



2020-2021 / 17^e édition

Droit administratif

Serge Velley



Vuibert

VUIBERT DROIT

Collection dirigée par Frédéric Debove

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

DROIT ADMINISTRATIF

17^e édition

Serge Velley

Maître de conférences
à l'université Paris Nanterre

Vuibert

Composition de couverture : Nathalie Dudek

Composition intérieure : Le Vent se lève...

ISBN 978-2-311-40728-0

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

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

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

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

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

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

© Magnard-Vuibert – août 2020 – 5, allée de la 2^e DB, 75015 Paris

Site internet : www.vuibert.fr

Première partie



L'intégralité
du
cours

Introduction

(1) L'État de droit

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

Il y a des pays où les gouvernants semblent ne savoir « user » que de la bête. Le pouvoir y est comme un félin qui s'acharne sur sa proie, et les règles qui s'appliquent – car tout État, même le plus tyrannique, ne peut se passer du procédé juridique, de la règle de droit² – y sont iniques. Les gouvernés peuvent être emprisonnés sans raison, et tués en toute impunité³. Il est des pays, en revanche, où l'État doit respecter un droit présentant certaines qualités : démocratiquement élaboré et protecteur de certaines libertés considérées comme fondamentales. Ces États sont ceux que l'on nomme communément des **États de droit**. En France, l'État de droit s'exprime par le **principe de constitutionnalité** qui, depuis la création du Conseil constitutionnel, subordonne effectivement le législateur à la Constitution, et par le **principe de légalité**, plus ancien, qui soumet l'administration à la « loi » *largo sensu*.

(2) État de droit et droit administratif

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

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

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

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

Première partie. L'intégralité du cours

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

Un droit de privilèges appliqué – autre privilège – par un juge administratif indépendant de l'ordre judiciaire, mieux « à même de reconnaître la mesure dans laquelle l'intérêt public sera compatible avec l'intérêt privé », du fait de sa proximité avec l'administration¹. Le droit administratif français est au demeurant traditionnellement qualifié de « **prétorien** »² en raison du rôle longtemps déterminant joué par le Conseil d'État dans sa construction et sa diffusion. Une participation fortement soulignée et relayée par la **doctrine** publiciste, entendue comme l'ensemble des professionnels du droit qui, par leurs écrits (ouvrages, articles, notes ou commentaires), s'efforcent de structurer, de théoriser et d'expliquer la matière.

Les progrès de l'État de droit et l'influence des juges européens – Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne – ont cependant conduit à l'apparition d'un nouvel équilibre, plus favorable aux administrés. En témoignent, par exemple, la consécration récente d'un nouveau principe général du droit relatif à la sécurité juridique, ou la possibilité pour le juge administratif de moduler les effets d'une annulation contentieuse ; la création de véritables référés administratifs, ou la réduction substantielle des hypothèses où la responsabilité de l'administration ne peut être engagée que sur le terrain de la faute lourde. L'existence d'un droit et d'un juge administratif n'est donc plus perçue comme un frein à l'établissement de l'État de droit : c'est désormais le modèle majoritaire dans l'Union européenne, adopté dans la mesure où il semble contribuer à une meilleure protection des libertés.

(3) Droit administratif et droit de l'administration

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

1. Conclusions du commissaire du gouvernement Perret sur TC 8 février 1873, Planque et Papelard.

2. § 214.

de marché et de l'interventionnisme croissant de la puissance publique dans la version française de l'**État-providence** induit cependant un **phénomène de privatisation** appelé à bouleverser la structure et les méthodes de l'administration. **Privatisation du mode de gestion**, des méthodes du service public (SP) avec l'apparition, en 1921, de **services publics industriels et commerciaux** (SPIC); **privatisation du gestionnaire** avec la généralisation, en 1938, de la faculté accordée à une personne privée de gérer un service public.

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

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

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

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

Évolution, révolution ? Pour certains, le résultat ne semblait guère faire de doute : la disparition du monopole accordé aux grands SPIC (La Poste, France Télécom, EDF-GDF...) et la privatisation de leur statut annonçaient la fin du droit administratif, banalisé par l'irruption brutale du droit de la concurrence dans les méthodes de gestion de l'administration. Pour d'autres, en revanche, cette confrontation ne constituerait qu'une étape dans la longue histoire d'un droit caractérisé par ses remarquables facultés d'adaptation. Ainsi, plus qu'à un effacement, c'est à une symbiose que l'on assisterait avec l'apparition d'un droit public de la concurrence conciliant, selon des techniques propres au juge administratif, concurrence et impératifs d'intérêt général relatifs à la protection des consommateurs, du domaine public, ou à certaines considérations d'ordre social².

1. Une autorité administrative ne prend pas nécessairement des actes administratifs et, inversement, tout acte administratif ne sera pas nécessairement pris par une autorité administrative. Cf. *infra* §§ 46 et s, 158, 180 et 183-184 sur les limites du critère organique.

2. Cf. par ex. J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 2014 (7^e éd.), pp. 18 et s, 32 et s. Cf. aussi la mise au point de J. Caillousse, sur quelques problèmes actuels du droit administratif français. Bref essai de mise en perspective. AJDA 2010.931.

Première partie. L'intégralité du cours

Le phénomène de privatisation de l'administration avait déjà conduit à une transformation profonde de l'action publique et de certaines notions fondamentales du droit administratif¹. La mondialisation et l'intégration du droit de la concurrence dans la légalité administrative² accélèrent et accentuent le mouvement ; la « lecture économique » du droit administratif devient prédominante, voire même asphyxiante, dès lors qu'elle est généralement présentée comme l'expression directe et inévitable de la « nécessité économique, soustraite par définition à toute forme de débat »³.

Un droit administratif en pleine évolution, donc, mais toujours vigoureux, qui règle l'organisation (titre 1), les missions (titre 2) et les obligations (titre 3) de l'administration française.

1. Cf. not. §§ 3, 10, 11, 90, 92, 123 et s., 134, 136.

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

3. Sur la mise en évidence de cette « lecture économique » du droit, cf. par exemple J. Caillosse, *Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ?*, AJDA 2016.761.



Titre 1

Organisation

Première partie. L'intégralité du cours

(5) L'administration

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

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

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

(6) Ses principes

Trois grands principes structurent l'administration française :

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

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

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

Chapitre 1

Séparation des autorités administratives et judiciaires

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

I. Principe

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

(7) Confusion des pouvoirs et « administration »

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

Les multiples juridictions créées au fil des siècles – Parlements¹, Cour des aides, Chambre des comptes, greniers à sels, élections... – jugeaient et édictaient des règlements² dont elles contrôlaient l'application et réprimaient les violations. Aux côtés de ces officiers de justice ou de finances auxquels la vénalité des charges conférait une indépendance préoccupante pour l'autorité royale, le ^{xvii}e siècle vit apparaître des intendants nommés et librement révoqués par le roi. Comme l'indique leur titre d'« intendant de justice, police et finances », ces agents exerçaient des fonctions qui seraient distribuées de nos jours entre l'administration, le juge administratif et le juge judiciaire. Toutefois, ils jugeaient et administraient selon des méthodes nouvelles, plus « bureaucra-

1. Les parlements d'Ancien Régime étaient des cours de justice, et non l'organe d'édiction des lois des régimes politiques modernes.

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

Première partie. L'intégralité du cours

tiques », c'est-à-dire débarrassées de tout ou partie des « formes judiciaires » qui réglaient l'activité des officiers de justice ou de finances.

Dès lors, si le mot « administration » est utilisé à cette époque, l'administration au sens moderne du terme n'existe pas. Reposant sur la confusion des pouvoirs, la monarchie absolue ne connut qu'une **administration judiciaire** mêlant fonctions administratives et judiciaires et « administrant », sauf exception, selon des formes judiciaires¹.

I.2. Une conception nouvelle de l'administration

(8) Une administration moderne, séparée du judiciaire

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

Les révolutionnaires devaient en effet compter avec l'opposition déclarée des cours de justice de la monarchie, accoutumées pour certaines à se présenter depuis la deuxième moitié du XVIII^e siècle comme les représentants de la nation. Une prétention et une concurrence inacceptables pour l'Assemblée constituante, inquiète de la menace que ces juges pouvaient faire peser sur son œuvre. L'une de ses premières mesures fut donc de décréter, le 3 novembre 1789, la « mise en vacance » des cours de justice, puis d'installer un système judiciaire radicalement nouveau, séparé de l'exécutif et soumis à la loi, devenue « l'expression de la volonté générale »². En 1790 encore, Thouret, rapporteur du comité de constitution sur le projet d'organisation du pouvoir judiciaire, ne se faisait pas faute de rappeler à ses collègues la puissance acquise par le juge sous l'Ancien Régime : « émule de la puissance législative, il révisait, modifiait ou rejetait les lois. Rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations, en arrêtait le mouvement, et en inquiétait les agents »³.

1. Cf. not. G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2002 ; F. Burdeau, *Histoire du droit administratif de la Révolution au début des années 1970*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1995 ; J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985 ; R. Mousnier, *Les Institutions de la France sous la monarchie absolue*, Paris, PUF, 1990-1992 (2^e éd.), 2 vol. ; F. Saint-Bonnet et Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, Domat Montchrestien, 2008 (3^e éd.).

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

3. Rapport du 24 mars 1790.

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

(9) Administration, justice et justice administrative

Cette méfiance, qui s'accordait à l'idée ancienne d'une puissance publique garante de l'intérêt public et bénéficiant comme telle de certains privilèges, devait conduire à une interprétation particulière du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, têt conçu comme interdisant au juge civil de régler les litiges intéressant l'administration. **Le principe de non-ingérence du juge judiciaire dans l'activité administrative l'empêchera en définitive de connaître du contentieux de l'administration.** Celui-ci sera renvoyé dans un premier temps devant l'administration elle-même – c'est la solution, guère satisfaisante, de l'**administrateur-juge** – puis devant un ordre de juridictions entièrement distinct et séparé de l'ordre judiciaire¹.

Cette interprétation restrictive de la compétence judiciaire sera ensuite présentée comme l'expression d'une prétendue « conception française de la séparation des pouvoirs ». Cette notion, dépourvue de toute réalité historique², autorisera le tribunal des conflits à renvoyer devant le juge administratif le contentieux de la puissance publique résultant d'une faute de service³, avant d'être consacrée un siècle plus tard comme l'assise constitutionnelle de la compétence conférée au juge administratif. Dans sa décision du 23 janvier 1987, le Conseil constitutionnel, s'il admet que les dispositions révolutionnaires posant le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires « n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle », estime en effet que « la conception française de la séparation des pouvoirs » n'en a pas moins donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFLR)⁴ réservant au juge administratif « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »⁵.

II. Modalités d'application

L'application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires suppose l'existence d'un ou de plusieurs critères de répartition des compétences entre le juge judiciaire et l'administration, concernant le traitement du

1. Cf. *infra* §§ 24 et s.

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

3. TC 30 juillet 1873, Pelletier, concl. David, R. 1^{er} suppl. 117. Cf. *infra* § 261.

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

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

Première partie. L'intégralité du cours

contentieux administratif. En un peu plus de deux siècles, cette « ligne de partage »¹ a connu nombre de modifications, au gré des interventions du législateur et du juge lui-même.

II.1. Le critère perdu du service public

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

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

L'arrêt Blanco fut ainsi présenté par la doctrine comme établissant une identité presque parfaite entre activité de service public, gestion par une personne publique, application du droit administratif et compétence du juge administratif pour régler les litiges issus de l'activité de ces services. Ce **trip-tyque** devait faire de cette notion de service public la « pierre angulaire » du droit administratif².

(11) B. La « crise » du service public

Il est souvent fait allusion à la crise du service public. L'expression appelle deux commentaires, relatifs à l'idée même de crise et à son objet. Peut-on en effet parler de « crise » pour désigner un phénomène qui perdure depuis près d'un siècle et remet en cause une solution – celle de l'arrêt Blanco – mise en œuvre pendant moins de cinquante ans (1873-1921)? C'est, nous semble-t-il, bien plus d'une évolution que d'une crise dont il est question. De surcroît, la « crise » du service public comme critère unique d'application du droit administratif et de compétence du juge administratif résulte directement du succès du service public comme mode de gestion d'activités d'intérêt général de plus en plus nombreuses – « arborescence » qui conduira à la privatisation d'une bonne partie de l'action de la puissance publique³.

Dès 1912, le Conseil d'État avait admis l'existence d'une gestion privée du service public en ouvrant à l'administration la faculté de conclure des contrats de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire⁴. Une première brèche,

1. P.-L. Fier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Domat Montchrestien, 2008 (5^e éd.), p. 399.

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

3. § 114 et s.

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

suivie moins de dix ans plus tard par la remise en cause radicale du triptyque établi par l'arrêt Blanco entre activité de service public – gestion par une personne publique – application du droit administratif et compétence du juge administratif.

La fracture se fera en deux temps, avec :

- l'apparition, en 1921, de **services publics industriels et commerciaux** (SPIC) gérés, sauf exception, comme des entreprises privées, soumis au droit privé et au juge judiciaire (**privatisation du mode de gestion**)¹ ;

- la consécration et la généralisation, en 1938, de la possibilité donnée à des personnes privées de gérer des services publics (**privatisation du gestionnaire**)².

À la suite de cette privatisation rendue possible du mode de gestion (SPIC) et/ou du gestionnaire du service public, celui-ci ne peut plus prétendre servir de critère unique de compétence du juge administratif. Il existe désormais des services publics (SPIC ou SP gérés par des personnes privées) soumis, sauf exception, au droit privé et au juge judiciaire. Un critère qui ne peut non plus être trouvé dans la nature du service public : les services publics administratifs (SPA) peuvent prendre, sous certaines conditions, des actes de droit privé, et les services publics industriels et commerciaux sont quant à eux susceptibles d'édicter parfois des décisions administratives³.

II.2. Le critère dépassé de la puissance publique

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

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel consacre l'existence d'une compétence constitutionnellement reconnue au juge administratif, limitée à « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République, ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »⁴. Le critère retenu fait place à un élément relatif à l'**auteur de l'acte** (autorités relevant du pouvoir exécutif...) et à un élément portant sur le **contenu de l'acte** (utilisation de prérogatives de puissance publique).

Le Conseil constitutionnel semble réactiver de la sorte l'**ancien critère de la puissance publique** qui avait précédé, au XIX^e siècle, celui du service public. Force est cependant de constater que cette solution n'est susceptible de s'appliquer qu'au « noyau dur »⁵ du contentieux administratif. Celui-ci intègre en effet le contentieux de certains actes édictés par des personnes privées, ou de décisions qui ne sont pas nécessairement prises « dans l'exercice des prérogatives de puissance publique ».

1. TC 22 janvier 1921, *soc. Commerciale de l'Ouest africain*, dite aussi « bac d'Eloka », R. 91 ; D. 1321.3.1, concl. Matter (§ 128 et s).

2. CE 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, R. 417 ; RDP 1938.830, concl. Latournerie (§ 123 et s).

3. §§ 133 et s.

4. § 9.

5. Expression utilisée par B. Genevois dans sa note sous cette décision, RFDA 1987, 287 et s.

II.3. Des critères modulables

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

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

C'est ainsi par exemple qu'un contrat sera administratif s'il est conclu par une personne privée (1^{er} élét.) et s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun (3^e élét.) ou s'il fait participer le cocontractant de l'administration à l'exécution du service public (2^e élét.)¹. Une décision de portée générale prise par une personne privée gérant un service public administratif sera administrative si elle porte sur l'organisation ou le fonctionnement du service, et comporte l'emploi de prérogatives de puissance publique (2^e et 3^e éléts.). Une mesure semblable, édictée par un service public industriel et commercial, présentera en revanche un caractère administratif sans qu'il soit besoin d'utiliser ce type de prérogatives (2^e élét.)² !

III. Exceptions

Comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 évoquée ci-dessus, les critères de compétence du juge administratif peuvent faire l'objet de dérogations prises dans l'intérêt d'une « bonne administration de la Justice »³ et s'appliquent « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire »⁴. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires doit en effet être concilié avec certains éléments auxquels l'**État de droit** accorde une importance particulière : indépendance du juge judiciaire et protection de certains droits.

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

1. §§ 180 et s.

2. Sur toutes ces questions, *cf. infra* §§ 135 et s.

3. Devenue objectif de valeur constitutionnelle (OVC) avec CC 2009-595 DC du 3 déc. 2009 (LO relative à la QPC). Sur cette question, *cf. not.* H. Apathin, *Retour sur la notion de bonne administration de la justice*, AJDA 2012.587. Une dizaine de lois sont ainsi venues « écorner » la compétence du juge administratif, concernant le contentieux de certaines AAI : loi du 6 juillet 1987, concernant le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) ; loi HADOPI, du 28 octobre 2009. Sur cette question, *cf.* C. Froger, *Les interventions législatives après la décision Conseil de la concurrence*, AJDA 2017.2.112.

4. G. Eveillard, *Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire*, AJDA 2017.2.101.

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

(14) **A. Compétence du juge judiciaire pour connaître du contentieux des actes relatifs au fonctionnement du SP de la justice**

Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires implique certes l'indépendance réciproque de l'administration et du juge judiciaire, mais la justice se présente aussi comme un service public, relevant comme tel de la compétence du juge administratif. Le compromis se fera autour de la distinction, opérée par le tribunal des conflits, entre mesures d'**organisation** ou de **fonctionnement du service**¹ :

- le contentieux de toutes les mesures d'**organisation** relève de la compétence du **juge administratif** ; création ou suppression de tribunaux, mesures relatives au recrutement, au statut et à la carrière des magistrats de l'ordre judiciaire²... ;

- le contentieux portant sur le **fonctionnement** de ce service public, sur l'exercice même de la fonction juridictionnelle, relève en revanche de la compétence du **juge judiciaire** ; décisions de justice, mais aussi toute mesure relative à la saisine d'une juridiction, à l'instruction d'une affaire ou à l'exécution d'un jugement.

La distinction mise en œuvre est cependant loin d'être évidente³, et la tâche encore compliquée par l'application de la **théorie des actes détachables**. Certains actes sont en effet considérés par le juge administratif comme pouvant être « détachés » du fonctionnement du service de la justice : le contentieux des interventions de la force publique pour faire exécuter un jugement relève ainsi de la compétence du juge administratif.

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

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

1. TC 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, R. 642.

2. La carrière des magistrats de l'ordre judiciaire est gérée par le Conseil supérieur de la magistrature. La révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 avait considérablement réduit les compétences du chef de l'État, qui continuait cependant de le présider. La révision du 23 juillet 2008 lui ôte cette prérogative : la formation compétente pour les magistrats du siège est désormais présidée par le premier président de la Cour de cassation ; la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet, par le procureur général près la même Cour (art. 65C révisé).

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

Première partie. L'intégralité du cours

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

– Jusqu'en 2011, selon une jurisprudence Septfonds remontant à 1923, la compétence du juge judiciaire non répressif (le juge civil) se limitait à l'**interprétation** des décisions administratives à caractère réglementaire. Sauf voie de fait¹, l'**appréciation de la légalité** des actes administratifs lui demeurerait interdite et devait faire l'objet d'une **question préjudicielle** portée devant le juge administratif². Fondée sur une distinction criticable et peu opératoire³, cette jurisprudence traditionnelle vient d'être sérieusement amendée par le tribunal des conflits. Après avoir étendu la compétence du juge administratif à toutes les décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publiques⁴, et non plus aux seuls règlements, celui-ci formule en effet **deux dérogations** à la mise en œuvre des questions préjudicielles, justifiées par les principes de bonne administration de la justice et du délai raisonnable de jugement. La première permet aux juridictions judiciaires de se fonder sur une « jurisprudence établie » du juge administratif pour régler sans plus attendre un litige mettant en cause la légalité d'une décision administrative. Conséquence inédite de l'effectivité du droit communautaire, la seconde autorise le juge judiciaire à saisir directement la CJUE à titre préjudiciel, en cas de difficulté d'interprétation d'un acte communautaire, ou à vider le litige en appliquant la disposition du droit européen ignorée ou violée par la décision administrative⁵.

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

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

1. § 17.

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

3. Sur l'absence de pertinence de la distinction opérée entre interprétation et appréciation de la légalité, cf. S. Théron, Les questions d'appréciation de la régularité d'un acte et d'interprétation devant le juge, AJDA 2013.2037.

4. Une modification qui renvoie au champ de compétence du juge administratif, tel qu'il fut déterminé par CC 23 janv. 1987 (§ 12).

5. TC 17 oct. 2011, SCEA du Chêneau ; 12 déc. 2011, soc. Greenyellow, AJDA 2011.2041 et 2503 ; 2012.27, chron. M. Guyomar et X. Domino. Cette jurisprudence sera appliquée aux questions préjudicielles susceptibles d'être posées par le juge administratif au juge judiciaire par CE 23 mars 2012 Fédération Sud Santé Sociaux, R. 102 avec concl. ; AJDA 2012.1583 note E. Marc.

(16) **A. Exceptions prévues par la loi**

Le législateur a longtemps disposé d'une liberté complète pour modifier et rectifier la frontière séparant les compétences administratives et judiciaires¹. Cette faculté est désormais encadrée par les principes dégagés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 (précitée). Nous n'aborderons ici que trois chefs de compétence, conférés par la loi au juge judiciaire en raison de l'importance particulière accordée aux droits en cause.

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

2) **Le juge judiciaire, gardien de l'état et de la capacité des personnes** (mariage, filiation⁵, divorce, décès). Sa compétence s'étend aux questions relatives à la **nationalité** (validité des certificats de nationalité et refus de les délivrer)⁶ et à la **qualité d'électeur** (contentieux relatif à l'inscription, ou au refus d'inscription sur les listes électorales).

3) **Le juge judiciaire, gardien « naturel » du droit de propriété.** Il faut toutefois qu'il y ait dépossession, et non une « simple » atteinte à ce droit. La loi lui confère de la sorte compétence pour connaître des contentieux de l'**expropriation pour cause d'utilité publique** et, sauf exception, des **réquisitions**⁷. Depuis 1989, cette compétence se fonde sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁸.

1. Le contentieux des contributions indirectes sera ainsi confié dès 1790 au juge judiciaire. Lui seront renvoyés ensuite : le contentieux de la Sécurité sociale, la réparation des préjudices causés par ou aux élèves de l'enseignement public et privé sous contrat (loi du 5 avril 1937) et des dommages causés par un véhicule (loi du 31 déc. 1957).

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

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

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

5. Cf. par ex. CE 11 mars 2010. M. Papy Matutu Niombo (AJDA 2010.524) : le juge administratif ne peut ordonner l'exécution de tests ADN pour étudier une filiation ; compétence du juge judiciaire.

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

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

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

*Première partie. L'intégralité du cours***(17) B. Une conception restrictive de la voie de fait**

La voie de fait était traditionnellement définie comme une atteinte d'une exceptionnelle gravité, portée par l'administration à l'exercice d'une liberté fondamentale ou du droit de propriété. L'atteinte était telle et l'illégalité si grave que l'acte ou le comportement administratif¹ apparaissait comme « manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir conféré à l'administration »². Celle-ci perdait alors son privilège de juridiction : le juge administratif pouvait seulement constater la voie de fait, le juge judiciaire étant compétent pour apprécier la voie de fait, mais aussi pour la réparer et la faire cesser en adressant éventuellement des injonctions à l'administration. Seule l'existence de circonstances exceptionnelles permettait de déclassifier la voie de fait en une « simple » illégalité, relevant comme telle de la juridiction administrative³.

Si les conséquences de la théorie de la voie de fait demeurent intactes, son champ d'application a connu en 2013 une restriction considérable, due essentiellement au succès du référé-liberté. Cette procédure autorise en effet le juge administratif à ordonner, en cas d'urgence et dans les 48 h, « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle (l'administration) aurait porté, **dans l'exercice de ses pouvoirs**, une atteinte grave et manifestement illégale ».⁴ La référence faite à « l'exercice de ses pouvoirs » aurait dû préserver l'autonomie de la voie de fait, mais le TC, guidé par un souci d'efficacité et de bonne administration de la justice, a préféré redéfinir celle-ci comme une mesure « portant atteinte à la **liberté individuelle** ou aboutissant à l'**extinction du droit de propriété** [...] et [...] manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative »⁵. Ce n'est donc plus toute liberté fondamentale qui se trouve désormais protégée par la voie de fait, mais la seule liberté individuelle – maintien exigé par l'article 66C qui fait de l'autorité judiciaire la « gardienne » de cette liberté⁶. Ce n'est plus l'atteinte exceptionnellement grave portée au droit de propriété que sanctionne cette théorie, mais uniquement son extinction et, ce, conformément à la jurisprudence du CC⁷.

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

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

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

4. Loi du 30 juin 2000, devenue l'article L. 521-2 CJA. Cf. § 54.

5. TC 17 juin 2013, M. Bergeond c/ ERDF Annecy-Léman, AJDA 2013. 1568, chron. X. Domino et A. Bretonneau. Définition reprise par Cass. Civ. 11 mars 2015, AJDA 2015, 1301-1302.

6. Selon cette définition, une atteinte présumée à la liberté syndicale ne peut donc plus être qualifiée de voie de fait (Cass. Préc.), non plus que l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir (TC 12 février 2018, AJDA 2018.307).

7. Selon le CC l'intervention du juge judiciaire ne s'impose en effet qu'en cas de dépossession, c'est-à-dire de privation définitive du droit de propriété (cf. par ex. CC 85-198DC du 13 déc. 1985).

Encore faut-il préciser que le juge administratif peut désormais faire cesser la voie de fait dans le cadre d'un référé-liberté, solution certes peu orthodoxe, mais justifiée ici aussi par l'urgence et l'efficacité¹.

(18) **C. Une théorie résiduelle ? L'emprise**

Autre théorie jurisprudentielle, l'emprise était définie comme la dépossession d'une propriété immobilière ou d'un droit réel immobilier² par l'administration ou un entrepreneur de travaux publics. Son champ d'application était donc tout à la fois plus large et plus restreint que celui de la voie de fait. Plus large, dès lors que le degré d'illégalité exigé était moins élevé : une dépossession, certes, mais susceptible de se rattacher à un pouvoir conféré à l'administration. Plus restreint, dans la mesure où l'emprise ne portait que sur la propriété immobilière ou un droit réel immobilier. Ses effets étaient aussi plus limités. L'emprise pouvait en effet être régulière (réquisition, expropriation) et son contentieux ressortait alors, sauf exception³, de la compétence des juridictions administratives⁴. Enfin, même dans l'hypothèse d'une emprise irrégulière, le juge judiciaire n'était compétent que pour réparer le préjudice, l'appréciation du caractère régulier ou irrégulier de l'emprise relevant du seul juge administratif⁵.

Instituée pour renvoyer devant le juge judiciaire des dépossessions qui ne pouvaient être qualifiées d'expropriations au sens de la loi du 8 mars 1810, la théorie de l'emprise obligeait le requérant à se pourvoir successivement devant le juge administratif pour en faire apprécier le caractère irrégulier, puis devant le juge judiciaire pour obtenir réparation du préjudice subi. Sa quasi-disparition, presque inéluctable dès lors que le droit de propriété devenait une liberté fondamentale protégée par le référé-liberté, a été prononcée par une décision du TC en date du 9 décembre 2013, époux Panizzon⁶, qui attribue désormais pleine compétence au juge administratif pour connaître des actions en réparation dirigées contre les décisions administratives qui porteraient atteinte au droit de propriété, sans pour autant conduire à son extinction. Dans cette dernière hypothèse, et à condition qu'il n'y ait pas voie de fait, subsisterait une théorie résiduelle de l'emprise irrégulière⁷.

1. Même dans cette hypothèse, l'indemnisation de la voie de fait demeure de la compétence exclusive du juge judiciaire. Sur ces questions, cf. CE 23 janv. 2013, Cne de Chirongi, AJDA 2013. 788, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

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

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

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

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

6. AJDA 2014. 216, chron. A. Bretonneau et J. Lessi.

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

IV. Sanction

Le respect du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires s'exprime par la technique des questions préjudicielles, et conduit à l'apparition d'une juridiction spécialisée dans la résolution des problèmes de compétence susceptibles de s'élever entre les deux ordres de juridictions : le Tribunal des conflits.

IV.1. Les questions préjudicielles

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

La résolution d'un conflit peut parfois dépendre d'une question relevant de la compétence de l'autre ordre de juridiction. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le juge administratif doit trancher une affaire dont la solution soulève une question relative à la capacité ou à la nationalité d'une personne ou, au contraire, lorsque l'issue d'un procès porté devant le juge civil suppose d'apprécier la légalité d'une décision administrative¹. Le juge saisi doit alors **surseoir à statuer**, dans l'attente de la réponse apportée par l'autre ordre de juridiction à ce que l'on nomme une **question préjudicielle**.

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

- Depuis une décision du tribunal des conflits Avranches et Desmarests², consacrée par l'article L 111-5 du code pénal, le juge civil répressif (le juge pénal) dispose en effet de la plénitude de compétence pour interpréter et/ou apprécier la légalité d'une décision administrative dont dépend l'issue du procès porté devant lui.

- La compétence du juge civil non répressif, jusque-là fortement restreinte par la jurisprudence Septfonds de 1923³, vient de se voir considérablement renforcée par deux décisions de 2011, l'autorisant à se prononcer directement lorsque la solution à apporter au problème de légalité ou d'interprétation de l'acte administratif apparaît clairement, « au vu notamment d'une jurisprudence établie », ou lorsqu'est en cause l'application d'une disposition du droit communautaire⁴.

IV.2. Les conflits

(20) A. Le Tribunal des conflits

Les modalités d'application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires peuvent donner lieu à de multiples difficultés, voire violer le droit à un recours effectif. Dans un premier temps, le Conseil d'État sera chargé de résoudre ces difficultés sous l'autorité du chef de l'État. Apparu en l'an VIII (1799), ce système extrêmement critiquable en raison de la confusion des genres instituée pour le plus grand avantage de l'exécutif – à la fois juge et partie –

1. Cf. *supra* § 15 et s.

2. TC 5 juillet 1951, préc. § 15.

3. TC 16 juin 1923, préc. § 15.

4. TC 17 oct. 2011, SCEA du Chéneau ; 12 déc. 2011, soc. Greenyellow, préc. § 15.

Séparation des autorités administratives et judiciaires

sera abandonné une première fois en 1848¹, rétabli en 1852 après le coup d'État de Louis Napoléon Bonaparte, puis définitivement abandonné en 1872.

S'inspirant du précédent de 1848, la **loi du 24 mai 1872** crée un Tribunal des conflits, en charge du respect du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires². Composé de quatre conseillers d'État et de quatre conseillers à la Cour de cassation, il est présidé par le ministre de la Justice, qui dispose d'une voix prépondérante en cas de partage des suffrages – ultime protection de l'administration face aux éventuels empiétements du juge judiciaire³ !

Cette organisation est apparue incompatible avec les règles d'indépendance et d'impartialité aujourd'hui consacrées⁴. Avec la loi du 16 février 2015, le TC sera désormais présidé alternativement et au terme d'un mandat de 3 ans, par un membre du CE, puis de la Cour de cassation⁵. En cas de partage des voix, et après une deuxième délibération demeurée infructueuse, le conflit sera tranché par une formation élargie à 12 membres (6 membres du CE, 6 membres de la Cour cass.)⁶.

Son activité est relativement faible : une cinquantaine d'affaires dans l'année, dont plus de la moitié porte sur la prévention de conflits négatifs. Les difficultés les plus fréquemment rencontrées ont trait à la distinction entre police administrative et police judiciaire, ou à l'application de la loi du 31 décembre 1957, relative aux dommages causés par un véhicule⁷. Il se prononce en séance publique, après avoir entendu les avocats des parties (avocats aux conseils dont le ministère est obligatoire) et le rapporteur public (maître des requêtes au Conseil d'État ou avocat général à la Cour de cassation)⁸.

1. L'article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848 prévoyait la création d'un « tribunal spécial », composé de membres de la Cour de cassation et du Conseil d'État, présidé par le ministre de la Justice et chargé de trancher « les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire ».

2. De manière très exceptionnelle, le Tribunal des conflits peut être conduit à trancher une **question de fond**. La loi du 20 avril 1932 l'autorise à juger les affaires qui, portant sur le même objet (1^{re} cond.), ont donné lieu à deux jugements contradictoires sur le fond (et non sur une question de compétence) des juridictions administratives et judiciaires (2^e cond.), conduisant à un déni de justice (3^e cond.). Le TC doit alors être saisi dans les deux mois qui suivent la date à laquelle le dernier jugement rendu est devenu définitif ; le ministère d'un avocat aux conseils est obligatoire. La loi du 16 févr. 2015 confie désormais au TC l'indemnisation des procédures menées devant les deux ordres de juridiction, dont la longueur excessive intervient au principe d'un délai raisonnable de jugement. La réclamation devra être portée devant le ministre de la Justice, dont le silence gardé pendant plus de 2 mois vaut décision de rejet. Le requérant dispose alors d'un délai de 2 mois pour saisir le TC [D27 févr. 2015, art. 43].

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

4. Cf. §§ 29 et 34.

5. En avril 2015, J. Arrighi de Casanova est ainsi devenu président du TC.

6. Loi du 16 février 2015 et décret du 27 février 2015. Cf. not. J. Arrighi de Casanova et J.-H. Stahl, Tribunal des conflits, l'âge de la maturité, AJDA 2015.575. L'article 10 de la loi autorise le président du TC, assisté du membre le plus ancien de l'autre ordre de juridiction, à statuer par voie d'ordonnance sur les questions dont la solution « s'impose avec évidence ».

7. §§ 142, 143 et 271.

8. Dénomination substituée par la loi du 16 févr. 2015 à celle traditionnelle, mais contestée, de commissaire du gouvernement. Cf. § 35.

Première partie. L'intégralité du cours

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

(21) **B. Les conflits positifs**

Cette procédure permet à l'administration de s'opposer aux atteintes portées par le juge judiciaire à la compétence des juridictions administratives, ou à la prérogative gouvernementale dès lors qu'est examiné un acte de gouvernement¹. Le préfet, seul compétent en la matière, peut agir tant que le juge concerné n'a pas rendu de jugement définitif ; il lui adresse un **déclinatoire de compétence** et dispose, dans l'hypothèse d'une réponse négative, de quinze jours pour « **élever le conflit** ». Le Tribunal des conflits devra alors trancher dans les trois mois.

Le conflit ne peut être élevé devant la Cour de cassation, les tribunaux répressifs (sauf exception) et en cas d'atteinte portée par l'administration à la liberté individuelle².

Remarquons-le, le conflit positif ne joue qu'à « sens unique »³ : il n'existe pas de procédure permettant de protéger le juge judiciaire des éventuelles atteintes à sa compétence infligées par une juridiction administrative.

(22) **C. Les conflits négatifs**

Cette procédure a pour objet, non de défendre le juge administratif ou le gouvernement contre les empiétements du juge judiciaire, mais de donner un juge aux justiciables. Pour qu'il y ait conflit négatif, il faut non seulement que deux jugements d'incompétence émanant d'un juge judiciaire et d'un juge administratif soient rendus dans un même litige⁴, mais encore que l'un de ces deux jugements soit erroné. Il n'y a pas, en effet, de conflit négatif si l'acte attaqué est un acte de gouvernement, ou si le juge compétent est le Conseil constitutionnel.

La procédure est engagée par les requérants (ministre ou administré) et aucun délai n'est fixé, omission révélatrice du moindre intérêt suscité par une procédure qui ne vient pas sanctionner l'atteinte portée aux pouvoirs de l'administration⁵. Le Tribunal des conflits rejette le recours si les conditions précitées ne sont pas réunies ; dans le cas contraire, il annule le jugement pris en méconnaissance de la compétence de son auteur.

Donnant lieu à des instances très longues, **les conflits négatifs ont presque disparu aujourd'hui**. Un décret du 25 juillet 1960 s'est en effet efforcé d'en prévenir la survenance en instituant une **procédure de renvoi obligatoire**. Celle-ci impose à toute juridiction inférieure, saisie d'un litige sur lequel l'autre ordre de juridiction se serait déclaré incompétent par un jugement devenu

1. Sur cette notion, *infra* § 47.

2. Prohibition instituée par l'article 136 du Code de procédure pénale, qui fait du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle (§ 16).

3. Frier et Petit, 2008, p. 426.

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

5. L'article 36 du décret du 27 février 2015 impose désormais un délai de 3 mois au TC pour trancher les conflits négatifs.

définitif, de saisir le Tribunal des conflits lorsqu'elle s'estime incompétente pour connaître de l'affaire. Le Tribunal des conflits pourra alors estimer le renvoi **irrecevable**, si celui-ci ne satisfait pas aux conditions posées par le décret de 1960 ; **mal fondé**, si la première juridiction saisie s'est déclarée incompétente à bon droit – la procédure reprend alors devant le juge qui a provoqué le renvoi ; ou **fondé**, ce qui se traduit par l'annulation du jugement par lequel le premier juge saisi s'était déclaré incompétent.

IV.3. Les « difficultés sérieuses »

(23) Une procédure de renvoi facultatif

Dans sa volonté de prévenir les conflits, le décret du 25 juillet 1960 instaurait une **procédure de renvoi facultatif**, qui autorisait les seules juridictions suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation) à renvoyer devant le tribunal des conflits – **et alors même qu'aucun conflit ne s'est encore produit**¹ – toute question survenue à l'occasion d'un litige porté devant elles et susceptible de soulever « une difficulté sérieuse (et) mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires ». Le décret du 27 févr. 2015 étend désormais cette possibilité de saisine du TC à toutes les juridictions du fond².

1. Cette procédure ne peut donc être utilisée dans l'hypothèse où l'autre ordre de juridictions a déjà retenu sa compétence par une décision de justice devenue définitive ; le principe de l'autorité de la chose jugée s'y oppose (TC 18 août 2010, C^{ne} de Draveil c/soc. Unifergie et soc. Avenance, Enseignement et Santé, AJDA 2010.2028).

2. Art. 35.

Chapitre 2

Séparation de la justice administrative et de l'administration active

L'exposé du principe (I) sera suivi de l'étude des différentes juridictions administratives (II), des recours susceptibles d'être empruntés par les administrés (III), puis des décisions émanant de la justice administrative (IV).

I. Le principe

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

I.1. Administrateur-juge et justice administrative

(24) A. Le système de l'administrateur-juge

Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'emportait pas nécessairement le dessaisissement du juge de droit commun pour connaître du contentieux suscité par l'activité de l'administration. Ce que la loi des 16-24 août 1790 entendait prohiber, c'était seulement l'institution d'un juge qui s'autorisait à outrepasser les bornes de sa compétence légitime et « naturelle ». « Les parlements étaient dangereux, expose Le Chapelier, non parce qu'ils étaient juges, mais parce qu'ils étaient administrateurs et législateurs »¹.

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

1. Séance du 23 juillet 1790. Cf. aussi la citation de Thouret, § 8.

Première partie. L'intégralité du cours

juges étaient élus, ne s'imposera que progressivement. La loi des 6, 7-11 septembre 1790 n'accorde en effet à l'administration qu'une compétence d'attribution limitée au contentieux des contributions directes, de la voirie et des marchés publics. Elle sera ensuite complétée par un grand nombre de textes rendus nécessaires par la loi des 16-24 août 1790, qui exigeait que toute atteinte portée à la compétence du juge de droit commun soit expressément prévue et autorisée par la loi, condamnant par là même toute idée de contentieux administratif par nature¹.

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

(25) B. Les réformes napoléoniennes

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

Cette dernière réforme pose en termes renouvelés la question du contentieux suscité par l'action d'administrateurs désormais soustraits à toute appréciation des administrés. En dépit des critiques que peut soulever un système où

1. Titre 2, article 17 : « L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi ». Sur ces questions, cf. G. Bigot, 2002, pp. 34 et s ; F. Burdeau, 1995, pp. 48 et s, 60 et s ; J. Chevalier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, thèse, Paris, LGDJ, 1970 ; R. Dareste, *La Justice administrative en France*, Paris, 1862, pp. 166 et s ; P. Sandevor, *Études sur le recours de pleine juridiction*, thèse, Paris, LGDJ, 1964.

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

3. L'article 41 donne au Premier consul (Bonaparte) le pouvoir de nommer et de révoquer « à volonté » l'ensemble des agents de l'administration. Le principe de l'élection des agents publics, qui avait certes connu de multiples atteintes depuis sa proclamation en 1789, se trouve ainsi proprement renversé.

Séparation de la justice administrative et de l'administration active

l'administration est à la fois juge et partie dans sa propre cause, le principe de l'administrateur-juge sera maintenu, à peine amendé par l'apparition d'un conseil d'État et de conseils de préfecture que l'on peut hésiter à qualifier de juges en raison des graves imperfections qui grèvent leur statut.

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

Intervenant devant le Conseil d'État, Napoléon exprimera sa volonté d'instituer « un corps demi-administratif, demi-judiciaire, qui réglera l'emploi de cette portion d'arbitraire nécessaire dans l'administration de l'État [...] »². « Napoléon, note l'un des témoins de la scène, aimait le pouvoir arbitraire en ce sens qu'il voulait être maître de décider ; mais [...] il pensait avec raison que l'arbitraire ne peut être justifié et maintenu que par le bon usage que l'on en fait. »³ Le Conseil d'État constitue au demeurant une juridiction bien imparfaite. Ses membres en sont librement nommés et révoqués par le Premier consul puis par l'empereur⁴, et le Conseil lui-même se trouve placé sous le régime de la **justice retenue** : il rend de simples avis, que seule l'acceptation du chef de l'État transforme en décisions de justice.

La loi du 28 pluviôse an VIII crée quant à elle des **conseils de préfecture** dont le statut n'est pas plus satisfaisant. Ses membres en sont librement nommés et révoqués par le Premier consul ; présidés par le préfet, ils ne disposent que d'une **compétence d'attribution** initialement limitée au contentieux des contributions directes, des travaux publics, de la grande voirie et des domaines nationaux. Pendant la majeure partie du XIX^e siècle, c'est un administrateur, le ministre, qui demeurera la juridiction de droit commun du contentieux administratif en premier ressort, en vertu de la **théorie du ministre-juge**.

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

Le système mis en place sous le Consulat et le premier Empire (1799-1814, 1815) ne connaîtra guère de changements jusqu'à l'avènement de la III^e République, en 1870⁵. L'existence même d'une justice administrative sera

1. Décret du 11 juin 1806.

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

3. *Ibid.*, pp. 182-183.

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

5. La Constitution de 1848 transformera complètement le rôle et la composition du Conseil d'État. Ces changements seront brutalement abandonnés après le coup d'État du 2 décembre 1851, la justice administrative retournant alors à la situation antérieure.

Première partie. L'intégralité du cours

certaines remise en cause par l'opposition libérale de la Restauration et de la monarchie de Juillet (1814, 1815-1830 et 1830-1848), mais sans succès. La monarchie aura en effet le souci de préserver et d'utiliser pour son plus grand profit l'instrument extraordinairement docile et obéissant qu'était devenue l'administration napoléonienne.

Consacrée sous le premier Empire¹, la **théorie du ministre-juge** sera maintenue jusqu'en 1889², cantonnant le Conseil d'État dans une mission de juge d'appel des jugements rendus par les ministres et les conseils de préfecture. Deux exceptions à cette compétence : le Conseil juge en premier et dernier ressort des **recours pour incompetence et excès de pouvoir** dirigés contre les décisions des autorités administratives³ ; il est aussi juge de cassation des arrêts rendus par des juridictions administratives spécialisées comme la Cour des comptes, créée en 1807.

La situation statutaire de ces « juges » administratifs demeure cependant précaire, dès lors qu'ils sont librement nommés et révoqués par l'exécutif. Le Conseil d'État lui-même se trouve maintenu sous le régime de la **justice retenue**.

I.2. La consécration du principe

(27) A. Perfectionnements

C'est seulement après la chute du second Empire (1852-1870) que le principe de séparation de la justice administrative et de l'administration active se perfectionnera. La **loi du 24 mai 1872** crée le Tribunal des conflits⁴ et substitue le régime de la **justice déléguée** à celui de la justice retenue. Le Conseil d'État rend désormais de véritables arrêts, et non plus de simples avis ; pour la première fois depuis sa création en l'an 8 (1799), il juge sans l'intervention du chef de l'État. Ce changement de statut s'accompagne, en 1889, de l'**abandon de la théorie du ministre-juge**, qui fait du Conseil le juge de droit commun de l'ensemble du contentieux administratif.

La deuxième étape apparaît être la conséquence directe de l'explosion du contentieux due aux multiples mesures de réquisition et d'épuration provoquées par la Seconde Guerre mondiale. Le Conseil d'État ne peut plus suffire à la tâche, et deux décrets des 30 septembre et 28 novembre 1953 transforment alors les anciens conseils de préfecture en **tribunaux administratifs** (TA), juges de droit commun du contentieux administratif en premier ressort. Le Conseil devient le

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

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

3. Affirmée dès 1813 (CE 21 janv. 1813, Carbonnel, R. 410), cette spécificité du recours pour incompetence et excès de pouvoir sera solennellement consacrée sous la Restauration, dans une décision du CE du 18 novembre 1818, Egret-Thomassin : « C'est devant Nous, en notre Conseil d'État, que doivent être déférés les actes administratifs attaqués pour incompetence et excès de pouvoir » (R. 424). Cf. par ex. G. Bigot, 2002, pp. 82 et s ; F. Burdeau, 1995, pp. 151 et s.

4. § 20.

Séparation de la justice administrative et de l'administration active

juge d'appel de ces tribunaux, mais n'en conserve pas moins certaines compétences en premier et dernier ressort, et demeure le juge de cassation des juridictions administratives spécialisées¹.

Une troisième étape, débutée en 1980, se caractérise par quelques conquêtes et réformes essentielles. C'est en premier lieu le CC, qui érige l'**indépendance de la juridiction administrative** en principe fondamental reconnu par les lois de la République², avant de déterminer la **compétence constitutionnellement reconnue au juge administratif**³. Le législateur se décide ensuite à créer, par la loi du 31 décembre 1987, des **cours administratives d'appel** (CAA) chargées de traiter des appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs⁴. La procédure administrative contentieuse est formalisée et développée, plus attentive aussi aux droits des administrés⁵ avec, notamment, l'institution de procédures d'urgence comme le référé-liberté⁶.

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

(28) **B. Spécificités**

Ces juges administratifs n'en conservent pas moins des liens étroits avec l'administration active. En témoigne le fait que ce ne sont pas des magistrats mais des fonctionnaires, principalement recrutés par la voie du concours de l'ENA⁷ et répartis en deux « corps » : celui des conseillers de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel ; celui des membres du Conseil d'État. Ces derniers peuvent au demeurant être « détachés » temporairement auprès d'entreprises nationales, dans les cabinets ministériels ou dans les grandes directions de certains ministères particulièrement prestigieux.

À la fonction juridictionnelle de ces juges un peu particuliers s'ajoute une importante **fonction consultative**. Le Conseil d'État est, comme son nom l'indique, le conseiller juridique du gouvernement, et jouera à ce titre un rôle

1. § 30.

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

3. CC 23 janvier 87 (Conseil de la concurrence) ; §§ 9 et 12.

4. § 32.

5. § 40.

6. § 54.

7. Tel est le principe. S'y ajoutent la procédure du « tour extérieur », qui autorise le gouvernement à recruter un certain pourcentage d'agents en dehors de tout concours, et des concours spéciaux, nécessaires pour faire face à l'augmentation du nombre des recours et des juridictions.

Première partie. L'intégralité du cours

essentiel dans la préparation des Codes napoléoniens, au début du XIX^e siècle. Cette fonction connaîtra ensuite des fortunes diverses jusqu'à l'avènement de la V^e République. Qu'il suffise de rappeler que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 prévoyait que le texte de la future Constitution serait obligatoirement soumis pour avis au Conseil d'État, et que celle-ci dispose que les projets de loi ne pourront être « délibérés en Conseil des ministres (qu')après avis du Conseil d'État »¹. Une procédure semblable est instituée pour les ordonnances de l'article 38C et certains décrets particulièrement importants. Le Conseil peut ainsi jouer un rôle non négligeable dans l'immense entreprise de codification effectuée par voie d'ordonnances, depuis le début du XXI^e siècle.

(29) C. Indépendance et impartialité du juge administratif

Cette dualité fonctionnelle ne se concilie pas toujours aisément avec les exigences de la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**², relatives à la nécessaire indépendance et impartialité des juges³. Si ces deux qualités sont étroitement liées, elles ne peuvent pour autant être confondues. « L'indépendance du juge, soulignent MM. Autin et Sudre, est la condition préalable à son impartialité. »⁴ La première suppose un juge libéré de toute influence « extérieure » ; la seconde renvoie quant à elle à sa liberté « intérieure », à son absence de préjugés, d'animosité ou d'intérêt personnel, et peut être sanctionnée par la procédure de récusation, ouverte même sans texte⁵.

Les conseillers de TA et de CAA voient leur indépendance et leur inamovibilité garanties. La loi du 31 décembre 1987 a transféré leur gestion au CE, et

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

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

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

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

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

Séparation de la justice administrative et de l'administration active

la loi du 12 mars 2012 leur confère – enfin – le statut de magistrat (art. L. 231-1 CJA modifié)¹. La condition des membres du Conseil d'État demeure quant à elle plus problématique, qui relève principalement du pouvoir réglementaire. L'indépendance de ses membres, certes consacrée par la décision du **Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980** (préc.), ne se trouve inscrite dans aucun texte ; elle résulte, pour l'essentiel, d'une longue tradition et du prestige dont est entouré le Conseil².

Toutefois, comment admettre que le Conseil d'État statuant au contentieux puisse censurer un règlement élaboré avec la collaboration de l'une de ses sections administratives ? Une décision remarquée de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sanctionnera de la sorte un arrêt du **Conseil d'État luxembourgeois**, très inspiré du modèle français, pour atteinte portée au principe d'impartialité³. La réaction du Conseil d'État français ne se fit guère attendre. Depuis longtemps mis en œuvre⁴, le **principe d'impartialité** sera érigé en **principe général du droit**, applicable comme tel devant toutes les juridictions et autorités administratives françaises⁵. Le Conseil ira jusqu'à en étendre le champ d'application au commissaire du gouvernement, alors même que ce dernier ne participe plus au délibéré de ses décisions⁶.

Un décret du 6 mars 2008 est venu renforcer la séparation de ses activités administratives et juridictionnelles en consacrant l'interdiction pour les membres de ses sections administratives de siéger dans ses formations de jugement, exception faite de l'Assemblée du contentieux. Un autre décret, en date du 23 décembre 2011, interdit aux membres du CE jugeant un acte pris après avis de ce même CE, de prendre connaissance de cet avis, lorsque celui-ci n'a pas été publié.

Ces efforts semblent avoir porté leurs fruits. Un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) repousse en effet l'idée d'une incompatibilité de principe entre le cumul des fonctions administratives et juridic-

1. Une ordonnance du 13 octobre 2016 dispose que le Conseil supérieur des TA-CAA arrête le tableau d'avancement de ces magistrats et prononce des sanctions, susceptibles d'un recours en cassation devant le CE. Cette dernière prérogative appartenait auparavant au ministre de la Justice, sur proposition du Conseil supérieur. AJDA 2016.38.1948.

2. Une seconde ordonnance du 13 octobre 2016 renforce les compétences disciplinaires de la commission consultative du CE, rebaptisée pour l'occasion « commission supérieure » du CE. AJDA 2016.38.1948.

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

4. CE 11 août 1867, ville de Montpellier, R. 767 (concernant les juridictions administratives) ; CE 29 avril 1949, Bourdeaux, R. 188 (concernant des autorités administratives, en l'espèce les commissions d'épuration établies après 1944).

5. Concernant les autorités administratives, CE Ass. 3 décembre 1999, Didier (concl. A. Seban, RFDA 2000.584) et Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf (concl. J.-D. Combrexelle, RFDA 2000.574). Pour les juridictions administratives, CE 20 avril 2005, Karsenty et autres, RFDA 2005.693.

6. CE 7 août 2008, M. Aguilar, AJDA 2008.2181.

Première partie. L'intégralité du cours

tionnelles inhérent à l'organisation de la justice administrative française, et l'exigence du procès équitable posée par la Convention¹.

II. Les juges

(30) Juridictions administratives générales et spécialisées

Le plus souvent, la qualité « administrative » ou « juridictionnelle » d'une autorité se trouve déterminée par le texte qui l'institue. Le silence occasionnel du législateur a cependant conduit le juge administratif à déterminer les critères permettant de qualifier une juridiction. La composition de l'organisme considéré² et la procédure suivie devant lui s'effacent alors devant l'autorité conférée à ses actes : seront des juridictions les autorités chargées de **trancher un litige**, dont les décisions se voient revêtues de l'**autorité de chose jugée**³.

Il existe des **juridictions administratives spécialisées** : Cour des comptes, Cour de discipline budgétaire et financière, Conseil supérieur de la magistrature⁴, juridictions ordinales sanctionnant le respect de certaines règles déontologiques imposées à certaines professions (médecins, avocats, architectes)... Toutes relèvent du Conseil d'État par la **cassation**, voie de recours qui est la « marque » de leur intégration au sein de l'ordre juridictionnel administratif. Celui-ci comprend aussi des **juridictions administratives générales** (TA, CAA, CE) qui seront seules étudiées ci-après.

II.1. Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel

(31) A. L'aboutissement d'un long processus : les tribunaux administratifs

Les tribunaux administratifs (TA) succèdent en 1953 aux anciens conseils de préfecture créés par Bonaparte. Sauf exception⁵, ils sont **juges de droit commun en premier ressort du contentieux administratif**. Ils connaissent à ce titre de la plupart des recours pour excès de pouvoir et des recours de pleine juridiction dirigés contre des décisions administratives, ainsi que des questions

1. CEDH 9 novembre 2006, soc. Sacilor-Lominès, préc. : membre du CE ayant participé à la délibération d'un arrêt concernant une décision du ministre des Finances, « détaché » quelques semaines plus tard auprès de ce même ministre.

2. De fait, les **membres du CE ne sont pas des magistrats**, et certaines juridictions administratives spécialisées sont formées de fonctionnaires, voire même de fonctionnaires et d'usagers du SP. Cf. par ex. les conseils de discipline des universités, où siègent des enseignants et des étudiants.

3. CE Ass. 12 décembre 1953, De Bayo, R. 544 : l'inscription au « tableau » de l'ordre des vétérinaires n'a pas « eu égard à la nature de cette matière et quelles que soient les formes dans lesquelles elles interviennent le caractère de décisions rendues par une juridiction ».

4. Et, ce, alors même que le CSM est largement composé de magistrats de l'ordre judiciaire (CE 26 déc. 2012, M.B, AJDA 2013. 1705).

5. § 37.

Séparation de la justice administrative et de l'administration active

préjudicielles adressées par les juridictions de l'ordre judiciaire. Portant sur des décisions administratives prises dans le but de satisfaire l'intérêt général, ces recours ne sont en principe pas suspensifs¹. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ils jouent de surcroît un rôle non négligeable dans la question prioritaire de constitutionnalité².

Les tribunaux administratifs sont actuellement au nombre de 40, dont 29 pour la seule métropole. Ils sont composés d'une ou de plusieurs chambres constituées de trois juges, et d'un **rapporteur public**³ qui ne participe pas à la délibération.

L'image souvent utilisée d'une « explosion » du contentieux n'a rien d'exagéré : en vingt ans, le nombre de requêtes a triplé, pour atteindre 193 532 en 2016⁴. Le délai moyen de traitement d'une affaire est désormais inférieur à un an, étant entendu que plus de la moitié des litiges se trouve désormais expédiée par un **juge unique**⁵. Cette solution, commode et peu coûteuse, n'est pas totalement satisfaisante. L'efficacité, la rentabilité et la célérité participent certes d'une bonne administration de la justice ; doivent-elles pour autant en devenir le critère essentiel et ce, au prix d'un affaiblissement notable des garanties offertes aux justiciables ? La terrible affaire d'Outreau a révélé une fois de plus les dangers du juge unique. Remis en cause dans le domaine pénal, ce système se voit pourtant appliqué aux contentieux réputés moins « sensibles » de la justice civile non répressive ou de la justice administrative, dès lors qu'il n'apparaît ni inconstitutionnel, ni inconstitutionnel⁶.

En moyenne, les tribunaux administratifs ne donnent satisfaction (partielle ou totale) aux requérants que dans un cas sur quatre, mais **seuls 15 à 16 % de leurs jugements se voient contestés par la voie de l'appel**.

(32) **B. Une création nécessaire : les cours administratives d'appel**

Créées par la loi du 31 décembre 1987, les cours administratives d'appel (CAA) sont désormais au nombre de **huit**. Elles ont été installées dans des villes de tradition « judiciaire » comme Bordeaux, Douai, Lyon, Marseille, Nancy,

1. Pour les exceptions, cf. *infra* §§ 51 et s.

2. § 202.

3. Un décret du 8 janvier 2009 décide que l'appellation traditionnelle, mais trompeuse, de commissaire du gouvernement sera remplacée, à compter du 1^{er} février 2009, par celle de rapporteur public (cf. *infra* § 35).

4. AJDA 2017.1254.

5. Contentieux des étrangers, du permis de construire et de la taxe foncière, contentieux indemnitaires portant sur des sommes inférieures à 10 000 euros. Le décret du 13 août 2013 y ajoute les contentieux de la redevance audiovisuelle, du permis de conduire, des droits sociaux, du refus d'exécution des décisions de justice, et de la plupart des mesures relatives à l'évaluation et à la notation des agents publics.

6. CC 2010-54 QPC du 14 octobre 2010 et CE 4 juillet 2012 Union syndicale des magistrats administratifs, AJDA 2012.1380. Selon le CC, l'institution du juge unique ne porte pas atteinte au principe de l'égalité devant la justice et demeure « sans effets sur l'obligation de respecter les droits de la défense ».

Droit administratif

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

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

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

Cet ouvrage s'adresse :

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

ISBN : 978-2-311-40728-0



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

