioritaires de constitutionnalité<sup>929</sup>.

### **a) L'avis contentieux :**

Innovation de la loi de 1987, l'article L. 113-1 du Code de justice administrative (issu de son article 12) dispose : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond

---

<sup>928</sup> : Article R. 523-1 et suivants du CJA.

<sup>929</sup> : La saisine du Tribunal des Conflits sur renvoi du Conseil d'État constitue également un instrument aux mains de la juridiction suprême de l'ordre administratif dans l'identification de la règle de droit, Pascale Gonod et Loïc Cadiet, « Le Tribunal des Conflits, Bilan et Perspectives », Dalloz (*Thèmes et Commentaires*), Paris, févr. 2009.

jusqu'à un avis du Conseil d'État ou à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai. ». L'adoption de cette disposition a donné lieu à de vifs débats au Parlement, où elle a été qualifiée de « monstrueuse excroissance »<sup>930</sup>.

L'on perçoit certes combien, dans un texte dont l'objet est d'assurer la célérité de la justice, cette procédure permet une action de prévention, tout en assurant l'unité d'interprétation. D'ailleurs l'intérêt de l'avis contentieux est tel que le législateur l'a transposé en matière civile, et s'en est inspiré en matière de répartition de compétences dans les collectivités ultramarines, au profit du Conseil d'État. En revanche, on conçoit tout autant l'inquiétude qu'elle est susceptible de susciter : en confiant à un juge, en dehors de tout litige, le pouvoir de fixer de manière abstraite et générale l'interprétation de la règle de droit, et bien qu'à cet égard il présente de fortes analogies avec le recours en interprétation, la procédure nouvelle évoque surtout le référé législatif ou le rescrit. En d'autres termes, l'appréhension provoquée par l'avis sur une question de droit, qui explique d'ailleurs la décision prise que la décision du Conseil d'État soit un simple avis ne liant pas et soit dépourvu de l'autorité de chose jugée, résulte de ce qu'elle renforce la suprématie du Conseil d'État en lui conférant, au-delà même de sa qualité de juridiction administrative suprême, un pouvoir normatif conséquent. Ce pouvoir est d'autant plus grand que, si ce n'est sur le plan juridique<sup>931</sup>, les avis rendus bénéficient en toute logique d'une autorité certaine et qu'il est désormais fait un usage courant de cette disposition - dans les limites de l'exigence que la question de droit soit nouvelle 28.

#### **b) La question prioritaire de constitutionnalité :**

La révision constitutionnelle de 2008 a introduit un article 61-1 à la Constitution qui dispose : « 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

---

<sup>930</sup> : Cité par Daniel Labetoulle, « Ni monstre ni appendice, le : « renvoi » de l'article 12 », RFDA, n°53, Dalloz, Paris, 1988.

<sup>931</sup> : Comme cela est le cas en vertu du décret du 28 juillet 2005 : article R. 122-12 6<sup>ème</sup> du CJA : « 6° Statuer sur les requêtes relevant d'une série, qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit des questions identiques à celles tranchées ensemble par une même décision du Conseil d'État statuant au contentieux ou examinées ensemble par un même avis rendu par le Conseil d'État en application de l'article L. 113-1 »

se prononce dans un délai déterminé. »<sup>932</sup>. L'inconstitutionnalité de la loi peut donc désormais, par voie d'exception, être introduite devant le juge ordinaire, dans la limite d'une atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Les juridictions suprêmes, Cour de cassation et Conseil d'État, sont appelées à jouer un rôle de filtre, que la question prioritaire de constitutionnalité soit posée devant une juridiction qui leur est subordonnée – et qui peut ou non décider de leur transmettre la question -, ou directement devant elles. C'est dans trois hypothèses que le Conseil d'État est susceptible de connaître d'une question prioritaire de constitutionnalité : soit sur transmission d'une juridiction subordonnée (tribunal administratif, cour administrative d'appel, juridiction spécialisée), soit à l'occasion d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, soit encore dans le cadre de ses compétences de premier et dernier ressort.

Si la question prioritaire de constitutionnalité ne saurait être assimilée à une question préjudicielle, elle participe, comme c'est le cas des mécanismes du renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg, d'un dialogue entre les juges. Il appartient en effet au Conseil d'État, s'agissant de l'ordre administratif, de décider de renvoyer ou non la question au Conseil constitutionnel. Pour ce faire, il est appelé à juger du respect des conditions de procédure et d'apprécier, sur le fond, si la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée, au regard des droits et libertés garantis par la Constitution, conforme à celle-ci et, surtout, si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. Il y procède en appliquant, et la jurisprudence et le raisonnement du Conseil constitutionnel. Alors l'on a pu observer que « d'une certaine manière, le juge administratif remplit le rôle (...) d'un juge constitutionnel en creux »<sup>933</sup> et, plus encore, que s'opère une « mutation du Conseil d'État en un juge de la constitutionnalité des lois »<sup>934</sup>. Car en effet, et notamment en raison de la marge d'appréciation qui est la sienne, le Conseil d'État dispose concrètement d'un instrument lui permettant, sans statuer sur la constitutionnalité de la loi, de s'immiscer dans le contrôle de constitutionnalité des lois. Reste qu'il exerce alors, par ce seul rôle de filtrage, une mission qui demeure subordonnée dans le contrôle de constitutionnalité.

---

<sup>932</sup> : Les modalités d'application de ces dispositions ont été fixées par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

<sup>933</sup> : Mattias Guyomar et Bertrand Seiller, *Op.cit.*, p. 450.

<sup>934</sup> : Agnès Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge de la constitutionnalité des lois », RFDA, n°691, Dalloz, Paris, 2011.

### 3- La création de la règle de droit :

Dégagé du poids d'un contentieux où les appréciations de fait l'emportent sur les questions de droit, le Conseil d'État pourra sans doute interpréter mieux encore les règles nouvelles, créer davantage de principes généraux, assurer l'adaptation souple de ces principes aux évolutions de l'administration et aux besoins de protection juridique des citoyens. Rassemblée sur son noyau central, traitant des espèces les plus importantes, l'activité jurisprudentielle devrait s'en trouver revigorée »<sup>935</sup>. Tel était l'une des attentes, satisfaite, de la mise en œuvre de la réforme engagée en 1987.

La fonction jurisprudentielle du Conseil d'État n'a aucunement été bridée par la redistribution de ses compétences au sein de l'ordre juridictionnel administratif. Il n'y a pas lieu de procéder à un inventaire des décisions rendues depuis 1990, qui en attesterait. On se contente ici de quelques remarques.

D'une part, les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative ont jugé nécessaire d'y faire figurer trente-deux nouveaux arrêts rendus au cours de cette période<sup>936</sup>. On peut évidemment discuter, voir contester, la présence de certains d'entre eux, estimer que la grandeur de l'arrêt introduit tient moins à la force de la novation qu'à la contrainte d'une adaptation du droit, mais on ne saurait pour autant négliger la force du mouvement que traduit, à cet égard, l'évolution de l'ouvrage. D'autre part, l'extension des compétences du Conseil d'État, par exemple au moyen de l'« avis contentieux », lui a permis d'étendre son influence, et parfois sur des questions au large écho politique et social, et l'on pense notamment à l'indemnisation des juifs victimes de déportation sous l'occupation<sup>937</sup>. Enfin, la force normatrice du Conseil s'est exprimée dans l'affirmation de nouveaux principes, tels « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine », ou l'interdiction d'extrader un étranger pour motif politique<sup>938</sup>.

Plus essentiellement, il y a lieu de rendre compte de ce que, dans son rôle jurisprudentiel, le Conseil d'État n'est pas demeuré à l'écart de la réforme de la justice administrative : il participe activement à la rénovation de « l'office du juge

---

<sup>935</sup> : Michel Pinault, Op.cit.

<sup>936</sup> : Depuis 1990, voir la 19<sup>ème</sup> édition de l'ouvrage, Dalloz, 2013.

<sup>937</sup> : CE, 16 février 2009, Hoffman-Glémane, Recueil Lebon, p. 43, conclusions Lenica ; CE, 09 octobre 1996 Union nationale CGT des affaires sociales, Recueil Lebon, p. 383.

<sup>938</sup> : CE, 02 juillet 1993, Milhaud, GAJA.



», initié par le législateur, relayé par sa jurisprudence, en particulier afin de renforcer le respect de la chose jugée autant que la sécurité juridique.

Tout d'abord, différents mécanismes ont été élaborés afin de permettre au juge d'éviter de prononcer une annulation, et avec elle, des effets jugés parfois radicaux qui y sont liés : interprétation neutralisante, substitution de base juridique, substitution de motifs, neutralisation de moyens... ces jurisprudences<sup>939</sup>, nées d'une recherche d'efficacité, conduisent le juge administratif à pénétrer dans le champ de l'administration active, et pourraient être considérées comme trop bienveillantes pour les autorités administratives, mettant par suite en cause la crédibilité de la justice administrative. À cet égard aussi, il s'agit de solutions audacieuses qui attestent de la vitalité créatrice du juge administratif. Le sont tout autant, et peut-être encore davantage, à côté des conditions dans lesquelles il s'est saisi des pouvoirs qui lui ont été reconnus en 1995 d'adresser des injonctions à l'autorité administrative, la construction prétorienne qui l'a conduit à moduler dans le temps les effets d'une annulation juridictionnelle. Ensuite, en effet, le juge a pris soin de s'intéresser aux conséquences pratiques de la décision qu'il prononce, en décidant de moduler dans le temps les effets de l'annulation, et dans les conditions qu'il détermine. L'intervention du législateur lui reconnaissant le pouvoir de prononcer des astreintes et des injonctions n'y est évidemment pas pour rien. Il a donc « pris la main », comme en atteste la réflexion menée sur la question de « l'après jugement » au sein du Conseil d'État<sup>940</sup>; la solution prend place dans une démarche générale du juge administratif qui conçoit désormais sa mission comme incluant les moyens d'assurer l'exécution de ses jugements, ou encore l'annulation, dès 2001<sup>941</sup>, du refus d'abroger un acte réglementaire nécessaire au bon fonctionnement du service public de la justice, ouvrant au ministre un délai lui permettant d'adopter les mesures nécessaires à rétablir la légalité.

Mais la décision AC! de 2004 marque une véritable rupture<sup>942</sup>, puisqu'il dote le juge de l'excès de pouvoir du pouvoir de moduler dans le temps les effets temporels de l'annulation, par dérogation, à titre exceptionnel, au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses.

---

<sup>939</sup> : Très commentés dans les manuels et traités de contentieux administratif.

<sup>940</sup> : Voir la note publiée à la RFDA n°3 de 2004 (dossier).

<sup>941</sup> : CE, 27 juillet 2001, Titran, Recueil 411.

<sup>942</sup> : CE, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, requête n°255886, publié au recueil Lebon.

Plusieurs associations de chômeurs contestaient la régularité d'arrêtés ministériels portant agrément d'une part, de divers accords se rapportant à la convention du 1 janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, d'autre part, de la convention du 1 janvier 2004 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage (et son règlement annexé, les annexes à ce règlement, les accords d'application relatifs à ladite convention). Les arrêtés ayant été adoptés après consultation dans des conditions irrégulières du Comité supérieur de l'emploi, à savoir sans respect d'une formalité substantielle, le Conseil d'État en prononce l'annulation. L'application du principe selon lequel l'annulation d'un acte entraîne de manière automatique sa disparition rétroactive créait en l'espèce un vide juridique, lui-même générateur d'incertitudes graves au regard des droits des allocataires et des cotisants, ainsi que des risques de désorganisation du régime d'assurance chômage. Il affirme en effet : « que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif (...) de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence, et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci est réputé ne jamais être intervenu contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

Sans remettre en cause l'existence du principe en vertu duquel l'annulation d'un acte implique que cet acte peut désormais commander un maintien temporaire de ses effets. Cette solution, qui permet d'éviter la négation de la chose jugée que constituent les validations législatives, est présentée comme

constituant une dérogation exceptionnelle, alors qu'elle apparaît être devenue d'un usage courant.

La réalisation de l'unité juridique passe, au-delà de l'exercice des pouvoirs juridictionnels et jurisprudentiels, par un dialogue régulier entre les juridictions composant l'ordre. D'ailleurs, en décidant de placer à la tête des cours des conseillers d'État, l'on a assuré une liaison plus aisée avec le Conseil d'État, et ce particulièrement quand le conseiller d'État est issu du corps des conseillers. Reste que des rencontres sont formalisées. Ainsi, se tient tous les trois mois une réunion du président de la section du contentieux du Conseil d'État et des présidents des cours administratives d'appel. « Elle est l'occasion d'échanges sur les questions nouvelles, notamment de compétence et de procédure, et sur le contenu d'éventuelles réformes »; il existe également « le groupe des séries » qui réunit le président de la section du contentieux et des représentants des juridictions de droit commun subordonnées : « y sont étudiées les questions relatives aux affaires répétitives, donnant lieu à de multiples recours et qui appellent une solution commune »<sup>943</sup>; doit y être ajoutée la réunion annuelle des chefs de juridictions, sous la présidence du vice-président du Conseil d'État. Enfin, demeurent un lieu d'échanges les visites « de courtoisie » des tribunaux et des cours que rend le vice-président du Conseil, accompagné du président de la section du contentieux, du secrétaire général et du chef de la mission d'inspection, qui ont été inaugurées par le président Long et poursuivies par ses successeurs.

Par la sanction, l'identification et l'interprétation de la règle de droit, autant que par son activité prétorienne, le Conseil d'État assume pleinement, et avec vitalité, sa fonction de juridiction administrative suprême. Cette dernière emporte la réalisation avec l'unité du droit, de l'unité de l'ordre juridictionnel.

---

<sup>943</sup> : Bruno Genevois, « Entretien », RFDA, n°2, Dalloz, Paris, 2007.

## **B. L'unité de l'ordre juridictionnel administratif :**

L'unité de l'ordre juridictionnel renvoie à l'idée de maintien d'un ordre dans le fonctionnement de cette multitude de juridictions qui le compose. Autrement dit, il s'agit d'exercer une forme de pouvoir « disciplinaire » au sein de l'ordre juridictionnel. Il est réalisé par le Conseil d'État dans l'exercice normal de son contrôle en appel ou en cassation. Mais trois types de situations peuvent justifier son intervention en qualité de juridiction administrative suprême, soit, en application du Code de justice administrative, en vue du règlement des questions de compétence, soit par le jeu des « pouvoirs généraux » qui lui sont attribués, le plus fréquemment aujourd'hui désignés de « pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif ».

### **1- Le règlement des questions de compétence :**

La nécessité d'organiser une « police » des compétences au sein de l'ordre juridictionnel s'impose pour prévenir ou résoudre d'éventuelles difficultés. Le Conseil d'État, et plus spécifiquement le président de la section du contentieux, est appelé à jouer un rôle central dans le règlement des questions de compétence, en toutes logiques puisqu'il se situe au sommet de cet ordre. Les articles R 531-1 et suivants du Code de justice administrative prévoient des mécanismes de renvoi entre juridictions, qui statuent alors par voie d'ordonnance. Selon la juridiction saisie du procès, sur renvoi soit du président d'un tribunal ou d'une cour, soit du président d'une sous-section du Conseil d'État, le président de la section du contentieux désignait la juridiction compétente. Le décret du 19 avril 2002<sup>944</sup> a renouvelé ces procédures de règlement des questions de compétence, supprimant la compétence générale du président de la section du contentieux du Conseil d'État. Aussi, les cours administratives d'appel comme les tribunaux administratifs qui sont saisis de conclusions qu'ils estiment relever de la compétence d'une juridiction administrative autre que le Conseil d'État, peuvent désormais transmettre directement le dossier à la juridiction qu'ils estiment compétente. Ce n'est qu'en « cas de difficultés particulières, (que la juridiction saisie) peut transmettre sans délai le dossier au président de la section du contentieux du

---

<sup>944</sup> : Décret n° 2002-547 du 19 avril 2002 modifiant certaines dispositions de la partie Réglementaire du code de justice administrative, JORF n°94 du 21 avril 2002, texte n° 27, p. 7137.

Conseil d'État qui règle la question de compétence et attribue le jugement de tout ou partie de l'affaire à la juridiction qu'il déclare compétente »<sup>945</sup>.

À l'inverse le décret renforce considérablement la compétence du conseil d'État, non seulement en instituant un mécanisme qui permet, au nom de la bonne administration de la justice, de désigner le juge propre à régler un litige, mais en prévoyant que la procédure peut être mise en œuvre sur l'initiative propre du président de la section du contentieux. L'article R. 531-8 dispose en effet : « lorsque des considérations de bonne administration de la justice l'impose, le président de la section du contentieux du conseil d'État, de sa propre initiative ou sur la demande d'un président de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel, attribut, par une ordonnance motivée qui n'est pas susceptible de recours, le jugement d'une ou plusieurs affaires à la juridiction qu'il désigne ».

La possibilité pour le président de la section du contentieux de diriger ainsi les compétences, avec pour seule contrainte d'agir dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, constitue un renforcement significatif de ses pouvoirs, et ce d'autant qu'il pourrait être fait un usage abusif de cette mention, des plus flexibles de bonne administration de la justice<sup>946</sup>. Or, déterminer la juridiction la mieux à même de statuer sur une affaire peu engagé les conditions de résolution d'un litige.

## **2- L'exercice de « pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif » :**

La tenue ou l'aboutissement d'un procès administratif peuvent être entravés. De manière prétorienne, le conseil d'État est intervenu pour permettre la réalisation du procès.

Tout d'abord, afin de résoudre la contrariété existant entre deux décisions émanant de juridictions administratives, et se fondant sur les « pouvoir généraux dont il est investi par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 », aujourd'hui « en vertu des pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif dans le conseil d'État statuant au contentieux est investi », le conseil d'État procède au « règlement des juges »<sup>947</sup>. Il s'agit pour lui de déclarer nul et non avenue une de ces décisions, pourtant revêtu de la chose jugée, et alors que son annulation n'est

---

<sup>945</sup> : Selon les dispositions de l'article R. 351-3 du CJA.

<sup>946</sup> : V. le dossier consacré à la bonne administration de la justice de la revue « Justice et Cassation », n°7, 2013.

<sup>947</sup> : CE, 15 janvier 1932, *Rambaud*, Recueil, p. 61.

pas sollicitée. Si le mécanisme a été inauguré pour régler des conflits négatifs de juridiction, il est également appliqué pour des contrariétés touchant le fond du droit.

Le conseil d'État exerce un pouvoir disciplinaire à l'égard d'une juridiction subordonnée.

Ensuite, le conseil d'État a pu se substituer à une juridiction subordonnée mise dans l'incapacité de statuer, faute pour elle de pouvoir se conformer au respect du principe d'impartialité. La situation, pour être exceptionnel, fait du conseil d'État une sorte de juge par défaut. La Cour des comptes c'est ainsi trouver dans l'incapacité de statuer sur un appel contre un jugement prononcé à titre définitif par une chambre régionale des comptes, comme la loi lui en fait pourtant l'obligation, au motif que les faits en cause avaient été évoqué dans son rapport public. Afin de ne pas priver le justiciable de son droit de faire appel des jugements des chambres régionales des comptes, la Cour des comptes doit « transmettre l'affaire au conseil d'État afin que celui-ci, dans le cadre de ses pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif, donne à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions d'appel qui avaient été présentées à la cour ». Ce à quoi il a procédé dans l'affaire *Degoin* : « considérant, dès lors, en estimant qu'elle devait décliner sa compétence pour juger les appels dont elle avait été saisie au motif que le principe d'impartialité faisait obstacle à ce qu'elle se prononçât sur des faits qu'elle avait auparavant évoqués et qualifiés dans son rapport public pour 1998, sans transmettre ces appels au Conseil d'État, la Cour des comptes a entaché sont arrêt d'erreur de droit »<sup>948</sup>. Ce faisant, la situation du Conseil d'État lui permet de rendre la justice que les juridictions compétentes subordonnées se trouvent dans l'incapacité de rendre valablement.

La forte crainte qui s'est exprimée lors du long processus qui a abouti à l'adoption de la loi de 1987, à savoir la transformation du conseil d'État en juge de cassation, au motif qu'il perdrait sa position dominante au sein de la juridiction administrative s'est dissipée. « La réforme n'a pas fait perdre au conseil essentielles qui, depuis un siècle, on fait sa renommée »<sup>949</sup>. Outre qu'il a bénéficié

---

<sup>948</sup> : CE, 17 octobre 2003, requête n°**237290**, publié au Recueil, p. 408 ; voir également s'agissant de la Cour de discipline budgétaire et financière : CE, 4 février 2005, Procureur général près la Cour des comptes, requête n°**269233**, publié au Recueil, p. 31.

<sup>949</sup> : Jean Massot, Olivier Fouquet, Jacques-Henri Stahl, Op. cit, p. 335.

du redéploiement des pouvoirs du juge administratif, auquel il contribue lui-même, sa situation rénovée de juridiction administrative suprême lui assure une position première : « grâce à la réforme, rassurait son principal inspirateur, le conseil d'État pourra continuer à assurer sa vraie mission de juge, marquer son empreinte, donner sa spécificité au droit public »<sup>950</sup>.

---

<sup>950</sup> : Pascale Gonod, « Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative », Dalloz, Paris, 2014, p. 90.





## **Conclusion :**

Qu'il soit conseiller du pouvoir exécutif, ou juge administratif de premier ressort, d'appel, de cassation ou encore juridiction disciplinaire, il n'est plus à prouver que le Conseil d'État joue un rôle prépondérant au cœur de l'État de droit, de par l'organisation d'une certaine synergie entre les différents organes et institutions de l'État.

Si le principe de séparation des pouvoirs est une condition sine qua none pour répartir le pouvoir au sein de l'État, le Conseil d'État en est le garant, en effet le contrôle qu'exerce cette haute institution sur l'action publique au sein du pouvoir exécutif et parfois législatif en fait à la fois un pivot sur le quel tourne les décisions étatiques qui assoient et reflètent les décisions politiques les plus importantes et font du Conseil d'État un « co-gouvernant » et parfois un « co-législateur », en plus d'être une juridiction juridictionnelle.

De par ses prérogatives le Conseil d'État représente une institution sans nulle autre pareil, et cela revient essentiellement à l'évolution historique de sa double fonction à la fois consultative et contentieuse, depuis la « Curia regis » (Littéralement : Conseil royal) au moyen âge ou l'institution était constituée de grands personnages proches du roi qui aidaient ce dernier dans le gouvernement du royaume et dans l'exercice de la justice, en passant par les lois : d'abord du 13 décembre 1799 par le biais de laquelle Napoléon Bonaparte en fait une institution administrative qui rédige les textes les plus importants et contentieuse spécialisée dans les litiges liés à l'administration, ensuite celle de 1849 qui lui confia la justice déléguée et enfin la loi du 24 mai 1872 sous la troisième république qui précisa le rôle de la haute instance et qui lui donna la structure qu'on lui connaît aujourd'hui, et donc ce n'est pas un hasard si le Conseil d'État exerce un contrôle efficace sur la justice administrative et par extrapolation sur l'action gouvernementale, mais c'est bel et bien le fruit de siècles d'expérience et de jurisprudences.

On notera qu'à travers le droit administratif, le Conseil d'État a aussi apporté une contribution essentielle à la construction du système de valeurs sur lequel repose l'édifice étatique, vu qu'une démarcation tranchée est établie entre les valeurs dont se réclame l'État et celles qui prévalent dans la sphère privée : l'État est conçu comme porteur d'un intérêt général irréductible aux intérêts particuliers et devant être défini à l'abri de leur pression. Cet intérêt général justifie que l'État dispose de moyens d'action qui lui appartiennent en propre et

qu'il utilise pour le plus grand bien de tous : la construction du droit administratif autour des deux piliers que sont la « puissance publique » (Courant doctrinale institué par Maurice Hauriou) et le « service public » (Courant doctrinale institué par Léon Duguit) permettra au Conseil d'État de tisser une trame conceptuelle remarquablement cohérente, qui résistera aux changements qui ont affecté la place de l'État dans la société. Cette stabilité sera en même temps la garantie de la permanence des représentations, sur lesquelles l'État fonde sa légitimité.

Le poids du Conseil d'État est étroitement lié à la nature des ressources qu'il contrôle : l'État est en effet corseté par le droit qui établit l'armature solide de son institution, fixe ses principes d'organisation et constitue le moyen privilégié de son action en direction de la société ; la régulation de cette production juridique permet au Conseil de détenir une position clé dans les structures étatiques. Leur statut de « juristes d'État » donne parallèlement à ses membres la possibilité d'investir un ensemble de lieux de pouvoir, tout en prétendant au monopole du savoir sur l'État.

Le Conseil d'État de par son contrôle sur la production juridique et sur son application, pèse sur le contenu même des normes ce qui facilite grandement sa mission de « censeur » de l'action gouvernementale.

Conseiller juridique du gouvernement, le Conseil d'État ne se borne pas à veiller à ce que les textes soient correctement rédigés et conformes au droit en vigueur : il porte encore une appréciation sur leur opportunité, en examinant l'intérêt du projet, les justifications avancées, son adéquation au problème posé ; il ne s'agit certes pas de se prononcer sur le bien-fondé des choix politiques du gouvernement, mais de s'interroger sur les modalités de leur mise en œuvre. Le Conseil est ainsi partie prenante au processus d'élaboration du droit : si ses avis ne sont pas toujours suivis, au moins pour ce qui touche aux considérations d'opportunité, ils constituent dans tous les cas un instrument efficace de canalisation de la production juridique.

Cette intervention est relayée par la présence de membres du Conseil à certains des postes clés qui commandent la production du droit au sein de la machine gouvernementale et de l'administration centrale : le secrétariat général du gouvernement, qui constitue un dispositif essentiel d'aiguillage, est traditionnellement dirigé par un membre du Conseil et il exerce les fonctions qui lui incombent en relation étroite et permanente avec celui-ci. L'exercice des fonctions de conseil juridique auprès de certains ministères et le fait que bon

nombre de leurs directions juridiques soient occupées par des membres du Conseil garantit un contrôle, non seulement au niveau de l'application des textes, mais encore dès la préparation des projets. La désignation, à la demande du gouvernement, d'un membre du Conseil en qualité de pré-rapporteur assurera de même la présence de celui-ci en amont de l'élaboration ; et la présence au secrétariat général du Conseil constitutionnel, ne peut que renforcer le poids des avis du Conseil. Sans doute, le contrôle sur la production juridique n'est-il pas total : certains postes, comme celui de secrétaire général aux affaires européennes ou de directeur général de la fonction publique lui ont échappé et une pression constante est indispensable pour la sauvegarde des bastions conquis ; mais sa position n'en reste pas moins prééminente.

À l'autre bout de la chaîne, les compétences contentieuses du Conseil lui donnent la possibilité, non seulement de veiller au respect de la légalité par les services administratifs, mais encore de participer à la construction des normes. Ce pouvoir normatif prend trois formes essentielles : une interprétation des lois pouvant aller jusqu'à contredire la lettre de leurs dispositions ; la création en l'absence de textes écrits de règles jurisprudentielles ; la consécration de principes de portée très générale. Le couplage de la fonction consultative et de la fonction contentieuse permet au Conseil de tenir les deux bouts de la chaîne de production et d'application du droit.

S'identifiant à l'État, le Conseil d'État est conduit à revendiquer le monopole du savoir qui le concerne : lui seul est à même de saisir la logique qui commande son institution, de comprendre les ressorts qui sous-tendent son fonctionnement, de définir le sens des réformes à apporter et qui est manifestement la forme la plus aboutie du contrôle de l'action gouvernementale ; les ressources juridiques dont le Conseil s'est assuré la maîtrise ne sont qu'un moyen d'accéder à une connaissance plus intime de l'État, et par là même de la société. Cette intelligence de l'État, dont le Conseil s'estime porteur, explique l'emprise qu'il s'est assurée dès l'origine sur une science administrative conçue comme une discipline pragmatique, visant à améliorer l'organisation et le fonctionnement de l'administration étatique.

L'identification du Conseil d'État à l'État a eu pour double effet de consolider l'édifice étatique et de conforter l'influence et le prestige du Conseil : tandis que le Conseil garantissait par son action la robustesse et la continuité des principes d'organisation étatique, l'aura entourant l'État ne pouvait que lui bénéficier par

projection. La dynamique d'évolution que connaît actuellement l'État, par le jeu de pressions internes et externes, crée une situation nouvelle : elle contraint le Conseil d'État à un effort d'adaptation afin de préserver une identité étatique menacée par l'érosion d'une souveraineté qui est au principe de la formation de l'État moderne car pris dans un jeu complexe d'interactions, l'État ne dispose plus de cette puissance suprême, de cette autorité sans partage qui étaient censées être les siennes ; et il se trouve désormais inséré dans des dispositifs plus larges de coopération qui réduisent toujours davantage sa liberté de décision.

Le Conseil d'État a progressivement intériorisé le nouveau contexte dans lequel se déploie l'action gouvernementale, et donc le modèle étatique hérité de l'histoire est dès lors voué, aux yeux du Conseil, à connaître un certain nombre d'infléchissements. La jurisprudence récente montre que la perception d'un droit administratif radicalement différent du droit commun a vécu : dans une série de domaines comme le contentieux de la responsabilité, la spécificité des solutions retenues par le juge administratif tend à s'estomper ; le Conseil d'État a lui-même été à l'origine de l'adoption de la nouvelle procédure de référé « Le référé-Liberté » qui permet d'obtenir du juge des référés « toutes mesures nécessaires » à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle l'administration aurait porté atteinte de manière grave et manifestement illégale. Le juge se prononce dans ce cas en principe dans un délai de 48 heures.

Sur le plan des valeurs morales, il a admis que la notion d'intérêt général avait besoin d'une reformulation, et que la conception d'un État ordonnant de l'extérieur la société civile devait faire place à la représentation d'un État arbitre entre les intérêts ; quant au mythe du service public, il ne saurait interdire d'évaluer la qualité des performances publiques. Enfin, le Conseil a pris acte du mouvement de fragmentation des structures administratives, dont témoigne le développement des autorités administratives indépendantes et les réformes décentralisatrices, mais en préconisant l'établissement de garde-fous et en s'attachant à préserver certains dispositifs de contrôle.

Le Conseil d'État ne reste donc pas passif face aux défis auxquels est désormais confronté un État qu'il a contribué à bâtir et dont il incarne la continuité historique, il entend même garantir la survie de cet État en remodelant ses principes d'organisation, de fonctionnement et son action gouvernementale afin de l'adapter au monde contemporain. Ce faisant, le Conseil d'État reste fidèle à la logique qui a été au principe même de son institution.

Le résultat de cette recherche en droit comparé (français) tend à démontrer la déconcertante obsolescence dans laquelle beigne non seulement le Conseil d'État national « algérien », mais tout le système juridique dans lequel il évolue, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle il n'y a pas de comparaison à proprement dite entre le fonctionnement des deux institutions homologues, car il ne convient pas de comparer une institution riche de deux siècles de jurisprudences et d'avis éclairés en matière de conseil gouvernementale et une autre qui compte à peine deux décennies de services et dont les règles d'organisation et de fonctionnement ne sont pas tout à fait stables (En témoigne les récents amendements de la loi organique 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat par : d'abord par la loi n° 11-13 du 26 juillet 2011 qui a eu pour texte d'application le décret exécutif n°12-224 du 17 mai 2012 fixant les modalités de nomination aux fonctions de secrétaire général, de chefs de départements et de chefs de services du Conseil d'État et leur classification.

Ensuite et en second lieu par la loi organique n°18-02 du 04 mars 2018 qui institue une commission consultative au lieu d'un simple magistrat rapporteur et élargie la consultation du conseil d'État par le gouvernement aux projets d'ordonnances en plus des projets de lois. En outre il est à noter que le Conseil d'État algérien ne bénéficie d'un règlement intérieur que depuis le 19 septembre 2019.), sans compter le côté tout à fait formelle de la consultation du Conseil d'État algérien, ses avis étant de vulgaires pièces faites par des magistrats rapporteurs sur les différents projets de lois comme s'ils s'agissaient de simples rapports d'affaires contentieuses, et ce n'est que depuis la loi du 04 mars 2018 dont le texte d'application n'a toujours pas vu le jour que les projets d'ordonnances font parties du champ de consultation qui est certes obligatoire mais qui n'engage en rien le gouvernement.

Et sur le volet juridictionnelle, les arrêts du conseil d'État français forment un véritable halo de production juridique qui instaure le droit administratif historique à proprement dit, tandis que la juridiction algérienne se contente de régler des litiges dont l'une des deux parties est l'État, une collectivité territoriale ou une institution à caractère administratif en instance d'appel, de cassation ou première et dernière instance selon un procédé dans la forme et le fond qui est purement et simplement emprunté à l'ordre judiciaire « normal » (ou non administratif), c'est dire que la manœuvre de distinction entre les deux ordres juridictionnelles est purement organique et que la production de règles de droit

administratif par le conseil d'État algérien (qui n'a même pas encore de recueil de jurisprudence à la rédaction de cette thèse) est purement hypothétique. Donc, le lecteur averti de cette thèse comprendra bien qu'il s'agit là de deux philosophies fonctionnelles qui n'ont rien avoir l'une avec l'autre, et qui se trouvent de ce fait incomparables, cependant le fait de centrer la recherche sur l'évolution des deux institutions (deux siècles et deux décennies de contrôle sur l'action gouvernementale depuis 1799 pour le nouveau rôle post-révolutionnaire du conseil d'État français, et deux décennies depuis 1999 pour la mise en service effective du Conseil d'État algérien après son institution par la réforme constitutionnelle de 1996 et la loi organique n°98-01 du 30 mai 1998) permettra, je l'espère, de prendre exemple sur l'efficacité du système français à fortiori lorsque l'on sait que le Conseil d'État français était une juridiction compétente en Algérie jusqu'en 1963, et que le passage à la dualité juridictionnelle a été institué en prenant exemple justement sur le système français, et ce en prenant les dispositions adéquates de la constitution de la quatrième république du 27 octobre 1946 puis en les transposant à la révision constitutionnelle algérienne du 07 décembre 1996.



## **Bibliographie :**

### **I. Textes (sources juridiques):**

- 1) Constitution française du 27 octobre 1946.
- 2) Constitution française du 04 octobre 1958.
- 3) Constitution algérienne du 07 décembre 1996.
- 4) Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 04 novembre 1950.
- 5) Traité de Maastricht (Pays-Bas) du 07 février 1992 (sur l'union européenne), *Journal officiel n° C 191 du 29/07/1992*.
- 6) Loi du 22 décembre 1789 relative à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives.
- 7) Loi du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.
- 8) Loi du 28 pluviôse de l'an VIII soit le 17 février 1800, concernant la division du territoire français et l'administration.
- 9) Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 portant Code civil français.
- 10) Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État, JORF du 31 mai 1872.
- 11) Loi du 05 avril 1884 relative à l'organisation municipale.
- 12) Loi du 01 juillet 1901 relative au contrat d'association en France.
- 13) Loi du 09 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, JORF du 11 décembre 1905.
- 14) Loi n° 55-385 du 03 avril 1955, instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, JORF n° 0085 du 7 avril 1955.
- 15) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF n° du 7 janvier 1978.
- 16) Loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, JORF du 07 août 1960.
- 17) Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JORF du 05 janvier 1972.
- 18) Loi n°72-349 du 30 mai 1972 relative aux contentieux des dommages de guerre, JORF du 31 mai 1972.
- 19) Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, Publiée au JORF du 18 juillet 1978.
- 20) Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 03 mars 1982.



- 21) Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, JORF du 1 janvier 1988.
- 22) Loi n°90-34 du 10 janvier 1990 modifiant l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JORF n°10 du 12 janvier 1990.
- 23) Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation, JORF n°115 du 18 mai 1991.
- 24) Loi constitutionnelle n°92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : "Des Communautés européennes et de l'Union européenne", JORF n°147 du 26 juin 1992.
- 25) Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, JORF n°169 du 23 juillet 1992.
- 26) Loi n°98-01 Relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat du 30 mai 1998.
- 27) Loi n°99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc », JORF n°244 du 20 octobre 1999.
- 28) Loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, JORF du 4 janvier 2003, texte n° 3.
- 29) Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF n°185 du 11 août 2004, texte n°1.
- 30) Loi n°2004-1370 du 20 décembre 2004 de financement de la sécurité sociale pour 2005, JORF n°296 du 21 décembre 2004.
- 31) Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, JORF n° 173 du 27 juillet 2005, texte n° 2.
- 32) Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JORF n°284 du 8 décembre 2006, texte n° 1.
- 33) Loi n°2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, JORF n°56 du 7 mars 2007, texte n° 13.
- 34) Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008, texte n° 2.
- 35) Loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF n° 0089 du 16 avril 2009, texte n°1.
- 36) Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, JORF n°110 du 13 mai 2009, texte n°1.

- 37) Loi n°2009-689 du 15 juin 2009 tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le code de justice administrative, JORF n°0137 du 16 juin 2009, texte n°1.
- 38) Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n°0160 du 13 juillet 2010, texte n°1.
- 39) Loi 12-06 du 12 janvier 2012 relative aux associations, JORADP n°2 du 15 janvier 2012.
- 40) Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, texte n° 2, JORF n°0176 du 1 août 2014.
- 41) Loi n°16-01 du 06 mars 2016, portant révision constitutionnelle, JORADP n° 14 du 07 mars 2016.
- 42) Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives: JORF n°151 du 01 juillet 2000, p.9948.
- 43) Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JORF n°0237 du 12 octobre 2010.
- 44) Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.
- 45) Code de justice administrative français.
- 46) Code de la santé publique français.
- 47) Code de la sécurité sociale français.
- 48) Code du travail français.
- 49) Code général des collectivités territoriales français.
- 50) Ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945, relatif à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'État, JORF n°0179 du 01<sup>er</sup> août 1945.
- 51) Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie Législative du code de justice administrative, JORF n°0107 du 7 mai 2000.
- 52) Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches », JORF n°0179 du 3 août 2005, texte n° 25.
- 53) Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, relative à la partie législative du code générale de la propriété des personnes publiques, JORF n°95 du 22 avril 2006, texte n°21.
- 54) Ordonnance n° 2018-358 du 16 mai 2018 relative au traitement juridictionnel du contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale, JORF n°0112 du 17 mai 2018, texte n° 6.
- 55) Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif, JORF du 1er octobre 1953.
- 56) Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif

- à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'État, JORF du 01<sup>er</sup> août 1963.
- 57) Décret n°73-561 du 28 juin 1973 modifiant et complétant le code de la route, JORF du 29 juin 1973.
  - 58) Décret n°85-90 du 24 janvier 1985 portant création de la section du rapport et des études du Conseil d'État, JORF du 25 janvier 1985.
  - 59) Décret n° 92-245 du 17 mars 1992 relatif aux compétences des cours administratives d'appel, JORF n°66 du 18 mars 1992
  - 60) Décret présidentiel n°96-438 du 07 décembre 1996, JORADP n°76 du 08 décembre 1996.
  - 61) Décret n° 2002-547 du 19 avril 2002 modifiant certaines dispositions de la partie Réglementaire du code de justice administrative, JORF n°94 du 21 avril 2002, texte n° 27.
  - 62) Décret n°2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du code du domaine de l'État, JORF n°172 du 27 juillet 2004, texte n° 11.
  - 63) Décret n°2004-1387 du 21 décembre 2004 relatif à l'assemblée générale du Conseil d'État et modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative, JORF n°298 du 23 décembre 2004, texte n°12.
  - 64) Décret n°2006-98 du 02 février 2006 autorisant le transfert au secteur privé de la participation majoritaire détenue conjointement par l'État et Autoroutes de France au capital de la société SANEF, JORF n°29 du 3 février 2006, texte n° 9.
  - 65) Décret n°2006-167 du 16 février 2006 autorisant le transfert au secteur privé de la participation majoritaire détenue conjointement par l'État et Autoroutes de France au capital de la société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, JORF n°41 du 17 février 2006, texte n° 10.
  - 66) Décret n°2006-267 du 8 mars 2006 autorisant le transfert au secteur privé de la participation majoritaire détenue conjointement par l'État et Autoroutes de France au capital de la société Autoroutes du Sud de la France, JORF n°58 du 9 mars 2006, texte n° 16.
  - 67) Décret n°2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État, JORF n°57 du 07 mars 2008, texte n° 20.
  - 68) Décret n°2009-926 du 29 juillet 2009 relatif à l'examen par le Conseil d'État des propositions de loi, JORF n°0174 du 30 juillet 2009, texte n°7.
  - 69) Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, JORF n°45 du 23 février 2010, texte n°15.
  - 70) Décret n°2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration, JORF n°0107 du 8 mai 2015, texte n° 23.

- 71) Décret 2018-928 du 29 octobre 2018 relatif au contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale, JORF n°0251 du 30 octobre 2018 Texte n° 11.
- 72) Circulaire n°4538/SG du 29 septembre 1997 relative à la procédure applicable aux demandes d'avis adressées par les ministres au Conseil d'État, Bulletin officiel des services du Premier ministre n°4.
- 73) Circulaire du 8 décembre 2008 relative à la modernisation de la consultation, JORF n°0287 du 10 décembre 2008, texte n°3.
- 74) Circulaire du 07 juillet 2011 relative à la qualité du droit, JORF n°0157 du 08 juillet 2011, texte n°2.
- 75) Circulaire du 22 novembre 2011 relative aux obligations de notification à la Commission européenne de projets de texte et textes législatifs et réglementaires relatifs aux produits et aux services, JORF n°0271 du 23 novembre 2011, texte n°1.
- 76) Décision du conseil constitutionnel n° 65-34 L du 2 juillet 1965 relative à l'examen des articles 1<sup>er</sup>, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins de commerce, JORF du 23 août 1965.
- 77) Décision du Conseil constitutionnel n° 82-153 DC du 14 janvier 1983 sur la troisième voie d'accès à l'école nationale d'administration, JORF du 15 janvier 1983.
- 78) Décision du Conseil constitutionnel n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, sur la loi portant diverses mesures d'ordre social à la constitution, JORF du 25 janvier 1987.
- 79) Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-468 DC du 03 avril 2003, sur la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, JORF du 12 avril 2003.
- 80) Décision du Conseil constitutionnel n°2006-541 DC du 28 septembre 2006, JORF du 03 octobre 2006.
- 81) Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, sur la loi relative au secteur de l'énergie, [Non-conformité partielle].
- 82) Décision du Conseil constitutionnel n° 2016-264 L du 17 novembre 2016, sur la nature juridique de dispositions relatives à la conférence des finances publiques, JORF n°0270 du 20 novembre 2016, texte n° 30.
- 83) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995.

## II. Traités et Ouvrages :

- 1) André de Laubadère, « Traité de droit administratif », Tome 1, 9<sup>ème</sup> édition par : Jean-Claude VENEZIA & Yves GAUDEMET, LGDJ, Paris, 1984.
- 2) André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, « Traité des contrats administratifs », Tome 2, LGDJ, 2<sup>ème</sup>éd, 1984.
- 3) Annie Bartoli et Cécile Blatrix, « Management dans les organisations publiques. Défis et logiques d'action », Dunod, Paris, 2015.
- 4) Arnaud Montebourg et Bastien François, « La Constitution de la VI<sup>e</sup> République, réconcilier les français avec la démocratie », Odile Jacob, 2005.
- 5) Auguste Vivien, « Études administratives », Guillaumin Librairie, Paris, 1845. (Consultable en ligne en version numérisée et texte sur :<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k96835538/f9.image.texteImage>).
- 6) Bernard Stirn et Yann Aguila, « Droit public français et européen », Presse science po et Dalloz, collection "Amphi", imprimé en Belgique, 2014.
- 7) Charles Eisenmann, « Cours de droit administratif », Édition L.G.D.J, tome 2, Paris, 1983.
- 8) Christophe Guettier, « Droit des contrats administratifs », PUF, Collection : Thémis, troisième édition mise à jour, 2011.
- 9) Édouard Laferrière, « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », Tome 2, 2<sup>ème</sup> édition, Berger-Levrault et C<sup>ie</sup>, libraires-éditeurs, Paris, 1896.
- 10) Gilles J Guglielmi, « L'article 4 de la loi, une erreur de plume, fondement du droit administratif ?, La loi du 28 pluviôse an VIII deux cents ans après: survivance ou pérennité ? », Paris, PUF, 2000.
- 11) Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi, « Droit du service public », Montchrestien, collection "Domat droit public", Paris, 2000.
- 12) Gilles Lebreton, « Droit administratif général », 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2017.
- 13) Gustave Peiser, « Le recours en cassation en droit administratif français. Évolution et régime actuel », Sirey, Paris, 1958.
- 14) Hannah Arendt, « Qu'est-ce que la politique ? », éd Le Seuil, Paris, 2014.
- 15) Henri Oberdorff et Nicolas Kada, « Institutions administratives », 7<sup>éd</sup>, Sirey, Paris, 2013.
- 16) Jacques Chevallier, « L'État post-moderne », 4<sup>e</sup> édition, LGDJ-Lextenso, Paris, 2017.
- 17) Jean Claude Vénézia, « Le pouvoir discrétionnaire », LGDJ, Paris, 1959.

- 18) Jean Massot, Olivier Fouquet, Jacques-Henri Stahl et M.Guyomar, « Le Conseil d'État, juge de cassation », 5<sup>ème</sup> édition, Berger-Levrault L'administration nouvelle, Paris, 2001.
- 19) Jean Pierre Chauchard, « Droit de la Sécurité sociale », 5<sup>ème</sup> éd. LGDJ, Col. Manuels, Lextenso, éditions Dalloz, Paris, 2010.
- 20) Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, LGDJ, Lextenso editions, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, 2008.
- 21) Louis Fougère, « Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974 », Éditions du CNRS, 1975.
- 22) Maurice Hauriou, « Précis de droit administratif et de droit public », Réédition présentée par : Pierre Delvolvé et Franck Moderne, Dalloz, Paris, 2002.
- 23) Maurice Hauriou, « précis de droit administratif et de droit public », 1933, 12<sup>ème</sup> édition (mise à jour par André Hauriou), Dalloz, Paris, 2004.
- 24) Mark Moore, « Creating Public Value. Strategic Management in Government », Harvard University Press, 1995.
- 25) Michel Crozier, « Le phénomène bureaucratique », Éditions du Seuil, Paris 1963.
- 26) Michel Foucault, « Surveiller et punir. Naissance de la prison », Gallimard, Paris, 1975.
- 27) Nicolas Kada et Mathieu Martial, « Dictionnaire d'administration publique », Presses universitaires de Grenoble, Collection : « Action publique », 2014.
- 28) Pascale Gonod, « Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative », Dalloz, Paris, 2014.
- 29) Pascal Mbongo, Olivier Renaudie, « Le Rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel », Editions Cujas, Paris, 2010.
- 30) Patrice Duran, « Penser l'action publique », LGDJ, coll. « Droit et société – Série politique », Paris, 1999.
- 31) Pierre Lascoumes, Patrick Le Galès, « Sociologie de l'action publique ». (2<sup>e</sup> édition), Armand & Colin, Paris, 2012.
- 32) Pierre Serrand, « Manuel d'institutions administratives françaises », PUF, 3<sup>ème</sup> éd, collection : Droit fondamental, Paris, juillet 2009.
- 33) Philippe Jestaz, « Le droit », collection : connaissance du droit, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2016.
- 34) Pierre Naves, Hervé Defalvard, « Économie politique de l'action sociale », Paris, Dunod, 2006.
- 35) Pierre Rosanvallon, « Le bon gouvernement », Le Seuil, Paris, 2015.
- 36) René Chapus, « Droit administratif général », tome I, Monchrestien, 4<sup>é</sup> ed, Paris, 1989.

- 37) René Chapus, « Droit administratif général », tome I, Monchrestien, 15<sup>e</sup> ed, Paris, 2001.
- 38) René Chapus, « Droit du contentieux administratif », Montchrestien, Précis Domat, 13<sup>ème</sup> éd, Paris 2008.
- 39) Robert Lafore, Michel Borgetto, Jean-Jacques Dupeyroux, « Droit de la Sécurité sociale », 18<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2015.
- 40) Ronald Dworkin, « *Prendre les droits au sérieux* », Traduction de Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, PUF, Paris, 1995.
- 41) Serge Guinchard, André Varinard et Thierry Debard, « Institutions Juridictionnelles », 15<sup>ème</sup> éd, Précis, Dalloz, Paris, 2019.

### **III. Articles, Chroniques, mélanges et études :**

- 1) Agnès Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge de la constitutionnalité des lois », RFDA, n°691, Dalloz, Paris, 2011.
- 2) Anne D'ornano et Yanick L'Horty, « Ce que font les villes pour les ménages pauvres » in Comité d'évaluation du RSA, Rapport intermédiaire 2010, janvier 2011.
- 3) André Tunc, « Les Juridictions suprêmes, du procès à la règle », Revue internationale de droit comparé, Volume 30, n°1, 1978.
- 4) André Tunc, « La Cour Suprême idéale », Revue Internationale de Droit Comparé, Volume 30, n°1, janvier-mars 1978.
- 5) Alain Moyrand, « Les institutions de la Polynésie française », ministère de l'éducation de la Polynésie française, Centre territorial de recherche et de documentation pédagogiques, 2003.
- 6) Barry Bozeman et Hal G. Rainey. «Organizational Rules and the «Bureaucratic Personality».» American Journal of Political Science, Volume 42 n°1, 1998.
- 7) Bruno Genevois, « Entretien », RFDA, n°2, Dalloz, paris, 2007.
- 8) Christian Garbar, « De la responsabilité à la responsabilisation des fonctionnaires : propos introductifs », La semaine juridique, Édition administrations et collectivités territoriales, n° 10-11, 9 mars 2015.
- 9) Christopher Hood, « A public management for all seasons? », Public Administration, volume 69, n°1, 1991.
- 10) Christopher Pollitt, et Geert Bouckaert, « Public Management Reform : a comparative analysis », 2<sup>ème</sup> édition, ed.Oxford , Oxford University Press, 2004.

- 11) Claude Évin, « Les agences régionales de santé en 2025 », in Les nouveaux patients. Rôle et responsabilités des usagers du système de santé en 2025, Paris, Éditions de santé / Presses de Sciences Po, 2011.
- 12) Conseil d'État, « Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs », Édition de La documentation française, Coll. Études du Conseil d'État, étude publiée le 30 novembre 2000.
- 13) Conseil d'État, Rapport public, « Sécurité juridique et complexité du droit », EDCE, n° 57, La Documentation française, 2006.
- 14) Conseil d'État, « Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national », Édition de La documentation française, Coll. Études du Conseil d'État, étude publiée le 30 novembre 2006.
- 15) Conseil d'État, « L'administration française et l'Union européenne : quelles influences ? Quelles stratégies ? », Rapport public, EDCE, n° 58, La Documentation française, 2007.
- 16) Conseil d'État, « Les recours administratifs préalables obligatoires (RAPO) », Édition de La documentation française, Coll. Études du Conseil d'État, étude publiée le 29 mai 2008.
- 17) Conseil d'État, « Les établissements publics », Édition de La documentation française, Coll. Études du Conseil d'État, étude publiée le 15 octobre 2009.
- 18) Conseil d'État, Étude annuelle 2013, « Le droit souple », Volume 64, Édition de la documentation française, Collection : rapports officiels, Octobre 2013.
- 19) Conseil d'État, « L'application du nouveau principe "silence de l'administration vaut acceptation" » Édition de La documentation française, Coll. Études du Conseil d'État, étude publiée le 30 juin 2014.
- 20) Conseil d'État, « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? », Édition de La documentation française, Coll. Études du Conseil d'État, étude publiée le 11 juillet 2018.
- 21) Conseil d'État, « La prise en compte du risque dans la décision publique », Édition de La documentation française, Coll. Études du Conseil d'État, étude publiée le 25 juin 2018.
- 22) Conseil d'État, Rapport d'activité 2019 (année 2018), rapport délibéré en assemblée générale le 14 mars 2019, publié par la section des études et du rapport, Collection : « Les rapports du Conseil d'État », 2019.
- 23) Conseil économique et social, « La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux », 24 avril 2001, Les éditions des Journaux officiels, 2001.
- 24) Daniel Labetoulle, « Ni monstre ni appendice, le : « renvoi » de l'article 12 », RFDA, n°53, Dalloz, Paris, 1988.



- 25) Daniel Postel-Vinay, « La création du régime social des indépendants (RSI) : un essai à transformer ? », *Droit social*, n° 2, 2007.
- 26) Élise Clément et M Mansuy , « Les dépenses sociales des départements : évolution et disparités spatiales », in *Comptes de la protection sociale en 2009*, 2010.
- 27) Élise Clément, « Les dépenses d'aide sociale départementale en 2009 », *Études et résultats*, n° 762 ,2011.
- 28) Éric Gagnon et Francine Saillant, « Sources et figures de la responsabilité aujourd'hui », *Éthique publique*, vol. 6, n° 1,2004, Chapitre : « Que reste-t-il du bien commun ? ».
- 29) Ezra N Suleiman, « Politics, Power and Bureaucracy in France – The Administrative Elite », Princeton: Princeton University Press, 1974.
- 30) Fatima Bellaredj, « L'action sociale des communes de taille moyenne », *Études et résultats*, n° 530, 2011.
- 31) François Llorens, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », in *Gouverner, administrer, juger. Liber Amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002.
- 32) Gabriel Dufour, « Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence », tome V, Garnier, Paris, 1856.
- 33) Georges Vedel, « Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 1, N°3, Juillet-septembre 1949.
- 34) Gérard Gonzalez, « note sur CEDH 21 mars 2002, APBP contre France », *Revue du Droit Public*, 2003.
- 35) Giauque David, Resenterra Fabien, Siggen Michaël, « Trajectoires de modernisation et relations politico-administratives en Suisse », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Volume 75, n°4, 2009.
- 36) Gilles Lebreton, « L'origine des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIII<sup>e</sup> siècle. », *RDP* 1986.
- 37) Grégoire Bigot, « La responsabilité de l'administration en France », *Jus Politicum*, n° 8, septembre 2012.
- 38) Guy Braibant, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992.
- 39) Hafida Belrhali-Bernard, « Les rapports publics annuels du Conseil d'État, de la Cour de Cassation et de la Cour des Comptes », in : *La pédagogie au service du droit* (sous la direction de : Philippe Raimbault, Maryvonne Hecquard-Théron), Presse de l'université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2010.
- 40) Hans Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », (Version abrégée de : *Théorie pure de droit*) Traduite en français par Charles Eisenmann, *R.D.P*, 1926.

- 41) Irvine Lapsley, « New Public Management: The Cruellest Invention of the Human Spirit? », ABACUS, volume 45, n°1, 2009.
- 42) Jacques Chavallier, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », Pouvoirs, n° 123, volume 4, 2007.
- 43) Jacques Commaille, « Jacques Chevallier, L'État Postmoderne », 4e édition, LGDJ-Lextenso, Paris, p.4 (préface), 2017.
- 44) Jacques Freyssinet, « Un intense renouveau de la négociation interprofessionnelle en France », Les Cahiers LASAIRE, n° 43, 2011.
- 45) Jaques- Henri Stahl, « La cassation », in : « Évolutions et révolution du contentieux administratif », *La Revue administrative* 52e Année, n°1, Numéro spécial, 1999.
- 46) Jacques Mauray, « Observations sur les idées du professeur Kelsen », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929.
- 47) James P. Walsh et Robert D. Dewar, « Formalization and the Organizational Life Cycle. », *Journal of Management Studies*, n° 24, 1987.
- 48) Jean-Bernard Auby, « La faible densité de la notion de travail public », *Droit administratif*, n°5, 48<sup>e</sup> année, mai 2009.
- 49) Jean-Charles Willard, « Pilotage des régimes en points : le cas de l'Agirc et de l'Arrco », *Retraite et société*, volume 4, n°56, 2009.
- 50) Jean Claude Douence, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public*, Paris, Dalloz, 2004.
- 51) Jean Danielle Delley, « Quand l'esprit d'entreprise vient à l'État. Pour une réforme du service public », (septembre 1994), *Domaine public*, n°1663, du 21 octobre 2005, Lausanne.
- 52) Jean-Louis Halperin, « Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », in « *Le tribunal et la Cour de Cassation 1790-1990.* », Volume jubilaire., Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990.
- 53) Jean-Marc Sauvé, « entretien avec Jean-Marc Sauvé », *AJDA*, 2007, n° 11.
- 54) Jean-Noel Baillon, Fatima Bellaredj, « Les aides locales en réponse aux situations fragiles », *La lettre de l'observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale (ONPES)*, octobre 2007.
- 55) Jean-Paul COSTA, « Le médiateur et la section du rapport et des études du Conseil d'État », *La Revue administrative*, 38e Année, No. 228 (NOVEMBRE DECEMBRE 1985), PUF, 1985.
- 56) Jean-Paul Dubois, « Dommages de travaux publics », *Répertoire Dalloz contentieux administratif*, octobre 2008.
- 57) Jean Rivero, « Le Conseil d'État, cour régulatrice », *Recueil Dalloz, Chron. XXVIII*, 1954.

- 58) Joëlle Bastien, « L'ambiguïté des objectifs et le pouvoir discrétionnaire informel dans l'administration des politiques publiques : le cas de la politique d'immigration en Espagne », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. 75, n°4, 2009.
- 59) John Benington et Mark Moore, « Theory and Practice Public Value », Palgrave, UK, 2011.
- 60) Kenneth F Warren, « Administrative Discretion. », *Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, New York, 2003.
- 61) Kenneth J Meier et Laurence J O'Toole, « The Proverbs of New Public Management: Lessons From an Evidence-Based Research Agenda », *The American Review of Public Administration*, volume 39, n°1, 2009.
- 62) Kirat Thierry, Marty Frédéric, Vidal Laurent, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *Revue internationale de droit économique*, Volume 19, n°3, 2005.
- 63) Laurence E Lynn, « Public Management », in Guy B Peters et Jon Pierre, « *The Handbook of Public Administration* », London, 2007.
- 64) Laurent Bisault, « Le tiers secteur : un acteur économique important », *Insee première*, n° 1342, 2011.
- 65) Laurent Cytermann, « Communes, intercommunalités et politiques sociales », *Informations sociales*, n°162, 2010.
- 66) Laurent Vidal, « Le juge administratif, l'économie et le contrat », *RFDA*, n° 6, 1999.
- 67) Luc Rouban, « Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps », Paris, CEVIPOF, *Les cahiers du CEVIPOF* , n° 49, 2008.
- 68) Marc Neuberg, « Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale », chapitre : « Responsabilité », Monique Canto-Sperber (éd.), PUF, Paris, , 1679-1687, 2004.
- 69) Marcel Waline, « Le droit administratif et la sécurité routière », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974.
- 70) Marc Perronin, Aurélie Pierre et Thierry Rochereau, « La complémentaire santé en France en 2008 : une large diffusion mais des inégalités d'accès », *Questions d'économie de la santé*, n° 161, 2011.
- 71) Marceau Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, n° 5, 1992.
- 72) Marcia D Meyers et Susan Vorsanger. « Street-Level Bureaucrats and the Implementation of Public Policy. » In *Handbook of Public Administration*, edited by Guy B. et Jon Pierre Peters, Thousand Oaks: Sage, 2003.

- 73) Marguerite Boulet-Sautel, « La cassation sous l’Ancien régime. », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 - 1990. Volume Jubilaire. », Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990.
- 74) Marguerite Garnero , Marie-Odile Rattier, « Les contrats les plus souscrits auprès des organismes complémentaires en 2008 », Études et résultats, n° 752, 2011.
- 75) Marie France Mazars, « Avant-propos » in « TRIBUNAL DES CONFLITS », ( Rapport 2005 ), Paris, Ministère de la justice, 2006.
- 76) Marie Odile de Beze, « Premier ministre, Comment faire un rapport ? », La Revue Administrative, n° 348 , 58<sup>ème</sup> année, PUF, novembre 2005.
- 77) Marie-Thérèse Escande, « Les dépenses d’action sociale des caf en 2009 », revue des Politiques sociales et familiales, n° 101, 2010.
- 78) Mark Bovens, « The Quest for Responsibility: Accountability and Citizenship in Complex Organisations », Cambbridge University Press, 1998.
- 79) Mark Moore, « Recognizing Public Value », Harvard University Pres, 2013.
- 80) Mathilde Collin, « Politiques de modernisation et responsabilisation », La semaine juridique, Édition administrations et collectivités territoriales, n° 10-11, 9 mars2015.
- 81) Maurice Hauriou., « Le développement de la jurisprudence administrative depuis 1870 », Bulletin de la Société de législation comparée, 1922.
- 82) Maurice Hauriou, « Le pouvoir, l’ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », revue de métaphysique et de morale, 1928.
- 83) Maxime Letourneur, « L’effet dévolutif de l’appel et l’évocation dans le contentieux administratif », EDCE, n°12, 1958.
- 84) Maxime Mignon, « L’amenuisement de l’emprise de la théorie des actes de gouvernement: Progrès nécessaire du concept de légalité », La Revue administrative, 4e Année, No. 19, Publié par: Presses Universitaires de France, 1951.
- 85) Michel Bernard, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d’État sous la V<sup>e</sup> République », EDCE, n° 46, La Documentation française, 1994.
- 86) Michel Borgetto , « Le droit de la protection sociale dans tous ses états : la clarification nécessaire », Droit social, n° 6, 2003.
- 87) Michel Borgetto et Robert Lafore, « Droit de l’aide et de l’action sociale », Montchrestien, coll. « Domat Droit public », Droit et société, n°34, Paris, 1996.
- 88) Michel Borgetto et Robert Lafore , « Le droit de l’aide et de l’action sociales à l’épreuve de l’acte II de la décentralisation », Recherches et prévisions, n° 87, 2007.
- 89) Michel Crozier et Erhard Friedberg, « L’acteur et le système : les contraintes de l’action collective », Paris : Éditions du Seuil, 1981.

- 90) Michel Gentot, « Le Conseil d'État régulateur du contentieux administratif », *La revue administrative*, 52e Année, No. 1, Numéro Spécial : « Évolutions et révolution du contentieux administratif », 1999.
- 91) Michel Pinault, « Perspectives ouvertes à la juridiction administrative par la loi du 31 décembre 1987 », *EDCE*, n°40, année 1988.
- 92) Michel Roux, « La fonction consultative du Conseil d'État », *La Revue administrative*, n° 6, 1999.
- 93) Michel Virally, « L'introuvable "acte de gouvernement" », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1952 (58<sup>ème</sup> année).
- 94) Mireille Elbaum, « La revalorisation des prestations sociales : l'enjeu souvent oublié de l'indexation », *Droit social*, n° 11, 2009.
- 95) Mireille Elbaum, « Indemnisation du chômage. Une occasion manquée face à la crise ? », *Lettre de l'ofce*, n°307, 2009.
- 96) Mireille Elbaum, « Les composantes et la régulation du système de protection sociale français », dans : *Économie politique de la protection sociale. Sous la direction de Elbaum Mireille*. Paris, Presses Universitaires de France, 2011.
- 97) Miriam J Lévy et Xavier Prétot, « Le juge, le justiciable et le tomahawk », *AJDA*, 1988.
- 98) Mohan Kaul, « Civil Service Reforms: Lessons from Commonwealth Experience », *Public Administration and Development*, Volume 16, n°2, 1996.
- 99) Monique Kerleau, « Le nouveau cadre institutionnel de la protection complémentaire d'entreprise : quels enjeux pour les mutuelles santé ? », *Revue internationale de l'économie sociale (RECMA)*, Volume 312, n°2, 2009.
- 100) Nicole Belloubet-Frier, « Conseiller l'État », *Pouvoirs*, volume 123, n°4, 2007.
- 101) Norbert Foulquier, « Le Conseil d'État et l'antiparlementarisme », *Droits*, n° 44, *La V<sup>e</sup> République : des institutions libérales ?*, PUF, 2007.
- 102) Owen E Hughes, « *Public Management & Administration* », Mac Millan Palgrave, New York, 2003.
- 103) Patrice Duran, « L'action publique, un procès sans sujet », in Pouchet A., *Sociologies du travail : quarante ans après*, Paris, Elsevier, 2001.
- 104) Patrice Duran, « La responsabilité administrative au prisme de l'action publique », *Revue française d'administration publique*, vol. 147, n°3, 2013.
- 105) Patrice Duran, « L'évaluation des politiques publiques : les sciences sociales comme sciences de gouvernement », *Idée économiques et sociales*, n° 193, septembre 2018.
- 106) Patrice Duran, « L'(im) puissance publique, les pannes de la coordination », *Rapport introductif in La puissance publique*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », *Travaux de l'AFDA*, n° 5.

- 107) Paul J Dimaggio, et Walter W Powell, « The Iron Cage Revisited : Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields », *American Sociological Review*, Volume 42, n°2, 2003.
- 108) Paul Ricœur, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, novembre 1994.
- 109) Peter Aucoin, « Beyond the “New” in Public Management Reform in Canada: Catching the Next Wave? » in C. Dunn (ed.), *The Handbook of Canadian Public Administration*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- 110) Pierre Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de Cassation. », *RIDC* , Volume 32, n°2, 1980.
- 111) Pierre Bourdieu, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986.
- 112) Pierre Delvolvé, « Le Conseil d'État vu par la doctrine » in « Le Conseil d'État et la doctrine. Célébration du deuxième centenaire du Conseil d'État », *La Revue Administrative*, n° spécial (50<sup>ème</sup> année), PUF, 1997.
- 113) Pierre Delvolvé, « Le Conseil d'État, cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs*, volume 123, n°4, 2007.
- 114) Pierre Delvolvé, « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in *Mélanges « Labetoulle »*, Dalloz, 2007.
- 115) Pierre-Edouard Weill, « L'exercice collectif du pouvoir discrétionnaire. Les commissions Droit au logement opposable (DALO) », *Politix*, Volume 4, n° 112, 2015.
- 116) Pierre-Luis Bras, « La création des agences régionales de santé : notre système de santé sera-t-il encore mieux gouverné ? », *Droit social*, n° 11, 2009.
- 117) René Chapus, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *Dalloz, Chronique II*, 1958.
- 118) Renaud Legal, Denis Raynaud, Guillaume Vidal, sous la direction de : Anne-Marie Brocas, « La prise en charge des dépenses maladie des assurés en fonction du risque constaté », in *Comptes nationaux de la santé 2009 (DREES)*.
- 119) Robert Cameron, « La redéfinition des relations politico-administratives en Afrique du Sud », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Volume 76, n°4, 2010.
- 120) Robert Lafore, « La pauvreté saisie par le droit : la construction juridique de l'assistance en France » in *Droit et Pauvreté, Contributions issues du séminaire de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale et Drees-Mire 2007*.
- 121) Robert Lafore, « Les territoires de la protection sociale », *Rev. Regards (EN3S)*, n° 41, 2012.

- 122) Rodolphe Dareste, « La justice administrative en France », Librairie- Éditeur : Auguste Durand, Paris, 1862.
- 123) Roger Bonnard, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Allgemeines Verwaltungsrecht Merkl », R.D.P. , 1928.
- 124) Roger Bonnard, « L'origine de l'ordonnancement juridique », extrait des Mélanges Maurice Hauriou, Recueil Sirey, 1929.
- 125) Roger Perrot, « Cour de Cassation et Conseil d'État à travers leurs fonctions de juges suprêmes », in « Le Tribunal et la Cour de Cassation 1790 - 1990. » Volume Jubilaire. , Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1990.
- 126) Roland Drago, « L'évocation dans la procédure administrative », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Tome 73, 1957.
- 127) Roland Drago, « Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'État », in Mélanges Waline, TOME. II, LGDJ, 1974.
- 128) Romain Marié, « L'évolution institutionnelle de la sécurité sociale après la création du régime social des indépendants », Regards, n°33, 2008.
- 129) Sandrine Maj, Sophie Rivière, « Les associations en 2009 : un secteur qui résiste à la crise », ACOSS stat, n° 121,2011.
- 130) Soren C Winter, «Explaining Street-Level Bureaucratic behaviour in Social and Regulatory Policies.» Paper presented at the XIII Research Conference of the Nordic Political Science Association Aalborg, August 2002.
- 131) Stéphane Cadiou et Bernard Gagnon, « L'action sociale des caisses de retraite : un dispositif complémentaire de la protection sociale des personnes âgées », Revue française des affaires sociales, n° 3, 2005.
- 132) Suzanne Grévisse, « France. Le Conseil d'État », Revue Internationale de Droit Comparé, Volume 30 n°1, janvier-mars 1978.
- 133) Thomas Boccon-Gibod, « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », Revue internationale de droit économique, vol. t. xxviii, n°3, 2014.
- 134) Tiffanie Tabeau, « Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux dans le cadre des attributions consultatives du Conseil d'État. L'influence réciproque du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », Revue française de droit constitutionnel, vol. 108, no. 4, 2016.
- 135) Véronique Alibert-Fabre, « La reconnaissance jurisprudentielle des services publics culturelles locaux », La revue Administrative, 42<sup>e</sup> année, n°251, septembre- octobre 1989.
- 136) Yves Gaudemet, « La constitution et la fonction législative du Conseil d'État », in Jean Foyer auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer, PUF, 1997.
- 137) Yves Gaudemet, « La VI<sup>e</sup> République ? Quel Conseil d'État ? », Revue du droit public, n° 1-2, 2002.

- 138) Yves Rousseau, « Sur l'unification de l'Anpe et des Assedic », Droit social, n°2, 2008.
- 139) Xavier Prétot, « La Cour des comptes et le principe de l'impartialité du juge », RDP, 2000.

#### **IV. Arrêts et Avis du CE, TC et CC par ordre chronologique :**

- 1) CE, 01 mai 1822, Sr LAFFITTE, Recueil Lebon, p. 376.
- 2) CE, 01 juin 1854, Frêret, Recueil Lebon, p.522.
- 3) CE, 31 décembre 1861, Corso, Recueil Lebon, p.936.
- 4) CE, 06 décembre 1855, Dumeste. Recueil Lebon, p.701.
- 5) CE, 08 janvier 1875, Compagnie russe de navigation à vapeur d'Odessa, Recueil Lebon, p.21.
- 6) CE, 19 février 1875, prince NAPOLEON Joseph Bonaparte, Recueil Lebon, p. 155.
- 7) CE, 23 juillet 1875, Villebrun, Recueil Lebon, p.717.
- 8) CE, 12 janvier 1877, Dupuy, Recueil Lebon, p.48.
- 9) CE, 2 novembre 1878, Million, Recueil Lebon, p.775.
- 10) TC, 05 novembre 1880, BOUFFTER DP S. 1880.3.121.
- 11) CE, 08 décembre 1882, Laffon, Recueil Lebon, p. 983.
- 12) CE, 05 décembre 1884, Sté Anonyme Belge des Chemins de fer, Recueil Lebon, p. 885.
- 13) CE, 16 décembre 1886, Saccoman, Recueil Lebon, p.173.
- 14) CE, 12 janvier 1887, Dupuy, Recueil Lebon, p. 47.
- 15) CE, 20 mai 1887, duc d'AUMALE et prince Joachim MURAT. S. 1889.3.19.
- 16) CE, 17 février 1888, Sieurs X et autres, concl. Levavasseur de Précourt, Recueil Lebon, p. 148.
- 17) CE, 25 mars 1889. DUFEUILLE contre préfet de police, Recueil Lebon, p. 411.
- 18) CE, 13 Décembre 1889, « Abandon de la théorie du ministre-juge », Publié au recueil.
- 19) CE 20 février 1891, ville de Vitré et ville de Nantes, Recueil Lebon, p. 143.
- 20) CE, 10 février 1893. Thubé-Lourmand, Recueil Lebon, p. 114.
- 21) CE. Section, 21 juin 1895, Cames, requête numéro 82490, Recueil Lebon, p. 509.
- 22) CE, 13 novembre 1896, JACQUOT, Recueil Lebon, p.709.
- 23) CE, 18 mars 1898, Conseil général du Sénégal, Recueil Lebon, p. 233.



- 24) CE, 31 janv 1902, Grazietti, Recueil Lebon S.1903, p. 113, Note de Maurice Hauriou.
- 25) CE, 13 Juin 1902, Recueil Lebon, p.464.
- 26) TC, 2 décembre 1902, Sté Immob. de Saint-Just, Recueil Lebon, p.713 et les concl. Romieu.
- 27) CE, 6 février 1903, Terrier, Recueil Lebon, p. 97.
- 28) CE, 3 avril 1903, ville d'Alger, Recueil Lebon, p. 285.
- 29) CE, 12 février 1904, Bachatori, Recueil Lebon, p.105.
- 30) CE, 05 août 1904, dame Ravero, Recueil Lebon, p. 663.
- 31) CE, 3 mars 1905, sieur Mante frères et Borelli de Régis, Recueil Lebon, p.226.
- 32) CE, 22 février 1907, sieur et dame Lechartier, Recueil Lebon, p.185.
- 33) CE, 05 juillet 1907, Humblot, Recueil Lebon, p. 637.
- 34) CE, 19 février 1909, Abbé Olivier, Recueil Lebon, p.520.
- 35) CE 24 décembre 1909, commune de La Bassée, Recueil Lebon, p. 1024.
- 36) CE, 04 mars 1910, Thérond, Recueil Lebon, p. 193, concl. Pichat.
- 37) CE, 12 mai 1911, Époux Olszenski, Recueil Lebon, p.551.
- 38) CE, 21 juillet 1911, Said Ali Ben Said Omar, Recueil Lebon, p. 847.
- 39) CE, 26 janvier 1912, Dame Durand, Sirey 1912.3.89.
- 40) CE 24 mai 1912, commune de Manigod, Recueil Lebon, p. 607.
- 41) CE, 31 juillet 1912, société des garantis porphyroïdes des Vosges, requête n°30701, Publié au recueil Lebon, p. 909.
- 42) CE, 06 août 1912, Recueil Lebon, p. 982.
- 43) CE, 04 avril 1914, Gomel, GAJA.
- 44) CE, 11 février 1916, commune de Saint-Marc, Recueil, p. 75.
- 45) CE, 11 février 1916, Monunot, Recueil Lebon, p. 79.
- 46) CE, 26 janvier 1917, Chavassus, Recueil Lebon, p. 84.
- 47) CE, 07 avril 1916, Astruc et société du théâtre des Champs-Élysées c. ville de Paris, Recueil Lebon, p. 164.
- 48) CE, 10 août 1917, Baldy, requête n° 59855, publié au recueil Lebon.
- 49) CE 28 juin 1918, Heyriès, GAJA, 20° éd., Dalloz, 2015, n° 31.
- 50) CE, 31 janvier 1919, Tatem-Steam navigation Company Limited, Recueil Lebon, p.114.
- 51) CE, 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, publié au recueil Lebon.
- 52) CE, 05 juillet 1919, Albyn Line Limited, Recueil Lebon, p.594.
- 53) CE, 25 juillet 1919, Continental Petroleum Company, Recueil Lebon, p.694.
- 54) CE, 08 août 1919, requête n° 56377, Publié au recueil Lebon.
- 55) CE, 23 janvier 1920, ville de la Landerneau, Recueil Lebon, p. 74.
- 56) CE, 06 février 1920, Vanderhaegen, Recueil Lebon, p.142.
- 57) CE, 13 février 1920, Besegher, Recueil Lebon, p.165.

- 58) CE, 13 février 1920, dame Errard, Recueil Lebon, p.166.
- 59) CE, 05 mars 1920, Bessette, Recueil Lebon, p.256.
- 60) CE, 26 mars 1920, Cazeilles, Recueil Lebon, p.356.
- 61) CE, 30 avril 1920, Époux Bélaton, Recueil Lebon, p.429.
- 62) CE, 21 mai 1920, Braillon, Recueil Lebon, p.531.
- 63) CE, 11 juin 1920, Rodrigo, Recueil Lebon, p.571.
- 64) CE, 18 Juin 1920, Société d'Assurances Maritimes Mutuelles des Caboteurs Bretons, Recueil Lebon, p.607.
- 65) CE, 02 juillet 1920, Mahalin, Recueil Lebon, p.660.
- 66) CE, 09 juillet 1920, Bord-Tridon, Recueil Lebon, p.688.
- 67) CE, 07 août 1920, Internationale Crédit en Handels Vereeniging, Recueil Lebon, p.869.
- 68) CE, 29 octobre 1920, époux Demsbourg-Bara, Recueil Lebon, p.891.
- 69) TC, 22 Janvier 1921, Bac d'Eloka, Publié au Recueil Lebon, M. Pichat, rapporteur, M. Matter, commissaire du gouvernement.
- 70) CE, 18 février 1921, Dao-Mong-Kanh, Ly Truong. Recueil Lebon, p. 187.
- 71) CE, 08 avril 1921, Compagnie de la N'Goko, Sangha, Recueil Lebon, p. 351.
- 72) CE, 06 mai 1921, Pithis et Dallas, Recueil Lebon, p.450.
- 73) CE, 17 juin 1921, Société de Navigation Maritime Romania, Recueil Lebon, p.583.
- 74) CE, 22 juillet 1921, Huter, Recueil Lebon, p.727.
- 75) CE, 05 août 1921, Goffart, Recueil Lebon, p. 833.
- 76) CE, 08 août 1921, Société Scottish Stip owners, Recueil Lebon, p.852.
- 77) CE, 23 Décembre 1921, Société générale d'armements, Recueil Lebon, p. 1109.
- 78) CE, 30 décembre 1921, Framier Sons, Recueil Lebon, p.1134.
- 79) CE, 27 janvier 1922, Compagnie Française de Tramways et d'Éclairage électrique de Shanghai, Recueil Lebon, p.87.
- 80) CE, 22 février 1922, Perchât, Recueil Lebon, p.181.
- 81) CE, 03 mars 1922, Company Van der Bergh Limited, Recueil Lebon, p.189.
- 82) CE, 02 juin 1922, De Poorter, Recueil Lebon, p.198.
- 83) CE, 03 novembre 1922, consorts Lichiardopoulos, Recueil Lebon, p.793.
- 84) CE, 22 décembre 1922, Foitzer, Recueil Lebon, p.992.
- 85) CE, 23 février 1923, Swendsen et Christensen, Recueil Lebon, p.185.
- 86) CE, 23 mars 1923, Dame Mallet, Recueil Lebon, p. 308.
- 87) CE, 01 juin 1923, Sté des Forges et Aciéries électriques Paul Girod, Recueil Lebon, p.433.
- 88) CE, 29 juin 1923, The Océan Steamship Company, Recueil Lebon, p.534.
- 89) CE, 13 juillet 1923, Keil. Recueil Lebon, p. 564.
- 90) CE, 26 décembre 1923, Bonneau, Recueil Lebon, p.891.

- 91) CE, 30 novembre 1923, Couitéas, Recueil Lebon, p.789.
- 92) CE, 14 mai 1924, Le Xuan Cao, Recueil Lebon, p. 464.
- 93) CE, 23 juillet 1924, Paulat, Recueil Lebon, p. 723.
- 94) CE, 26 décembre 1924, Kell, Recueil Lebon, p. 1062.
- 95) CE, 09 Janvier 1925. D. P. 1925.3.65 et la note de M. Jean Devaux.
- 96) CE, 09 janvier 1925, Baléchat, Recueil Lebon, p. 26 et D. H. 1925.123.75.
- 97) CE, 7 février 1925, Compagnie Royale Néerlandaise de Navigation à Vapeur, Recueil Lebon, p.132.
- 98) CE, 05 février 1926, Dame Caraco, Recueil Lebon, p. 125.
- 99) CE, 05 mars 1926. Panisse, Recueil Lebon, p. 245.
- 100) CE, 05 mars 1926, général Gramat, Recueil Lebon, p. 245.
- 101) CE, 26 novembre 1926, Société Maison Manuel Misa, Recueil Lebon, p. 1028.
- 102) CE, 24 décembre 1926, Arnaud, Recueil Lebon, p. 1149.
- 103) CE, 09 Janvier 1927, Cosmetto, Recueil Lebon, p. 54.
- 104) CE, 21 janvier 1927, Commune de Lanne, Recueil Lebon, p. 80 et D. 1929.3.49 avec la note Jean Devaux.
- 105) CE, 08 avril 1927, Arnaudon. Recueil Lebon, p.458.
- 106) CE, 15 juin 1928, Tokatlian, Recueil Lebon, p.754.
- 107) CE, 27 février 1929, Pancrazi, Recueil Lebon, p.240.
- 108) CE, 18 octobre 1929, Pèlerin, S. 1930.3.47.
- 109) CE, 20 novembre 1929, société des phosphates tunisiens et Compagnie des phosphates de Dyr, Recueil Lebon, p. 1006.
- 110) CE, 10 janvier 1930. Société Française Radioélectrique et Compagnie Générale de T. S F., Recueil Lebon, p. 25.
- 111) CE, 18 Juillet 1930, ROUCHE, Recueil Lebon, p. 771.
- 112) CE, 31 octobre 1930, Consorts Klein, Recueil Lebon, p.874.
- 113) CE, 17 décembre 1930, Époux Levrat, Recueil Lebon, p.1084.
- 114) CE, 30 janvier 1931, Société Brossette, Recueil Lebon, p.213.
- 115) CE, 11 février 1931. Sobieszczanski, Recueil Lebon, p. 157.
- 116) CE, 15 mai 1931, Houbron, Recueil Lebon, p. 531.
- 117) CE, 15 janvier 1932, Rambaud, Recueil Lebon, p. 61.
- 118) CE, 17 juin 1932, ville de Castelnaudary, Dalloz.P, 1932, Volume III, p. 26.
- 119) CE, 10 janvier 1933, Sté Française Radioélectrique et Compagnie Générale de T.S.F., Recueil Lebon, p. 25.
- 120) CE, 10 mars 1933, Reitlinger, Recueil Lebon, p. 299.
- 121) CE, 19 mai 1933, Benjamin, GAJA.
- 122) CE, 03 novembre 1933, DESREMAUX, Recueil Lebon, p. 793, note de M. Raphaël ALIBERT.
- 123) CE, 22 novembre 1933, Mamon Recueil Lebon, p. 1071.

- 124) CE, 1<sup>er</sup> décembre 1933, Le Nickel, Recueil Lebon, p. 1132 ; Dalloz. 1934.3.56.
- 125) CE, 06 Juillet 1934, Préfets de police et de la Seine, Recueil Lebon, p. 787.
- 126) CE, 18 juillet 1934, Rousset, Recueil Lebon, p.817.
- 127) CE, 15 février 1935, Société française de constructions mécaniques, Recueil Lebon, p. 201.
- 128) CE, 29 mars 1935, Sté Eudes. D. H. 1935, p. 368.
- 129) CE, 13 décembre 1935, Ravanondahy, Recueil Lebon, p. 1189.
- 130) CE, 18 décembre 1936, Prade, Recueil Lebon, p. 1124.
- 131) CE, 28 mai 1937, Assemblée Decerf, Recueil Lebon, p. 584 et Sirey. 1937.3.73, note de M. Pierre Laroque.
- 132) CE, 11 Juin 1937, Sté des Établissements Alkan, Recueil Lebon, p. 581.
- 133) CE, 11 mai 1938. Gondal, Recueil Lebon, p. 412.
- 134) CE, 01 juillet 1938, Javin-Dudognon, Recueil Lebon, p.607.
- 135) CE. 26 octobre 1938, Lou- gnon, Sirey 1939.3.32.
- 136) CE, 12 octobre 1939, Lyrin, Recueil Lebon, p. 535.
- 137) CE, 18 juillet 1941, sieur Rovera, Recueil Lebon, p. 141.
- 138) CE, 31 juillet 1942, Monpeurt, Requête n°71398 , Publié au Recueil Lebon, p. 239.
- 139) CE, 2 avril 1943, Bouguen, Requête n°72210, Publié au recueil Lebon.
- 140) CE, 28 mai 1943, Bro, Recueil Lebon, p.137.
- 141) CE, 29 Juillet 1943, Dame veuve Métin, Recueil Lebon.
- 142) CE, 29 octobre 1943, Dame veuve Bembassat, Recueil Lebon.
- 143) CE, 31 décembre 1943, dame veuve Fouchère, Recueil Lebon.
- 144) CE, 21 janvier 1944, Léoni, Publié au Recueil Lebon p.26
- 145) CE, 26 janvier 1944, Wang-Yu-Kong, Recueil Lebon, p. 30.
- 146) CE, 11 aout 1944, Boussac, Recueil Lebon, p. 229.
- 147) CE, 22 novembre 1944, Hiriart, Recueil Lebon, p. 303.
- 148) CE, 17 août 1945, Sieur Charoillet, Recueil Lebon, p. 181.
- 149) CE, 30 novembre 1945, dame Chpolansky, Recueil Lebon, p. 224.
- 150) CE, 6 février 1946, Merle, Recueil Lebon, p.43.
- 151) CE, 07 juin 1946, Sté Sud-Marocaine d'Exportation, Recueil Lebon, p.354.
- 152) CE, 03 juillet 1946, Sté Lotti, Recueil Lebon, p. 190.
- 153) CE, 26 juillet 1946, Pebellier, S. 1947.3.11.
- 154) CE, 18 janvier 1947. Nicod. Recueil Lebon, et D. p.142.
- 155) CE, 07 février 1947, requête n°79128, « Arrêt d'Aillières », Publié au recueil Lebon.
- 156) CE, 21 février 1947, Consorts Bessis, Recueil Lebon, p. 65.
- 157) CE, 28 février 1947, Demoulin, Recueil Lebon, p.88.
- 158) CE, 19 mars 1947, PANAGET, Recueil Lebon, p. 114.
- 159) CE, 18 avril 1947, Lemalgre Dubreuil. Recueil Lebon, D. p.149.

- 160) CE, 25 juillet 1947. Sté l'ALFA.
- 161) CE, 23 décembre 1947, Société des Grands Magasins du Louvre, Recueil Lebon, p. 40.
- 162) CE, 30 janvier 1948, dame veuve Bordet, Recueil Lebon, p.49.
- 163) CE, 30 janvier 1948, dame Buffevant Fanni, Recueil Lebon, p.51.
- 164) CE, 19 mai 1948, Beaux, Recueil Lebon, p.221.
- 165) CE, 20 octobre 1948, De Santis, Recueil Lebon, p.401.
- 166) CE, 20 octobre 1948, Compagnie d'assurance La foncière, Recueil Lebon, p.402.
- 167) CE, 17 décembre 1948, Angrand., Recueil Lebon, p. 485.
- 168) CE, 23 mars 1949, Zegah, Recueil Lebon, p.143.
- 169) CE, 01 avril 1949. Cassagne, Recueil Lebon, p. 158.
- 170) CE, 18 mai 1949, dame veuve Rolland, Recueil Lebon, p. 229.
- 171) CE, 22 juillet 1949, dame Alazard, Recueil Lebon, p.372.
- 172) CE, 27 Juillet 1949, dame Heulin, Recueil Lebon, p. 373.
- 173) CE, 30 juillet 1949, Laingy, Recueil Lebon, P.621.
- 174) CE, 12 novembre 1949. Société Maison René Guérin, Recueil Lebon, p. 473.
- 175) CE, 12 novembre 1949, Sohr, Recueil Lebon, p.493.
- 176) CE, 16 décembre 1949, Marchal, Recueil Lebon, p.554.
- 177) CE, 16 décembre 1949, Sté Légumia, Recueil Lebon, p.558.
- 178) CE, 16 décembre 1949, dame veuve Allard, Recueil Lebon.
- 179) CE, 16 décembre 1949, Demai, Recueil Lebon.
- 180) CE, 17 février 1950, requête n°86949, « Arrêt Dame Lamotte », Publié au recueil Lebon.
- 181) CE, 22 février 1950, mle Herraез, Recueil Lebon, p. 118.
- 182) TC, 27 juillet 1950, Peulaboеuf, Recueil Lebon, p.668.
- 183) CE, 15 juin 1951, Galetzky, Recueil Lebon p. 337.
- 184) CE, 26 Octobre 1951, Association nationale de la Meumerie française, Recueil Lebon, p. 498.
- 185) CE.ass, 13 mars 1953, « arrêt Tessier », GAJA.
- 186) CE ass, 28 mai 1954, Brel, GAJA.
- 187) CE, 4 juin 1954, Vingtain et Affortit, Recueil Lebon, p.342, concl. Chardeau.
- 188) TC, 24 juin 1954, Barbaran, Recueil Lebon, p.712.
- 189) CE, 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, Recueil Lebon, p. 434.
- 190) CE, Ass., 19 novembre 1955, Andréani, Recueil Lebon, p. 551.
- 191) CE, 23 décembre 1955, Dellière, Recueil Lebon, p. 606.
- 192) CE, 20 avril 1956, Époux Bertin et Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard, requête n° 33961, publié au recueil Lebon, p. 167 et 168.
- 193) CE, 02 janvier 1957, Sté Lancerie, conclusions Lasery, AJDA 1957, p. 58.

- 194) CE, 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Recueil Lebon, p.158.
- 195) CE 12 avril 1957, Mimouni, D. 1657, concl. Tricot, p.413.
- 196) CE, 23 mai 1958, Cts Amoudruz, AJDA 1958, et Recueil Lebon, p. 301.
- 197) CE, 23 janvier 1959, Commune d'Huez, Recueil Lebon, p. 67.
- 198) TC, 20 avril 1959, Société nouvelle d'exploitation des plages piscines et patinoires, Recueil Lebon, p.866.
- 199) CE, 12 juin 1959, Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie, A.J.D.A. 1960, p. 86.
- 200) CE. Section, 18 décembre 1959, Sté Les films Lutecia, requête n°36385 et 36428, Publié au recueil Lebon.
- 201) TC, 14 mars 1960, Sté coopérative agricole de stockage et Sté Vaudroy-Jaspar, AJDA, 1961, p. 89, note André de Laubadère.
- 202) CE, Assemblée, 24 juin 1960, Sté Frampar, requête n° 42289, conclusions M. Heumann, publié au Recueil Lebon.
- 203) CE, 30 septembre 1960, Jauffret, Recueil Lebon, p.504.
- 204) CE sect., 06 novembre 1959, Coop laitière de Belfort, Lebon S.581.
- 205) CE, 11 janvier 1961, Barbera, Recueil Lebon, p.25.
- 206) CE, 15 février 1961, Lagrange, Recueil Lebon.
- 207) CE, 04 octobre 1961, Syndicat du personnel des services publics de la préfecture de la Seine et administrations annexes, publié au Recueil Lebon, p. 563.
- 208) CE, 13 octobre 1961 Établissements Campanon-Rey, AJDA, 1962, p. 98, concl. Heumann, note André de Laubadère.
- 209) TC, 20 novembre 1961, Centre régional de lutte contre le Cancer Eugène Marquis, publié au Recueil Lebon, p. 879.
- 210) CE, 4 avril 1962, Chevassier, Recueil Lebon, p. 244.
- 211) CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens, GAJA.
- 212) CE, 28 mai 1962, Société immobilière et thermale pour le développement des stations françaises, Recueil Lebon, p. 818.
- 213) CE, 13 juillet 1962, Kevers-Pascalis, D. 1963. S.606, note Auby.
- 214) CE, 19 octobre 1962, Canal Robin et Godot, requête n° 58502, publié au recueil Lebon.
- 215) CE sect, 15 mars 1963, Cie Électromécanique, Recueil Lebon p. 167.
- 216) CE, 10 mai 1963, Société coopérative de production La Prospérité fermière, RDP, 1963, p. 597, Concl. Braibant.
- 217) TC, 08 juillet 1963, Recueil Lebon, p. 787, D, 1963, p. 534, concl. Lasry, note Josse.
- 218) TC, 25 novembre 1963, Dame veuve Mazerand, Recueil Lebon, p.792.

- 219) CE, 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord c/ Merlin, D, 1964, p. 55, concl. Braibant.
- 220) CE, 17 avril 1964, Commune de Merville-Franceville, Recueil Lebon p. 231.
- 221) CE, 13 juin 1964, Caisse franco-néerlandaise de cautionnement, publié au recueil Lebon, p. 331.
- 222) CE, 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, Requête n°57435, Publié au recueil Lebon.
- 223) CE, Ass., 27 novembre 1964, Veuve Renard, Recueil Lebon, p. 590.
- 224) CE, 25 mars 1966, Ville de Royan, Requetes n° 46504 et 46707 , publié au recueil Lebon.
- 225) TC, 15 janvier 1968, Compagnie air France/Époux Barbier, Requête n°01908, Publié au recueil Lebon.
- 226) CE, 29 mars 1968, Sté du lotissement de la plage de « pampelonne », AJDA 1968. S.335, obs. Massot et Dewost.
- 227) TC, 24 juin 1968, Fond d'Organisation et de Régulation des Marchés Agricole, Publié au Recueil Lebon.
- 228) CE, 28 juin 1968, Narcy, Requête n° 67593, Publié au recueil Lebon.
- 229) CE, 16 octobre 1968, Union nationale des grandes pharmacies de France, requêtes n° 69186 69206 70749, publié au recueil Lebon.
- 230) CE, 3 mars 1969, Société Interlait, AJDA, 1969, p. 307.
- 231) CE, 21 juillet 1970, Thomas, requête n°77400, Publié au recueil Lebon, p. 532.
- 232) CE, 02 octobre 1970, Gaillard, AJDA 1971. S.172.
- 233) CE, 04 décembre 1970, Ministre d'État chargé de la défense nationale contre John A Z et "British commonwealth insurance company limited", requêtes n° 78558 et 78678, publié au recueil Lebon.
- 234) CE, 21 avril 1971, Desdame, requête n° 68643.
- 235) CE, 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est", Recueil Lebon, Lebon p. 409.
- 236) CE, 15 décembre 1971, Commoy, requête n°78469, publié au recueil Lebon, p. 773.
- 237) CE, 23 juin 1972, Société la plage de la forêt, Requête n°81486, Publié au recueil Lebon.
- 238) CE, 10 novembre 1972, Société des grands travaux alpins, AJDA, 1973, p. 47, note Moderne.
- 239) CE, 19 janvier 1973, Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant, AJDA, 1973, 358 JCP, 1974.11.17629, note Pellet ; Recueil Lebon, p. 48.
- 240) CE, 27 avril 1973, SOBEMA, requête n° 82292.
- 241) CE, 19 juin 1974, Broutin, requête n° 88410, Publié au recueil Lebon.

- 242) CE, 26 juin 1974, Société La Maison des isolants de France, RDP. 1974, p. 1486, note J.-M. Auby.
- 243) CE, 18 octobre 1974, Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux, AJ, 1974, p. 535, chr. Frane et Boyon.
- 244) CE, 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises d'articles de sport, requête n° 89828, Publié au recueil Lebon.
- 245) CE, 30 mai 1975, Société de la région montpelliéraine, Recueil Lebon, p. 326.
- 246) CE, 04 juin 1975, Bouvet de la Maisonneuve, requête n° 92161 et 92685, Publié au recueil Lebon.
- 247) CE, 26 novembre 1975, Balout Frères, requête n° 93744.
- 248) CE, 12 mai 1976, Tanguy, requête n° 97598, publié au recueil Lebon.
- 249) CE, 18 juin 1976, Dame Culard, requête n° 96762, Dame Culard, AJDA, 1976, p. 579, note Durupty, concl. Gilbert Guillaume, Publié au recueil Lebon.
- 250) CE 22 novembre 1976, Fédération française de cyclisme, Publié au recueil Lebon.
- 251) CE, 02 mars 1977, Leflon et compagnie, requête n° 385, Recueil Lebon, p. 890.
- 252) CE, 20 janvier 1978, SCREG, requête n° 3526.
- 253) CE, 09 juin 1978, Sieur X David contre le Recteur de l'académie de Toulouse, requête n° 05911, publié au Recueil Lebon, S 547.
- 254) CE, 13 octobre 1978, Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône, Requête n° 3335, publié au recueil Lebon.
- 255) CE, 29 février 1980, Entreprise nouvelle de l'Ouest, requête n° 10589, Recueil Lebon, p. 790.
- 256) CE.ass., 27 février 1981, Whnapo, Recueil Lebon, p. 111.
- 257) CE, 29 avril 1981, Bernard, requête n° 10170 et 13920.
- 258) CE, 08 mai 1981, Marquiest, requête n° 17929, conclusions Schricke, Publié au Recueil Lebon.
- 259) CE, 27 mai 1981, SIVOM de l'Anse de Moidrey, requête n° 13755.
- 260) CE, 27 janvier 1982, Société méditerranéenne de bâtiment industrialisé, requête n° 17665.
- 261) CE, 12 mai 1982, Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône/Spie-Batignolles, requête n° 14735, Recueil Lebon, p. 175.
- 262) CE, Section, 22 mai 1982, Mlle Bloc'h, Conclusions J-P Costa, AJDA 1982, p. 166.
- 263) CE, 02 juillet 1982, Colas, requête n° 23653, Recueil Lebon, p. 261.
- 264) CE, 18 mai 1983, Rodes, requête n° 25308, publié au recueil Lebon.
- 265) TC, 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris, Recueil Lebon, p. 537, AJDA, 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; D, 1984, 33, note J.-B. Auby et H.G. Hubrecht.



- 266) CE.sect., 10 juin 1983, Raoult, R.Dalloz publ. S.1404, note J.Waline.
- 267) CE, 18 mars 1983, Mulsant, Recueil Lebon.
- 268) CE, 19 décembre 1984, Sté Ciments Lafarge France, Recueil Lebon, p. 432.
- 269) CE, 29 mars 1985, Fougerolle, requêtes n° 26676 et 26677.
- 270) CE, 5 juin 1985, Ministre délégué au temps libre, requête n° 60732.
- 271) CE, 28 février 1986, Ngako Jeuga, requêtes numéros : 41550 et 46278, publié au recueil Lebon.
- 272) CE, 13 mai 1987, CITRA-France, requête n° 35374,50006 et 50065, Recueil Lebon, p. 821.
- 273) CE, 12 juin 1987, Billiard et Jardin, requête n° 30060.
- 274) CE, 25 mars 1988, Commune d'Hyères, Requête n°61257, mentionné aux tables du recueil Lebon.
- 275) CE, 03 février 1989, Sté Alitalia, GAJA.
- 276) CE, 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, requête n°79532 Publié au recueil Lebon, p.69, concl. E Guillaume.
- 277) CC. Civ. I, 8 novembre 1989, Commune de Thumières c/ Sté. Telinor, D, 1990, SC, p. 331.
- 278) CE. Assemblée générale, 27 novembre 1989, Avis n°346893, Avis sur la question de savoir si le port d'un signe d'appartenance religieuse, dans un établissement scolaire, est ou non compatible avec le principe de laïcité, "port du foulard islamique "et principe de la laïcité de l'enseignement, Avis rendu public, AJDA, 1990, p. 39.
- 279) TC, 19 février 1990, M. Thomas c/ Commune de Francazal, RDP, 1991, p. 279-280.
- 280) TC, 26 mars 1990, Ass. nationale pour la formation professionnelle des adultes c/ Mme Vve Arend et autres, RDP, 1991, p. 278-279.
- 281) CE, 02 mai 1990, Joannides, requête n° 86662, Publié au recueil Lebon.
- 282) TC, 11 mai 1990, Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-À-Mousson, JCP, 1990. IV. p. 221.
- 283) CE, 18 janvier 1991, Société « Mulytpromotion », requête n° 104197, publié au recueil Lebon.
- 284) CE, 04 mars 1991, Le Cun, requête n° 112820, publié au Recueil Lebon, p. 70.
- 285) CE, 10 avril 1991, M et Mme Goiot, requête n°107683, Publié au recueil Lebon.
- 286) CE, 19 avril 1991, Babas, Requête n° 117680, R. Lebon.
- 287) CE, 15 mai 1991, Association Girondins de Bordeaux football club, Publié au Recueil Lebon.
- 288) CE, 29 mai 1991, Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines, requête n° 92551, Recueil Lebon, p. 1048.

- 289) CE, 14 juin 1991, Association Radio Solidarité, requêtes n° 107365 107859 110270 114646, publié au Recueil Lebon : confirmation d'une sanction prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, parce qu'elle ne représente pas « un caractère excessif ».
- 290) CE, 05 juillet 1991, Ministre chargé du budget contre Mme Claudette Artola, requête n°107258, publié au Recueil Lebon.
- 291) TC, 07 octobre 1991, CROUS de l'Académie de Nancy-Metz, Recueil Lebon, p.472.
- 292) CE, 28 février 1992, « Prix du tabac », AJDA 1992. 210 et 329 (chronique de jurisprudence par Christine Maugue et Bernard Schwartz).
- 293) CE, 07 juillet 1992, CAA de Paris et SA La Campinoise, Recueil Lebon, p. 562.
- 294) CE, 10 septembre 1992, Meyet, Requête n° 140376, Publié au recueil Lebon.
- 295) CE ass., 23 octobre 1992, Diemert, Dalloz AJDA 1992. S.785, chron. Maugue et Schwartz.
- 296) CC. civ., 18 novembre 1992, Sté OTH International, JCP, 1993, éd. G, IV, n° 234, Bull. civ., n° 279.
- 297) CE, 09 avril 1993, M et Mme B contre l'État, requête n° 138663, Inédit au recueil Lebon.
- 298) TC, 10 mai 1993, Sté. Wanner, Isofi Isolation et Sté. Nersa, Droit Administratif, 1993, p. 349.
- 299) CE, 18 juin 1993, Haddad, AJDA 1993, p. 573.
- 300) CE, 27 septembre 1993, Avis « sur les questions du droit d'asile », publié au Recueil Lebon.
- 301) CE, 18 novembre 1993, Avis « sur le statut des agents de France télécom », publié au Recueil Lebon.
- 302) TC, 22 novembre 1993, Martinucci c/ Ville de Toulouse, AJDA, 1994, p. 167.
- 303) CE, 29 avril 1994, cougrand, Dr Adm. 1994. S.382.
- 304) CE, 01er juin 1994, Syndicat CFDT Interco de Maine-et-Loire, requête n° 143078, publié au recueil Lebon.
- 305) CE, 29 juillet 1994, Département de l'Indre contre la commission centrale d'aide sociale, requête n° 111251, conclusion du commissaire du gouvernement : J-C Bonichot, publié au Recueil Lebon.
- 306) CE, 26 mai 1995, Administration générale de l'Assistance publique à Paris, requête n°143238, publié au Recueil Lebon.
- 307) CE, 27 octobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence et Commune de Morsang-sur-Orge, GAJA, RFDA, 1995, Conclusions Frydman, Dalloz, Paris, 1996, note de Gilles Lebreton, p.177.
- 308) TC, 25 janvier 1996, CAA de Lyon et Sté. Bouygues SA, AJDA, 1996, p. 192.

- 309) TC, 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes Berkani, AJDA, 1996, p. 355, chr. Stahi et Chauvaux.
- 310) CC, 18 juin 1996, Gonin, DA, 1996, Bulletin n° 536.
- 311) CE, 19 juin 1996, Syndicat Général CGT des affaires culturelles, requête n°141728 et 145043, Publié au recueil Lebon.
- 312) CE, 26 juin 1996, Commune de Céreste, inédit au recueil Lebon.
- 313) CE, 10 juillet 1996, M.Coisne, RFDA, n°2, 1996, p. 1037, mentionné aux tables du recueil Lebon.
- 314) CE. Section de l'intérieur, 22 août 1996, Avis n°359622, Avis concernant le droit d'étrangers placés dans certaines situations à obtenir la régularisation de leur séjour, Avis rendu public.
- 315) CE, 24 septembre 1996, Avis n° 359461, relatif à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : Rapport public du Conseil d'État pour 1996, Paris, La Documentation française, 1997, p. 303.
- 316) CE, 09 octobre 1996 Union national CGT des affaires sociales, Recueil Lebon, p. 383.
- 317) CE, 13 décembre 1996, Société Bec Frères, requête n° 133373.
- 318) CE, 31 janvier 1997, Campenon-Bernard, requête n° 119430, Recueil Lebon, p. 933.
- 319) CE ass., 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute « transchablaisienne », Recueil Lebon, p. 120.
- 320) CE, ass., 28 mars 1997, Union nationale des associations familiales, requête n° 180943, Publié au recueil Lebon.
- 321) TC, 20 octobre 1997, Albert, n°97-03032, Inédit au recueil Lebon.
- 322) CE, 12 juin 1998, Conseil national de l'ordre des médecins et autres, n°183528, Concl. Christine Maugüé, Revue de droit sanitaire et social 1999, p.527.
- 323) TC, 22 juin 1998, Miglierina, inédit au recueil Lebon.
- 324) CE, 03 juillet 1998, Syndicat national de l'environnement et CFDT, Requêtes n° 177248, 177320, 177387, Publié au recueil Lebon.
- 325) TC, 28 septembre 1998, Sté. des grands moulins italiens de Venise, inédit au recueil Lebon.
- 326) CE, 02 février 1999, S.A. Bouygues et autres, requête n° 206749, concl. Bergeal, Publié au recueil Lebon, p. 620.
- 327) CE sect., 03 février 1999, Montaignac, Dalloz AJDA 1999. S.576.
- 328) TC, 15 mars 1999, Faucon, Requête N°03097, Publié au recueil Lebon.
- 329) CC. Civ. 1, 16 mars 1999, Chambre de Commerce et d'Industrie de Valence et de la Drôme.
- 330) TC, 05 juillet 1999, Commune de Sauve c/ Société Gestetner.

- 331) CE. Section sociale, 06 juillet 1999, Avis n°363549, Avis concernant l'étendue des pouvoirs des agences régionales de l'hospitalisation (ARH) dans le domaine de la tarification des établissements de santé privés (articles L. 710-16 et L. 710-16-2 du code de la santé publique), Avis rendu public.
- 332) CE, 27 octobre 1999, Rolin, Requêtes n° : 171169, 171170 et 172384, Publié au recueil Lebon.
- 333) CE, 10 novembre 1999, requête n°208119, Société coopérative agricole du Briennon, Publié au recueil Lebon.
- 334) CE, 3 décembre 1999, Didier, requête n°207434, publié au recueil Lebon.
- 335) CE, 08 décembre 1999, Sté Borg Warner, requête n° 138651, Mentionné dans les tables du Recueil Lebon.
- 336) CC. 1ère civ, 7 mars 2000, Société du Pont-Neuf.
- 337) CE, 23 février 2000, Société Labor Métal, Recueil Lebon, p. 83.
- 338) CE, 20 mars 2000, Mayer et Richer, requête n°202295, Inédit au recueil Lebon.
- 339) TC, 03 juillet 2000, Franchini, inédit au recueil Lebon.
- 340) CE, 28 juillet 2000, Association France nature environnement, requête n° 204024, Publié au recueil Lebon.
- 341) CE. Assemblée générale, 21 septembre 2000, Avis n°365281, Avis sur la compatibilité avec la Constitution du projet d'accord sur application de l'article 65 de la Convention de Munich sur la délivrance de brevets européens du 05 octobre 1973, Avis rendu public.
- 342) CE, 08 décembre 2000, Gouvernement de la Polynésie Française, n°201816, inédit au recueil Lebon.
- 343) TC, 23 octobre 2000, Matoise Préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, inédit au recueil Lebon.
- 344) TC, 22 janvier 2001, Préfet de Seine-maritime, inédit au recueil Lebon.
- 345) CE, 30 mars 2001, Consorts Rothenberger, requête n°208934, Inédit au recueil Lebon.
- 346) CC. Civ. 1ère, 26 juin 2001, SCI le Magnolia, n°99-17586.
- 347) CE, 02 août 2001, Préfet de Vaucluse, inédit au recueil Lebon.
- 348) TC, 17 novembre 2001, Mme Silve, inédit au recueil Lebon.
- 349) TC, 17 décembre 2001, n° C3273, Société Rue impériale de Lyon c/ Société Lyon Parc Auto.
- 350) CE, 21 décembre 2001, M Dio, AJDA 2002, p. 641.
- 351) TC, 04 mars 2002, SCI La Valdaine et SCI du Beal c/ SNCF et Réseau Ferré de France.
- 352) TC, 01 juillet 2002, Reynier, inédit au recueil Lebon.
- 353) CE, 19 août 2002, Front National, requête n°249666, publié au recueil Lebon.

- 354) CE. Section de l'intérieur, 14 janvier 2003, Avis n°368577, Avis sur la question de savoir s'il incombe à la commune ou à l'État de supporter les charges relatives aux droits de reprographie des œuvres protégées dans les écoles de l'enseignement du premier degré, Avis rendu public.
- 355) CE, 05 mars 2003, Union nationale des services publics industriels et commerciaux, requête n°233372, Publié au recueil Lebon.
- 356) CE, 4 juillet 2003, Dubreuil, Recueil Lebon, p. 313.
- 357) CE, 30 juillet 2003, Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs, requête n° 237201, Publié au recueil Lebon.
- 358) CE, 17 octobre 2003, requête n°237290, Publié au recueil Lebon.
- 359) TC, 03 novembre 2003, UGAP, AJDA 2003, p. 2323, note J.-D. Dreyfus.
- 360) CE, 12 décembre 2003, Commune du Lamentin, requête n° 256561, mentionné dans les tables du recueil Lebon.
- 361) CE. Section de l'intérieur, 29 avril 2004, Avis n°370136, Avis sur la question de savoir si : 1/ Le maintien de chacune des trois exceptions au principe "non bis in idem" dans leur rédaction issue de l'article 5 du projet de décision-cadre du Conseil de l'Union européenne, en cours de négociation, répond à des exigences de nature constitutionnelle. 2/ En particulier, dans l'hypothèse où la décision-cadre n'ouvrirait aucune faculté de se prévaloir de ces exceptions, l'intégration de celle-ci dans l'ordre juridique interne serait susceptible d'aboutir à une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, Avis rendu public.
- 362) CE. Asemblée générale, 18 novembre 2004, Avis n°371000, A vis sur les questions suivantes : 1/ La mise en oeuvre du principe du pays d'origine, en ce qu'elle pourrait empêcher l'application de la législation nationale à certains prestataires de service opérant en France ou conduire le juge à prendre en compte la législation d'autres états membres de l'Union européenne, ne risquerait-elle pas, de ce fait, d'être regardée comme portant atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale ou incompatibles avec le principe d'égalité devant la loi ? 2/ Quels inconvénients pourraient s'attacher à la mise en oeuvre dans le droit interne des dispositions de la section 2 du chapitre 2 de la proposition de directive relative aux autorisations et, en particulier, de son article 13, paragraphe 4 ? 3/ Quels inconvénients pourraient s'attacher aux dispositions spécifiques concernant le détachement de travailleurs inscrites à l'article 24 de la proposition de directive ? 4/ Quels risques pourraient s'attacher à la mise en oeuvre de la méthode d'évaluation mutuelle organisée par l'article 41?, Avis rendu public.
- 363) TC, 29 décembre 2004, Époux Blanckeman c/ Voies navigables de France, Publié au recueil Lebon.

- 364) CE. Section de l'intérieur, 22 mars 2005, Avis n° 371475, sur la question de savoir si un ministre doit être regardé comme un "fonctionnaire public" ou un "agent" ou un "préposé d'une administration publique" au sens de l'article 432-13 du code pénal, Avis public.
- 365) CE. Section de l'intérieur, 26 juillet 2005, Avis n°371615, Demande d'avis relative au statut juridique du terrain d'assiette actuel du Grand Palais à Paris, Avis rendu public.
- 366) CE, 27 juillet 2005, Association Bretagne Ateliers, requête n° 261694, Publié au recueil Lebon.
- 367) CE, 29 août 2005, Avis n°372147, Demande d'avis sur la procédure de privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes : Autoroutes du Sud de la France (ASF), Autoroutes Paris Rhin Rhône (APRR) et Sanef, Avis rendu public.
- 368) CE. Section des travaux publics, 06 septembre 2005, Avis n°371958, Avis relatif à l'autorité compétente pour la délivrance de permis de construire dans le cadre des opérations de construction d'établissements pénitentiaires conduites par l'Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice, Avis rendu public.
- 369) CE, 19 octobre 2005, requêtes n° 283471 et n° 283892, CGT et autres, Publiés au recueil Lebon.
- 370) CE. Section de l'intérieur, 24 mars 2006, Avis n° 373035, relatif à l'extinction partielle ou totale de la diffusion des services de télévision par voie hertzienne terrestre, Avis public.
- 371) CE. Section des finances, 11 mai 2006, Avis n°372040, Demande d'avis relative à l'évolution de la participation de l'État dans le capital de la société Gaz de France, Avis rendu public.
- 372) CE, 27 septembre 2006, Section du contentieux sur le rapport de la 3<sup>ème</sup> sous-section, Séance du 15 septembre 2006 Lecture du 27 septembre 2006, N°s 290716,290718,291137,293046,293276, M. Bayrou et autres, ASSOCIATION DE DEFENSE DES USAGERS DES AUTOROUTES PUBLIQUES DE France, Publié au Recueil Lebon.
- 373) TC, 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, Publié au recueil Lebon.
- 374) CE, 10 janvier 2007, Fédération nationale interprofessionnelle des mutuelles, requête n° 283175, Inédit au recueil Lebon.
- 375) CE. Section de l'intérieur, 08 mars 2007, Avis n°373607, non publié.
- 376) TC, 19 mars 2007, n°C3622, arrêté de conflit du Préfet de l'Essonne en date du 31 octobre 2006, Publié au recueil Lebon.

- 377) CE, 07 août 2008, Société anonyme de gestion des eaux de Paris, requête n°289329, note E. Glaser, Droit administratif mai 2009, p.47.
- 378) CE, 16 février 2009, Hoffman-Glémane, Recueil Lebon, p. 43.
- 379) CE, 23 février 2009, Sté Merck Génériques, requête n° 303744, mentionné dans les tables du recueil Lebon.
- 380) CE, 30 décembre 2009, Département du Gers, requête n° 308514, mentionné dans les tables du recueil Lebon.
- 381) CE, 02 mars 2010, Dalongeville, Dalloz AJDA 2010. S.664, chron. Liéber et Botteghi.
- 382) CE, 26 octobre 2011, Commune de Saint-Denis, requête n°326492, publié au recueil Lebon.
- 383) CE, ass., 23 décembre 2011, M. Danthony et autres, requête n° 335033, Publié au recueil Lebon.
- 384) CE, 02 mars 2012, Avis : Lahouel, Dalloz AJDA 2012, S.1282, concl. Botteghi .
- 385) CE, 28 mars 2012, Confédération générale des petites et moyennes entreprises, requête n° 341067, « à propos de Pôle emploi, autorité à compétence nationale, dont les actes réglementaires relèvent du Conseil d'État en premier et dernier ressort », Publié au Recueil Lebon.
- 386) CE 24 septembre 2012, Commune de valence, requête n°342990, publié au recueil Lebon.
- 387) CE, 22 janvier 2013, Syndicat national CGT des chancelleries et services judiciaires, requête n° 355511, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.
- 388) CE, 17 octobre 2013, Degoin, Recueil Lebon, p. 409.
- 389) CE.ass., 13 novembre 2013, Dalloz AJDA 2013. S.2432, chron. Bretonneau et Lessi.
- 390) CE, 30 mars 2016, Association France nature environnement, requête n° 383546, Mentionné dans les tables du recueil Lebon.
- 391) CE, 30 juin 2016, Mme A., Dalloz AJDA 2016, S.1371, obs. Poupeau.
- 392) CE. Section sociale (Ass. gén), 15 mars 2018, Avis n°394345, relatif à la répartition des compétences entre l'État, les régions et Pôle emploi dans le cadre de la mise en œuvre des actions de formation des demandeurs d'emploi, Avis public.
- 393) CE. Section de l'intérieur, 27 mars 2018, Avis n° 394424, portant sur les modalités permettant d'assurer la continuité de la présidence des sociétés nationales de programme en cas de cessation anticipée du mandat du président, Avis public.
- 394) CE, 26 avril 2018, Avis n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce du 17 janvier 2018 par

le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique, Avis public.

- 395) CE. Section de l'administration, 04 mai 2018, Avis n° 394761, Avis sur la mise en place d'un dispositif visant à vérifier l'existence de menaces pour les intérêts fondamentaux de la Nation dans les données recueillies dans le cadre de la surveillance des communications internationales, Avis rendu public.
- 396) CE. Section des travaux publics, 15 mai 2018, Avis n° 394629 Avis portant sur la répartition des compétences en Nouvelle-Calédonie en matière d'assainissement non collectif, Avis public.
- 397) CE. Section de l'intérieur, 22 mai 2018, Avis n° 394677, Avis concernant la répartition des compétences en Nouvelle-Calédonie entre l'État et les communes en matière de maintien de l'ordre public, Avis public.
- 398) CE. Section des finances, 29 mai 2018, Avis n° 394777, Avis sur la fiscalité des transmissions d'entreprises, Avis public.  
CE. Section des travaux publics, 26 juin 2018, Avis n° 394694 Avis portant sur la répartition des compétences en Nouvelle-Calédonie en matière de fixation de la limite transversale de la mer à l'embouchure des cours d'eau situés sur terres coutumières, Avis public.
- 399) CE. Section de l'intérieur, 04 septembre 2018, Avis n° 395203, Avis sur l'échéance de l'accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 05 mai 1998, Avis public.
- 400) CE. Section de l'administration (Assemblée générale), 29 novembre 2018, Avis n° 396046, Avis relatif au champ d'application de la protection fonctionnelle, Avis public.



## V. Thèses de doctorat :

- 1) Laurent Vidal, « L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative », thèse en droit public, sous la direction de : Christine Bréchon-Moulènes, Paris I (Panthéon-Sorbonne), mai 2003.
- 2) Lino Di Qual, « La compétence liée », thèse de doctorat, Droit, Lille, 1963, dact., n°646; Paris, L. G. D. J., 1964.
- 3) Maël Mandin, « Le recours en cassation devant le Conseil d'État », Thèse en Droit public, Université de Metz : Faculté de droit économie et administration, 2004.
- 4) Olivier Henry, « La fonction de proposition du Conseil d'État », Thèse en droit public, sous la direction de : Jean-Louis Autin Université Montpellier I, faculté de droit et sciences économiques, 2000.
- 5) Pierre de Font-Réaulx, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'État sur les décisions des autres tribunaux administratifs. », Poitiers, 1930.



## **TABLES DES MATIÈRES :**

Principales abréviations.....	04
Résumés.....	06
Introduction.....	10
Première partie : <i>L'action gouvernementale en république démocratique</i>	21
Titre I : <i>La notion d'action gouvernementale</i>	22
Chapitre I : L'exécution de l'action gouvernementale via le pouvoir discrétionnaire de l'administration.....	27
Section 01 : L'administration et les institutions politiques.....	29
A. Les raisons techniques.....	30
B. Les raisons sociologiques.....	31
C. De l'intérêt général administratif à la bureaucratie et à la technocratie....	32
Section 02 : Justification et limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration.....	34
A. Le pouvoir discrétionnaire proprement dit.....	34
B. Pouvoir discrétionnaire et compétence liée.....	43
Chapitre II : Action gouvernementale et actes de gouvernement.....	49
Section 01 : L'assimilation de l'action gouvernementale à l'action publique responsable (concept moderne).....	53
A. Responsabilité et action publique : un changement de paradigme.....	56
B. La dimension managériale de l'action publique responsable.....	67
C. La dimension sociétale de la responsabilité des organisations publiques..	69
Section 02 : Les actes de gouvernement et leur immunité.....	75
A. La genèse des actes de gouvernement.....	75
B. La notion d'actes du gouvernement en toute objectivité.....	78
C. Les justifications théoriques de l'existence des actes de gouvernement...	98
Titre II : <i>La portée de l'action gouvernementale</i>	103
Chapitre I : Sur le plan social.....	104
Section 01 : Le service public.....	105
A. Le service public, pierre angulaire du droit administratif.....	106
B. La crise du service public.....	111
C. La renaissance du service public.....	123
Section 02 : La préservation de l'ordre public (la police administrative).....	131
A. La police administrative est un service public.....	133

B. Le contrôle du juge administratif sur la police administrative.....	148
Chapitre II : Sur le plan de l'économie sociale.....	165
Section 01 : Le régime des engagements financiers et des subventions.....	167
A. L'approche des Comptes de la protection sociale (en matières de subventions publique).....	168
B. L'organisation des principaux acteurs du système.....	172
Section 02 : Le régime du contrat administratif.....	187
A. La technique contractuelle et l'administration.....	187
B. La notion de contrat administratif.....	190
C. La dimension économique du contrat administratif (selon le facteur de risques dégagé par la jurisprudence du Conseil d'État).....	203
 Deuxième partie : <i>Les dispositifs de contrôle du Conseil d'État sur l'action gouvernementale en droit comparé</i>	 214
Titre I : <i>Le conseiller juridique du gouvernement (Le contrôle a priori)</i>	221
Chapitre I : La consultation obligatoire du conseil d'État.....	225
Section 01 : Sur les projets de lois.....	229
A. Les avis rendus en application de l'article 88-4 de la Constitution.....	231
B. Les avis sur les projets et propositions de loi du pays.....	233
Section 02 : Sur les ordonnances présidentielles et les décrets en conseil d'État (spécificité française).....	240
A. Consultation obligatoire du Conseil d'État sur les projets d'ordonnances présidentielles.....	240
B. Les décrets en conseil d'État .....	247
C. Élaboration d'un décret de l'article 37 second alinéa, de la constitution du 04 octobre 1958.....	259
 Chapitre II : La consultation facultative du Conseil d'État.....	 263
Section 01 : Sur les propositions de lois et sur la réglementation.....	268
A. Le Conseil d'État « conseil du parlement ».....	268
B. Les avis sur des questions en matière administrative.....	270
Section 02 : Les études et les rapports du Conseil d'État.....	306
A. Les figures imposées de la dimension pédagogique des rapports publics..	316
B. Les figures libres de la dimension pédagogique des rapports publics.....	318

Titre II : <i>Le conseil d'État juge suprême de l'ordre administratif (Le contrôle à posteriori)</i>	325
Chapitre I : Le Conseil d'État Juge de fond.....	335
Section 01 : Compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort.....	336
A. Les chefs de compétence.....	336
B. Le Conseil d'État juge d'attribution.....	342
Section 02 : Le Conseil d'État en tant que Juge d'appel.....	348
A. Une compétence désormais exceptionnelle.....	349
B. Les avantages de l'appel.....	353
C. L'appel sur cassation.....	355
Chapitre II : Le Conseil d'État juge de cassation.....	377
Section 01 : Le Conseil d'État en tant que juridiction de régularité.....	380
A. La régulation interne du Conseil d'État.....	380
B. La régulation externe par le Conseil d'État.....	386
Section 02 : Le Conseil d'État garant de l'unité du droit applicable devant l'ordre administratif.....	398
A. L'unité du droit applicable.....	399
B. L'unité de l'ordre juridictionnel administratif.....	411
Conclusion.....	416
Bibliographie.....	423
Table des matières.....	458