

## **Partie 1 : Le contenu de l'action administrative**

L'action administrative a pour but et justification, la satisfaction de l'intérêt général et elle se développe dans tous les domaines mais principalement, elle se concrétise dans les services publics. Les services publics permettent à l'administration d'assurer une activité remplissant la satisfaction de l'intérêt général.

Parmi les SP, la police administrative est particulière puisque ce SP une fois qu'il est rempli permet l'épanouissement de tous les autres.

### **Chapitre 1 : Les Services Publics**

#### **Section 1 : Notion de SP**

Il s'agit d'une notion ancienne puisque dès le moyen âge, les domaines seigneuriaux fournissaient un service commun de four, de moulin et de pressoir. Ces services impliquaient un monopole du Seigneur mais en contrepartie ils devaient toujours être en état de fonctionner et tous devaient pouvoir y accéder en toute sécurité.

Dès 1464, la poste royale est créée par Louis XI et progressivement elle va passer d'un service du roi à un SP. En 1681, la poste obtient un monopole et le terme de SP apparaît sous la révolution. Dès cette époque, le terme de SP va avoir plusieurs significations. Il est d'abord assimilé à la fonction publique, c'est-à-dire à ceux qui assure ce service. Il correspond ensuite à une tâche d'intérêt général, à une prestation fournie et il est assimilé à un organe.

Au alentour de la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle, le modèle du SP va être systématisé par un groupe d'auteurs à la tête duquel on trouve Léon DUGUIT (doyen de la faculté de Bordeaux) et tenant de l'école de Bordeaux. Pour cette école, la notion de SP est le fondement, le critère et même la définition du droit administratif. Pour Duguit « L'Etat n'est pas comme on a voulu le faire croire une puissance de commandement, une souveraineté (opposition par rapport à l'Ecole de Toulouse), il est une coopération de SP, organisé et contrôlé par les gouvernants. Un SP, c'est toute activité dont l'accomplissement doit être contrôlé, réglé et assuré par les gouvernants, puisque l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance

sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernementale. »

## § 1 / La définition du SP

La notion de SP à 2 acceptations :

- Elle vise un organisme (La poste, l'université)
- Elle vise également une activité (le fait de distribuer le courrier, d'assurer l'enseignement)

### I) La définition Organique

Dans cette hypothèse, le SP est un ensemble d'agents et de moyens qu'une personne publique affecte à une même tâche. Le SP est donc dans cette définition la personne publique elle-même (ex : l'Université Nancy 2)

### II) La définition matérielle

Pour Rivero et Waline, le SP est une activité d'intérêt général que la personne publique ou l'administration entend assumer.

Pour Chapu, une activité constitue une activité de SP quant elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public.

Ex : Arrêt Terrier-CE 6 février 1903 : Il qualifie de SP la destruction des vipères alors même qu'aucun organe en particulier n'en est chargé. La jurisprudence emploie le terme de **mission de SP** pour désigner l'activité.

Dans les différentes définitions on voit 2 éléments apparaître :

- Le rattachement à une personne publique
- Un lien avec l'intérêt général

### A) Le lien avec l'administration ou avec une personne publique

Le rattachement de l'activité à une personne publique est nécessaire pour qu'on puisse parler de SP. (il existe des activités d'utilité publique comme les associations caritatives telles que les Restos du Cœur)

- Le rattachement est direct lorsque la personne publique assure elle-même avec ses propres moyens l'activité en question. Beaucoup de SP sont ainsi assurés directement par l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics. A priori, toutes les activités des personnes publiques sont des SP.
- Le rattachement est indirect lorsque l'activité est assurée par une personne privée. Dans ce cas il faut rechercher quel est le lien qui rattache la personne privée à la personne publique de façon à faire émerger la qualité de SP. **On dit que l'activité est assumée par la personne publique et est assurée par la personne privée.** Ce lien est facilement déterminable s'il s'agit d'un contrat. En revanche lorsqu'on a affaire à des autorisations unilatérales de la personne publique, il faudra examiner si elle constitue une délégation de SP ou une réglementation de la personne privée.

### **B) L'activité doit être exercée en vue d'un intérêt public ou d'un intérêt général**

Cela fait apparaître le but dans lequel l'activité doit être exercée, alors que la prérogative de puissance publique fait référence aux moyens.

Les activités des personnes publiques en fonction de leur but se classent en 2 catégories.

- Il y a d'abord les activités de plus grand service, c'est-à-dire celles qui satisfont le mieux possible l'intérêt des tiers par rapport à l'organisme qui les exerce. (Ex : L'université qui délivre les cours agit dans l'intérêt des étudiants.)

**Remarque :** L'objectif de satisfaction du plus grand nombre n'exclut pas des prérogatives de rentabilité financière.

(Ex : les services rendus peuvent donner lieu à rémunération par leur bénéficiaire comme c'est le cas pour les SPIC comme la SNCF, mais ce n'est pas le moteur de ces services. En effet la SNCF peut hausser ses tarifs, fermer des lignes non rentables, il n'en reste pas moins que tant que cette attitude ne traduit pas le seul but de profit, cette activité reste une activité de plus grand service.)

**Remarque :** En principe, toutes activités de plus grand service est une activité de SP. Le tenant de l'école de Toulouse par exemple n'acceptait pas que les représentations de théâtre soient une activité de SP. La jurisprudence n'a pas suivi Hauriou en ce sens. Le maintien de l'ordre public, la défense nationale, l'organisation de l'économie sont des SP au même titre que les spectacles, les événements sportifs ou les loisirs assumés par les PP.

- Les activités de plus grand profit satisfont l'intérêt propre de l'organisme qui les exerce, c'est-à-dire un intérêt financier.
- Si les activités de plus grand profit servent à financer les SP, elles sont considérées comme des SP, comme la perception des impôts. En revanche les paris et jeux organisé par l'Etat ne sont pas des activités de SP.
- Les activités de plus grand profit qui ne financent pas les SP ne sont pas des SP (ex : Certaines entreprises publiques ne gèrent pas un SP. Une entreprise publique est une entreprise dans laquelle la personne publique possède 51% du capital social de l'entreprise.) Les entreprises publiques comme AREVA ne gèrent pas un SP

Avec Chapu, on peut considérer que les 2 critères énoncés (intérêt général et lien avec le SP) sont des conditions nécessaires et suffisantes pour qualifier un SP. Dès lors toutes les autres considérations seraient superflues, notamment les 2 suivantes :

- Il n'y a pas lieu de distinguer entre les activités de l'Etat qui relèveraient de ses attributions naturelles (police, défense, justice, enseignement, travaux publics) et les autres (intervention dans le secteur économique.)
- L'activité du SP ne se caractérise pas exclusivement par des prestations mais aussi par des réglementations juridiques.

### III) Appréciations des définitions de SP

- Certains auteurs ajoutent un critère supplémentaire à la définition matérielle du SP. Selon eux, pour qu'une activité soit un SP, il faut qu'elle soit en plus du rattachement à la PP et de la mission d'intérêt général, que cette activité soit soumise au droit public.

Seules les activités qui sont soumises au droit administratif sont donc des activités de SP.

Il existe en effet une distinction entre les SPIC qui sont assez largement soumis au droit privé et les SPA qui sont soumis au droit public.

Pour ces auteurs, seules les SPA sont des SP. Cette vision est erronée dans le sens où la distinction SPIC/ SPA sert à qualifier un SP et non à le définir.

- On peut ensuite se poser la question de savoir le lien qu'entretiennent les définitions matérielles et organiques du SP en rajoutant la question du régime juridique :

Au début de l'émergence de la notion de SP, les personnes publiques gèrent un SP et donc elles étaient soumises au droit public.

Cette équation est aujourd'hui de plus en plus perturbée. On rencontre des personnes publiques qui gèrent un SP soumis à du droit privé (SPIC), on rencontre même des personnes qui ne gèrent pas un SP. Il y a ensuite des personnes privées qui gèrent un SP soumis à du droit public et même parfois à du droit privé. En résumé les notions organiques et matérielles du SP sont complètement indépendantes.

## § 2 : La distinction entre SPIC et SPA

Lorsqu'une activité est **qualifiée de mission de SP**, on peut vouloir affiner et donner la nature de cette activité. C'est là qu'intervient la distinction SPIC/ SPA.

### I) Emergence de la distinction

Afin de faciliter la circulation **sur le littoral de la Côte d'Ivoire**, l'administration coloniale française qui est une PP crée un service de bac. Le Bac Eloka coule une nuit en causant la mort d'une personne et en endommageant des véhicules appartenant à la société commerciale de L'Ouest Africain. Cette société assigne la colonie gestionnaire du bac devant le juge judiciaire mais le gouverneur de la colonie estime que la colonie ( PP) gère un SP et que donc c'est JA qui devrait être compétent. Le gouverneur de la colonie conteste la compétence judiciaire et porte le litige devant le Tribunal des Conflits (composition paritaire : membres CE

et CC ; le président est le garde des Sceaux). Le commissaire du gouvernement, Matter, est chargé de rédiger cet arrêt.

Si le TC s'en était tenu à la vision de l'époque, il aurait donc du valider l'équation suivante : une PP gère un SP (transport par bac) et donc le régime juridique applicable est le droit public. Le commissaire du gouvernement, Matter, va rompre avec cette logique et proposer une solution inédite dans un arrêt du TC du 22 janvier 1921 Société Commerciale de l'Ouest Africain dit arrêt bac Eloka. Cet arrêt fait une distinction novatrice entre les SP gérés par une PP, **entre les SPIC soumis au droit privé d'un coté et SPA soumis au droit public de l'autre.**

Selon la « doctrine Matter », il y a lieu de distinguer entre les SP assurés par les PP comme la justice, l'enseignement, la police ou le fisc qui sont administratifs, **de l'essence même de l'Etat** et dont le contentieux est administratif et les autres de nature industrielle et commerciale comme l'eau, le transport et l'électricité qui sont de nature privée, s'ils sont entrepris par l'Etat, c'est **accidentellement** parce que nul particulier **ne s'en est chargé** et qu'il **importe de les assumer dans l'intérêt général**, les contestations que soulève leur exploitations relèvent naturellement de la juridiction de droit commun.

Cette thèse peut être critiquée de 2 points de vue :

- Le fait de distinguer entre les SP relevant par nature de l'Etat et les autres revient à figer à un moment donné les missions de l'Etat or elles évoluent.
- Cette distinction de Matter peut aboutir à une hiérarchie entre les SP (il y aurait les SPA et les autres les SPIC)

Le raisonnement de Matter traduit en fait, l'hostilité des libéraux de l'époque aux interventions de la puissance publique dans certains secteurs considérés comme relevant de l'initiative privée. Dès lors si la puissance publique intervient, en compensation, elle devra se conformer aux règles de droit privé et renoncé à son privilège de juridiction.

Si l'arrêt Bac Eloka consacre la distinction SPIC/ SPA et qu'il en tire les conclusions du point de vu du droit applicable et du juge compétent, il ne donne pas de critères permettant de faire la distinction.

## II) Le critère de distinction entre SPIC/SPA

L'arrêt du 16 Novembre **CE -1956 Union syndical des industries aéronautique** qui propose un critère permettant de distinguer les SPIC et SPA. **Ce critère est unique même s'il comprend 3 éléments** (faisceaux d'indices).

- L'objet du service
- L'origine des ressources
- Les modalités de fonctionnement du service

En principe, face à un SP à qualifié, le juge part de l'hypothèse que le SP est administratif. Ce n'est que si des 3 points de vu précédent cumulés (objet, finance, fonctionnement) qu'il peut ressemblé à un SPIC.

### 1) L'objet du service

Il s'agit de l'activité du service, concrètement qu'est ce que le service exerce comme opérations. Dans certain cas, son activité ressemble à celle d'une entreprise privée. En revanche dans d'autres hypothèses, la nature de l'objet est plus délicate à caractériser comme par exemple l'exploitation d'un théâtre. De façon implicite, le juge va affirmer le caractère administratif de ce SP (ex : CE-26 janvier 1968 Dame Marron).

### 2) L'origine des ressources

En principe, **si les ressources du service proviennent d'un prix perçu sur les usagés en contrepartie de prestation, cela va dans le sens d'un SPIC** (Dans le cas de la Poste, celle-ci ne reçoit pas une contrepartie suffisante par rapport au cout qu'implique l'acheminement du courrier). **Au contraire si le SP est financé par des subventions ou des recettes fiscales**, ce sera plutôt un indice de son caractère administratif (ex : Dans l'arrêt Union syndicale des industries aéronautiques, le service est considéré comme une SPA puisqu'il tirait ses ressources d'une taxe parafiscale ). La gratuité d'un service exclu en principe le caractère industriel et commercial du service.

*[Différence Taxe / redevance : dans la redevance, il y a une contrepartie qui est le cout du service]*

### 3) Les modalités de fonctionnement

Il s'agit de la manière dont est géré le SP. En principe lorsque l'hypothèse de bénéfice est exclue puisque le service fonctionne à prix coutant ou à pertes, ce n'est pas un SPIC.

Le juge, en revanche, n'estime pas que la gestion d'un SP en monopole interdit la qualification de SPIC.

La gestion du SP se révèle enfin dans la nature de la comptabilité assurée, et enfin dans la référence ou non aux usages commerciaux.

### III) Les conséquences du critère

A) La question de l'homogénéité du régime juridique applicable aux SP

1) Le SP est géré par une PP

- SPIC géré par une PP :

Lorsque le juge qualifie un SP de SPIC, il le soumet en principe au droit privé comme le déduit l'arrêt Bac Eloka mais cette application du droit privée est-elle totale, s'impose t-elle à tous les aspects du SP ?

La gestion privée est dominante mais pas exclusive. En effet puisque le SPIC est géré par une personne publique par hypothèse, il y aura une application résiduelle du droit public.

- **L'usager** (personne qui utilise le SP, qui en reçoit les bénéfices) : Si les litiges sont relatifs à des actes d'organisation du SP, ainsi qu'à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique alors c'est de la compétence du JA. Pour le reste le JJ est compétent car les liens existants entre les SPIC et leurs usagés sont des liens de droit privé (= bloc de compétence au profit du JJ qui concerne les usagers et des candidats à l'usage)
- **Le tiers** (personne qui n'utilise pas le SP mais qui va en être victime) : Si les litiges sont relatifs à l'organisation du SP et aux prérogatives de puissances publiques, c'est le JA qui est compétent. Dans le cas où le tiers est victime d'un dommage de travaux public

le JA est également compétent (CE-25 Avril 1958 Dame veuve Barbazat). Tous les autres dommages dont le tiers est victime relève de la compétence du JJ (CE-11 juillet 1933 Dame Mélinette)

- **Les agents** : La part qui relève du JA est de plus en plus résiduelle puisque depuis l'arrêt du 8 mars 1957 Jalenques de Labeau, le juge limite la compétence du JA aux litiges concernant le directeur du SP et le comptable s'il est un comptable public.
- SPA géré par une PP :

Est-il possible qu'une personne publique qui gère un SPA soit soumise au droit privé ?

Non, puisque le juge consacre une exception en donnant la possibilité à la PP de gérer un SPIC selon les règles de droit privé.

## 2) Le SP est géré par une personne privée

**Ici il n'y a pas besoin de distinguer SPIC ou SPA.** Quelque soit le SP, pour les usagers ou pour les tiers, les litiges relèvent du JJ sauf dans 2 hypothèses :

- Le JA est compétent pour les actes d'organisation et de prérogative de puissance publique (CE-23 mars 1983 Société Bureau Veritas)
- Le JA est compétent si le litige concerne un dommage de travaux publics sauf si la victime est usagé (JJ) et des agents des SP, les litiges relèvent du JJ sauf pour les élections au sein des ordres professionnels (JA).

## **B) Le Juge est-il lié par une qualification textuelle du SP ?**

Le SP n'a reçu aucunes qualifications textuelles :

Dans ce cas, le juge applique le critère de l'arrêt Union Syndical des industries aéronautiques en recherchant quel est l'objet, les ressources et les modalités de fonctionnement du SP.

Le SP a reçu une qualification textuelle de la loi :

Dans ce cas cette qualification s'impose à lui puisque le JA est lié par rapport à la loi. La loi peut soumettre un SPA à un régime de droit privé

ou un SPIC à un régime de droit public. Le juge enregistrera cette qualification sans rechercher si elle est conforme à la réalité.

Le SP a reçu une qualification textuelle d'un décret :

Même s'il peut sembler opportun au pouvoir réglementaire de qualifier un SP d'industriel et commercial en raison de la souplesse du régime de droit privé, le JA n'hésitera pas à vérifier la réalité de la nature de ce SP et le requalifiera le cas échéant. (Ex : CE-24 Juin 1968 Société distillerie Bretonne : Le juge estime que le fond d'orientation et de régulation des marchés agricoles (FORMA) est un SPA alors qu'un décret l'avait qualifié de SPIC.

### **§ 3 : SP Français et droit Communautaire.**

#### **I) Des conceptions différentes du SP**

##### A) Des logiques différentes

Initialement les traités communautaires ont ignorés les SP puisqu'il s'agissait d'établir un marché commun, de surcroît les Etats membres connaissaient des conceptions très différentes de SP, voir n'en avaient pas.

Le tournant est amorcé avec l'acte unique en 1986 puisque le marché intérieur doit être étendu aux services. Dès lors, les idées de concurrence et de primauté du marché sont les piliers de la construction du marché unique.

Face à cette nouvelle logique, il apparaît que les SP du secteur marchand en position de monopole sont directement menacés (ex : SNCF, La Poste menacée). Par ailleurs, afin de préserver l'égalité de chances de tous les opérateurs économiques, les aides accordées et les positions dominantes des entreprises publiques sont remises en causes.

La France opposa donc de sérieuses réserves sur cette question des SP et les divergences furent très marquées lors de grandes grèves (automne 1995) pour le soutien des SP. Alain Juppé proposera alors d'inscrire la notion de SP dans la Constitution, cette idée sera abandonnée.

#### **B) Des techniques contradictoires.**

Les monopoles se sont retrouvés en porte à faux avec le droit communautaire, ils sont justifiés par le fait que les SP assurent des missions d'intérêts général, parfois non rentable et sont assujettis aux obligations liées à cette mission. (Ex : La Poste doit acheminer le courrier pour tous selon un prix identique en tout point du territoire quelque soit le cout réel de la prestation)

De la même manière de nombreuses entreprises gérant un SP, comme la SNCF ont été confrontées à des déficits soulagés par des aides publiques. Au contraire, le droit communautaire tend à ce que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché intérieur et il n'accepte que des dérogations extrêmement réduite puisqu'il faut prouver que l'accomplissement de la mission d'intérêt général est impossible si la concurrence est respectée.

## II) Le rapprochement

### **A) Les mutations internes.**

C'est essentiellement le démantèlement des monopoles publics. Cela commence en 1987 avec le domaine aérien. Dans le domaine des télécommunications, l'ouverture à la concurrence s'est fait progressivement. Dans un 1<sup>er</sup> temps on a ouvert la concurrence en ce qui concerne le matériel de télécommunication. La mise en concurrence a ensuite concerné la téléphonie mobile pour s'achever en 1998 par la sortie du monopole de la téléphonie vocale entre points fixes.

Quant aux services postaux, le monopole sur le transport expresse a été aboli dans les années 2000, reste encore le monopole sur le courrier de moins de 350g.

Le monopole reconnu à la SNCF est le plus long à démanteler. Il existe désormais 2 établissements publics : La SNCF pour le transport des voyageurs et Réseaux Ferrés de France qui est chargé de l'entretien de la structure.

S'agissant de l'électricité, l'ouverture à la concurrence se fait progressivement sur la distribution de l'électricité.

### **B) Les Concessions communautaires**

Elles se traduisent par 2 phénomènes :

- Une interprétation plus souple par la CJCE des traités et donc plus favorables aux SP (CJCE-1993 Corbeau // CJCE-1994 Commune D'Almelo). Dans le 1<sup>er</sup> arrêt la cour admet à propos de La poste Belge que des limitations à la concurrence sont possible sur les activités rentables pour que le SP puisse continuer à fonctionner. Dans la 2<sup>e</sup> affaire, la cours, concernant la distribution d'électricité aux Pays Bas permet une clause d'achat exclusif car l'entreprise en question est soumise à des contraintes d'intérêt général.
- Une meilleur reconnaissance des SP dans les textes communautaires : Les traités disposent qu'eu égard à la place qu'occupe les services d'intérêt économiques général parmi les valeurs communes de l'Union, la communauté et ses Etats membres veille à ce que ses services fonctionnent sur la base de principe et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

## Section 2 : Le régime juridique du SP

*On entend ici par régime juridique, l'ensemble des règles applicables aux SP matériels quel qu'il soit. Il ne s'agit pas du régime applicable à tel ou tel service dont on a vu qu'il peut varier en fonction de la nature du service.*

### § 1 : Création et suppression des SP

La puissance publique peut elle librement créer ou supprimer des SP ?

#### I) Création des SP

Le Socialisme municipal : Il s'agit d'un phénomène à partir des années 1890 de création par les communes de SP en vue de l'exercice de professions libérales (chirurgiens...) ou d'activités industriels et commerciales.

Le juge va être saisi par des contribuables communaux ou des professionnels privés exposés à la concurrence de ces SP. Le CE consacre 2 solutions successives :

- CE-9 Mars 1901 Casanova (particulièrement restrictif) : Seuls **les circonstances exceptionnelles** sont de nature à justifier la

création de SP concurrentiels d'activités privées. **Il faut un intérêt public primordial et une carence caractérisée de l'initiative privée.** Dans cet arrêt, 2 médecins étaient installés sur la commune donc la création du dispensaire est illégal.

- CE-14 Février 1913 Lapeyre : La création de dispensaire est légal puisqu'il n'y a pas de médecins installés et la zone dans laquelle le dispensaire est créé est une zone montagneuse difficile d'accès.

Par la suite la jurisprudence a été assouplie par un arrêt du 30 Mai **1930 Chambre Syndicale du commerce en détail de Nevers.** Le conseil municipal de Nevers avait autorisé la création d'un SP municipal de ravitaillement de denrées. Le CE va rappeler dans cet arrêt que les entreprises ayant un caractère industriel et commercial sont en principe **réservées à l'initiative privée mais les communes peuvent créer des SP lorsque en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie cette intervention.** Cela signifie que si du fait d'une carence d'initiative privée, un besoin de la population n'est pas satisfait, alors l'initiative publique n'est pas concurrentiel du secteur privé.

**L'évolution** : économique et des mentalités ont assoupli encore cette jurisprudence puisque à partir des années 60, le CE admet des interventions publiques dans tous les secteurs et notamment les secteurs culturels (campings, cinémas, théâtres municipaux...)

La condition de la carence de l'initiative privée est appréciée souplesment puisque dans un arrêt du 20 Novembre 1964 Ville de Nanterre, le CE admet la création d'un service de soin dentaire car les tarifs pratiqués par les dentistes de la ville étaient supérieurs à ceux de la sécurité sociale.

La compétence du législateur :

Le législateur est-il tenu de créer un SP ou de prendre en charge un SP ?

L'alinéa 9 du préambule de la constitution de 1946 dispose que tout bien, toutes entreprises dont l'exploitation a ou acquière le caractère d'un SP national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété collective.

On pourrait donc soutenir que l'alinéa 9 impose, si certaines conditions sont remplies, que le SP soit pris en charge par l'Etat.

Y-a-t-il une obligation de nationaliser ?

□ Sur le fond on peut reconnaître objectivement l'existence d'un monopole de fait, encore faut-il prendre garde de la substitution des produits (monopole de fait sur l'énergie ou sur une énergie particulière comme l'électricité ?), ce qui introduit donc une relativité dans le monopole en question.

L'existence d'un SP national est liée à des éléments subjectifs dans lesquels la liberté d'appréciation du législateur est importante. En réalité, la reconnaissance d'un SP national est liée à la volonté du législateur de le reconnaître comme tel et donc d'en faire la propriété collective.

□ Sur la forme, même si l'on reconnaît l'existence d'un monopole de fait ou d'un SP national, il n'existe aucun moyen juridique de contraindre le législateur à légiférer.

## II) La suppression des SP

S'agissant de la suppression des SP locaux, les collectivités locales ont un pouvoir d'appréciation sur le maintien des SP facultatifs.

Quant au législateur, on en revient à l'alinéa 9 du préambule de la constitution de 46. Interprété à contrario, la formule peut signifier qu'un bien ou une entreprise qui a le caractère d'un SP national ne peut pas être privatisé. Il y a donc des SP que le législateur ne peut supprimer, il y a des SP exigés par la Constitution, des SP constitutionnelle.

Aucune des privatisations jusqu'ici autorisée par le législateur n'a été sanctionnée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'alinéa 9. Par ailleurs le juge constitutionnel s'est prononcé de façon formelle sur le fait que certains SP ne sont pas des SP nationaux comme le SP du crédit, il en résulte que l'ensemble des banques peuvent être privatisés.

Les différentes distinctions du CC conduisent à faire une distinction entre les SP exigés par la constitution et les autres :

A l'évidence sont des SP constitutionnels les SP de type régaliens (la défense nationale, la police, la justice...). Il faut ajouter à cette liste les SP

qui découle du préambule de la constitution de 46 comme l'enseignement, la santé, l'aide sociale, mais qui eux accepte une certaine mixité (ex : l'enseignement est partagé entre secteur privé et public). Enfin la question peut se poser pour le SP de la culture, pour le SP de la formation professionnelle continue et pour l'assurance chômage...

## § 2) Les Lois du SP

(On entend par la loi au sens physique et non juridique)

Toutes les activités de SP exercé par les personnes publiques ou privées, qu'elles soient administratives ou industrielles et commerciales sont soumises à de grands principes : ce sont les lois du SP. **Ces principes sont liés à l'essence même du SP et s'ils sont altérés, le SP n'est pas ce qu'il doit être.** Ces lois ont été mises en évidence par Louis Rolland, ce sont la mutabilité, la continuité et l'égalité des SP.

En revanche la gratuité n'est pas une loi des SP puisque elle est exclue pour les SPIC. S'agissant des SPA, la loi peut imposer la gratuité, par exemple la loi du 16 Juin 1881 a posé le principe de la gratuité de l'enseignement primaire public. Parfois, même pour les SPA, la loi peut exclure la gratuité. Par exemple l'art L2321-2 du Code général des collectivités territoriales permet aux communes d'exiger des intéressés, **le remboursement des sommes liées aux frais de secours** qu'elles ont exposé à l'occasion des accidents liés à la pratique des certaines activités.

Lorsque la loi est muette, les collectivités publiques peuvent demander une contrepartie financière à un SPA, s'il est facultatif. Dans ce cas, le montant maximal ne doit pas excéder le prix coutant (car un SP n'a pas vocation de faire des bénéfices.)

### **I) La Mutabilité.**

Cela veut dire que le régime des SP doit pouvoir être adapté chaque fois qu'il le faut aux besoins des usagers et aux exigences de l'intérêt général. En principe il ne doit pas y avoir d'obstacles juridiques aux mutations à réaliser.

> Si la gestion du SP est confié par contrat (=concession de SP), l'administration conserve la maîtrise du contrat et peut le modifier.

> Les usagés du SP n'ont pas le droit au maintien du SP en l'état. Les usagés des SPA sont en situation légale et réglementaire, c'est-à-dire déterminé par la loi et les règlements. Ils y sont donc soumis, même s'il y a une contrepartie financière = **situation statutaire**. S'agissant des usagés des SPIC, qui sont eux dans une situation contractuelle de droit privé, ils restent soumis aux mutations du SP ( ex : augmentation du prix du gaz et de l'électricité). Cela ne signifie pas tout de même que les usagés sont totalement soumis au bon vouloir de l'administration, ils ont droit au fonctionnement normal du SP et pourront éventuellement saisir le JA qui appréciera si les modifications du SP sont faites non seulement par les autorités compétentes mais aussi qu'elles sont justifiées par les arguments avancés par l'administration.

## II) La Continuité

La continuité, c'est le fonctionnement régulier des SP sans autres interruptions que celle prévues par la réglementation en vigueur. **Le CC en a fait un principe à valeur constitutionnelle** dans la décision du 25 Juillet 1979 relative au droit de grève dans le SP.

La continuité du SP se traduit par 2 principes :

- **La théorie de l'imprévision** (Il y a imprévision lorsque, en raison d'événements extérieurs à la volonté des parties et imprévisibles, les conditions d'exécution d'un contrat sont bouleversées, du moins temporairement) du 30 Mars 1916 Compagnie général d'éclairage de Bordeaux **impose aux cocontractants de l'administration de poursuivre l'exécution du contrat même si des circonstances imprévisibles bouleversent l'économie du contrat**. En contrepartie l'administration devra verser un concours financier, et même si on se trouve dans une situation qui sort des prévisions des parties parce qu'un SP est en cause, **l'intérêt général exige qu'il soit assuré**.

- L'autre mise en cause de la continuité du SP résulte **du droit de grève**. Pendant longtemps le fait de faire grève était considéré **comme criminel**. **C'est l'adoption du préambule de 1946 qui va faire une place plus importante aux droits économiques et sociaux et en particulier au droit de grève**. Le préambule proclame que « droit de

grève qui s'exerce **dans le cadre des lois qui le règlemente** est une Principe Particulièrement Nécessaire à notre Temps. » Le droit de grève est ainsi accordé aux fonctionnaires et agents comme aux salariés du secteur privé, toutefois ce droit n'est pas absolu et il doit se concilier avec les exigences du SP.

C'est le sens de **l'arrêt CE 1950 Dehaene** et de la décision du 25 Juillet 1979 du CC. Cette décision du CC est particulièrement explicite, en édictant que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent », les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe à valeur constitutionnelle mais qu'il a des limites et ils ont habilités le législateur à les tracer. Le législateur peut encadrer l'exercice du droit de grève afin que soit respecté la continuité du SP, comme la protection de la santé, la sécurité des personnes et d'égalité devant les charges publiques. **La limite que ne doit pas dépasser le législateur est l'atteinte injustifiée au droit de grève.**

### III) L'égalité

C'est un corolaire au principe d'égalité inscrit dans la **DDHC**, et il est un principe à valeur constitutionnel et un **PGD** pour le CE. Il implique la neutralité. D'après le CC, le SP ne peut pas être assuré de façon **différencié en fonction des convictions politiques ou religieuses de son personnel ou de ses usagés.**

- > Il existe un principe d'égalité aux emplois publics (CE - Barel 1954)
- > Egalité de traitement des fonctionnaires dans un même corps.
- > Egalité d'accès aux SP ou égalité des usagés du SP. Cela pose la question de la tarification du SP. On a pu penser que le principe d'égalité s'appliquait différemment pour les SPA et les SPIC. Les 2 catégories de SP se rapprochent parce que les SPA connaissent une multiplication des tarifications différentes. S'agissant des SPIC, le principe de l'équilibre financier du service leur impose d'équilibrer les charges et les ressources. La jurisprudence relative à la tarification des SP éclaire bien l'évolution du juge par rapport au principe d'égalité des usagés devant les SP. Depuis toujours, le juge estime que pour un même service rendu, le tarif exigé des usagés doivent être le même.

La Jurisprudence n'admet traditionnellement que 2 exceptions :

- **S'il existe entre les usagés des différences de situation objective appréciables et en rapport avec l'objet du service**, il peut y avoir des différences. En effet l'égalité n'est pas l'uniformisée. (On ne peut pas être forcément traité de la même manière en fonction qu'on est 12 ou 80 ans)
- S'il existe **une nécessité d'intérêt général** en rapport avec l'objet du service. Il peut y avoir des tarifs différents. Le SP doit prendre en compte l'intérêt général qu'il sert.

Traditionnellement le domicile permet aux communes d'appliquer différents tarifs aux usagés. En revanche le quotient familial, c'est-à-dire une différence établie selon les ressources a mis très longtemps à être accepté par le juge = discrimination positive.

Par ailleurs le CE a considéré également que seul le lien suffisant avec la commune permet de restreindre l'accès aux SP.

### **1) Le Domicile : le critère traditionnel permettant de déroger au principe d'égalité**

#### **a) Mise en évidence du critère**

Un arrêt CE du 10 février 1928 Chambre Syndical des Propriétaires Marseillais : les usagers d'un service de distribution d'eau peuvent être amenés à payer des redevances plus ou moins élevées selon la zone dans laquelle ils résident.

Un arrêt CE du 10 Mai **1974 Denoyez et Chorques** : La fixation de tarifs différents pour un même service rendu à différentes catégories d'usagés d'un ouvrage public (pont de l'île de Ré en l'espèce) implique qu'il existe entre les usagés des différences de situations appréciables. Dans cet affaire il y avait 3 tarifs différents (1 pour les habitants de l'île de Ré, 1 pour les habitants de Charente Maritime, 1 pour les autres). **Le CE** va estimer qu'au regard de ce pont, il existe bien une différence entre les habitants de l'île de Ré et les autres habitants (ceux du continent), en revanche il n'y a pas de différence avec les habitants de Charente Maritime.

Dans une décision du 12 Juillet 1979 Pont à Péage, **le CC** va devoir examiner la loi qui prévoit les 3 tarifs. L'appréciation du CC va être différente puisque selon lui, il y a effectivement une différence avec les usagés du pont de Charente maritime **qui ont leur lieu de travail** sur L'île de Ré.

Dans un Arrêt du 5 Octobre 1954 Corep(= préfet) de l'Ariège, il y a institution d'un tarif différent pour une cantine scolaire pour les élèves domiciliés dans la commune et les élèves externe à la commune. Le CE admet la différenciation de tarif en remarquant que le SP est facultatif et que le prix le plus élevé ne dépasse pas le prix coutant.

Dans un arrêt du 2 Décembre 1987 Commune de Romainville, la même solution est reprise pour une école de musique.

□ Il résulte de ces différents arrêts que le domicile dans la commune qui institue le SP met l'usager dans une situation différente par rapport aux autres usagés de telle sorte que le principe d'égalité ne s'applique plus. Toutefois, l'appréciation de cette situation différente peut varier d'un juge à l'autre puisque dans l'arrêt Denoyez et Chorques le CE estime qu'il n'y a pas de différence entre les habitants de Charente Maritime et de ceux de l'île de Ré, alors que le CC en verra une.

### **b) Justification et condition du critère**

Certain arrêts font mention du caractère facultatif du service, il n'appartient donc qu'à la commune de décider ou pas de la création d'un SP. En contrepartie de la charge financière que la commune s'impose, le juge estime qu'elle doit pouvoir définir les conditions d'accès au SP plus librement que si le SP était obligatoire.

**Imposé à la commune un tarif unique, revient à lui faire consentir le même effort budgétaire entre ses contribuables et les autres.**

Le tarif le plus élevé n'excède pas le prix de revient du SP.

### **C. Contestation du critère**

Cette contestation résulte de la référence au principe d'égalité devant les charges publiques puisqu'il est des hypothèses ou mêmes les non

résidents de la commune paye des taxes à la commune. (ex : taxe professionnel, taxe foncière...)

## 2) Le quotient familial

C'est un critère plus récent permettant de déroger au principe d'égalité devant le SP.

### a) Refus initial du critère

Le Conseil municipal de la ville de Tarbes (1980) avait fixé des montants d'inscription à l'école de musique en fonction d'un quotient familial établi en fonction des ressources et du nombre de personne vivant au foyer.

Le conseil d'Etat estime que les différences de revenu entre les familles des élèves ne sont pas constitutives d'une différence de situation justifiant donc des exceptions au principe d'égalité. Par ailleurs le CE estime que compte tenu de l'objet du service et du mode de financement, il n'existe aucune nécessité d'intérêt général justifiant une différence de tarif.

### b) Application pleine du critère

Le CE a dans un 1<sup>er</sup> temps accepté le critère du quotient familial dans un arrêt CE Centre communal d'action social de La Rochelle du 20 Janvier 1989 à propos d'une crèche.

Dans cet arrêt les différences de tarifs sont légales puisque le CE relève que le mode de financement de la crèche fait appel aux participations des usagés et d'autre part il existe un intérêt général à ce que la crèche puisse être utilisée par tous les parents sans distinction de ressources.

Dans un second temps, le CE a abandonné sa jurisprudence Ville de Tarbes relative aux écoles de musique pour adopter le critère du quotient familial dans 2 arrêts : Commune de Gennevilliers et Nanterre du 29 Décembre 1997.

### c) Justification et conditions du critère

- Les arrêts mentionnent encore le caractère facultatif du service, la commune s'impose des charges dont elle doit pouvoir fixer les ressources plus librement.

- Le tarif le moins favorable reste inférieur au coût du service par élève
- Le juge reconnaît désormais l'intérêt général qui s'attache à ce que les SP éducatifs et culturels puissent être fréquentés par les élèves qui le souhaitent sans distinction selon leurs possibilités financières.

Il existait 2 raisons en faveur de ce revirement de jurisprudence :

- Il existe toujours une possibilité de contourner l'interdiction du quotient familial par un système de bourses.
- La situation de la société française est plus fragile et plus divisée qu'en 1985. L'Etat et les collectivités locales commencent à mettre en place des politiques ciblées vers des publics en difficulté, ce qui va à l'encontre de la conception classique du principe d'égalité en France.

### 3) Le lien avec la commune comme critère permettant de restreindre l'accès au SP

La commune de Dreux décide que l'accès à l'école de musique serait restreint, limité aux enfants dont les parents ont leur domicile à Dreux.

Dans un arrêt du 13 Mai 1994 Commune de Dreux, le CE annule la délibération parce que le critère du domicile est trop restrictif. En effet le CE estime qu'il existe des élèves qui ont un lien particulier avec la commune qui peuvent donc accéder au SP communal sans pour autant avoir leur domicile sur la commune. Le lien se matérialise par le fait d'être scolarisé ou d'avoir son lieu de travail sur la commune.

### § 3) La Gestion des SP

Tous les modes de gestion de SP se rattachent à l'une ou l'autre de ses hypothèses :

- L'autorité administrative assure elle-même la gestion du SP (= **gestion direct**)
- L'autorité administrative confie à une autre autorité le soin de gérer un SP (= **gestion délégué**)

Parfois la loi est muette, c'est-à-dire qu'elle ne précise pas comment le SP doit être géré. Il faut considérer que l'autorité administrative a un pouvoir discrétionnaire, et elle décide donc comment gérer ce SP.

## I) Le Mode de gestion direct : la régie

Certain SP ne peuvent pas être délégué, ils sont obligatoirement assuré en régie (ex : la police municipale). Elle se caractérise par 3 éléments principaux :

- Les services en régie ne constituent **pas des personnes publiques distinctes de celle qui les assurent**. C'est la collectivité territoriale dont ils dépendent qui est titulaire des droits et obligations nées de leur activité.
- Du point de vu de leur organisation, les SP en régie sont placés sous **la dépendance de la collectivité dont ils dépendent**. C'est le cas des services déconcentrés de l'Etat. Les services municipaux, régionaux, départementaux dépendent des conseils et des organes exécutifs de la collectivité correspondante.
- **D'un point de vu financier, le service n'a aucune individualité**. Les crédits nécessaires à son fonctionnement sont inscrits dans les dépenses du budget de la collectivité.

Parfois ces principes sont aménagés en cas de régie indirecte qui permet une certaine autonomie financière.

## II) Les modes de gestion délégués

Ils peuvent être classés en 2 grandes catégories selon 2 critères différents. On peut distinguer les modes de gestion délégué en fonction des personnes à qui le SP est délégué (à une personne publique ou à une personne privée.)

- Lorsque le SP est délégué à une personne publique => établissement public
- Les personnes privées peuvent prendre la forme de sociétés d'économie mixte, c'est-à-dire que le capital est à la fois public et privé.(+ 51% capital public).

On peut aussi distinguer les modes de gestion délégué en fonction de la manière dont est confié le SP (par contrat ou par voie unilatérale).

### **A) La concession de SP**

## 1) Définition

Il y a concession de SP, lorsqu'une personne publique que l'on appelle autorité concédante confie **contractuellement** la charge **d'assumer** pendant une durée déterminée, l'exécution **du SP à une personne publique ou privée qu'elle a librement choisie** et que l'on appelle le concessionnaire.

Le concessionnaire assure le SP à ses frais et risque conformément à un cahier des charges et sa rémunération résulte du produit des redevances qu'il perçoit conformément à un tarif sur les usagés. Si le concessionnaire avant d'exploiter le SP à la charge de construire les ouvrages nécessaires, on dit alors qu'il est un concessionnaire de travaux publique et de SP.

## 2) Evolution de la concession de SP

Il y a 3 périodes :

- Fin du 19<sup>e</sup> siècle : âge d'or de la concession de SP parce que c'est grâce à ce procédé que sont équipées les voies ferrées, la distribution de l'électricité et du gaz. Cette technique est en accord avec le libéralisme économique puisque les concessionnaires sont des personnes privées et elle est avantageuse tant pour le concédant que pour le concessionnaire. L'avantage pour le concédant est que c'est le concessionnaire qui doit supporter avec ses capitaux propres la charge des investissements et qui assure le SP à ses frais, et ce n'est qu'en fin de concession que les ouvrages étaient remis à la collectivité publique concédante. Le concessionnaire pouvait quant à lui espérer amortir ses investissements et même réaliser des bénéfices en exploitant le SP.
- L'entre 2 guerre : L'instabilité économique et la guerre ont perturbées le système et la concession a été fragilisée par 2 facteurs. D'abord la jurisprudence jouant sur l'imprévision l'atteint. Normalement cette théorie devait s'appliquer temporairement mais les difficultés ont durées et en réalité l'aide du concédant est devenu pratiquement permanente ainsi que les pertes du concessionnaire. Ensuite le libéralisme économique est remis en cause et avec lui l'idée que l'infrastructure industrielle et

commerciale de l'Etat soit entre les mains de personnes privées (grandes nationalisations de 1946)

- Epoque actuelle : il existe un regain de la concession, il tient à 3 facteurs :
  - Aujourd'hui les concessions de service public sont faites non seulement à des personnes privées mais aussi à des personnes publiques (ex : établissement public, société d'économie mixte)
  - La concession porte aussi bien sur des SPIC que sur des SPA
  - Enfin le concessionnaire n'est plus livré à lui-même financièrement. Ses finances ne sont plus exclusivement basées sur la rémunération faite par les usagers. Actuellement la distribution de l'eau, l'exploitation de théâtre et casino...continue à être concédée à des personnes privées. En revanche les communes concèdent à des établissements publics la distribution d'électricité et de gaz sont des sociétés d'économie mixte, qui construisent et exploitent les autoroutes, les tunnels et les ponts.

### 3) Le régime de la concession

#### a) Le choix du cocontractant

Il s'agit d'un élément important puisque la concession dure longtemps. Le cocontractant est choisi intuitu personae. Ce critère permet au JA de déterminer s'il y a concession ou non. Si le choix du cocontractant n'est pas libre, ce n'est pas une concession de SP. Cela implique que le concessionnaire ne peut pas céder ou sous-traiter à son tour le SP.

#### b) Les obligations du concessionnaire

La principale obligation est celle d'assurer le fonctionnement du SP et donc le SP concédé est soumis aux mêmes lois que le SP assuré en régie.

- Le concessionnaire de SP doit répondre aux exigences de continuité du SP, il ne peut pas se retrancher derrière les difficultés financières, matérielles ou même la faute de l'administration. Il pourra éventuellement invoquer la théorie de l'imprévision mais il ne sera délié de ses obligations qu'en cas de force majeure. De la même manière, la continuité s'impose aux agents de la concession, notamment du point de vue du droit de grève.

- Les exigences d'égalités des usagés devant le SP : Le concessionnaire doit fournir à tous ceux qui remplissent les conditions, les prestations demandées selon les tarifs fixés avec l'autorité concédante.

- Exigences d'adaptabilité du SP : mutabilité du contrat de concession, l'administration a toujours la possibilité de modifier le contrat de concession et le concessionnaire doit s'y plier (CE-Compagnie général française des Tramway de Marseille de 1910 dans lequel le juge précise que l'autorité administrative peut prescrire à un concessionnaire la modification et les additions nécessaires pour assurer dans l'intérêt général du public la marche normale du service)

Quant aux sanctions elles sont prévues pour tout les contrats administratifs (amende, pénalités, prise en charge du service public par la personne publique aux frais et risques du concessionnaire et résiliation sanction ).

### c) Les droits du concessionnaire

- Le Concédant met à la disposition du concessionnaire les moyens qui lui sont nécessaires pour faire fonctionner le SP.
- Les droits du concessionnaire sont des droits financiers. Il entend retirer de sa gestion des bénéfices. Il a droit à l'équilibre financier du contrat et donc à une indemnisation en cas d'imprévision ou de fait du Prince.

### d) La fin de la concession

La concession prend fin à l'expiration de la durée pour laquelle elle a été conclue. En dehors de cette hypothèse, le concédant peut demander au juge de prononcer la déchéance du concessionnaire en cas de faute très lourde, et le concédant peut aussi lorsque l'intérêt général l'exige, mettre fin à la concession par son rachat. En cas de force majeure, si l'exploitation du service est définitivement déficitaire, la théorie de l'imprévision ne peut plus jouer et chacune des 2 parties peut demander la résiliation au juge.

## **B) L'Affermage**

C'est le mode de rémunération qui distingue celui-ci de la concession. Le fermier est lié à la collectivité publique par contrat. Il verse à celle-ci une redevance déterminée et la différence entre le montant de la redevance et des recettes qu'il réalise représente sa rémunération. Ce système est utilisé pour la perception des droits de place dans les halls et marchés. Certaines communes utilisent aussi l'affermage pour l'exploitation des SP de l'eau et de l'assainissement.

## **Chapitre 2 : La police administrative générale**

Le terme de police ne désigne pas ici une institution, un corps de fonctionnaire, il renvoie à une fonction, une activité.

La police administrative générale est entendue comme l'activité de SP qui tend à assurer le maintien de l'ordre public dans les différents secteurs de la vie sociale.

□ L'activité de police administrative est une activité de SP, pourtant il ne peut pas exister de délégation de SP en matière de police administrative. **Elle est forcément exercée en régie.** CE-17 juin 1932 Commune de Castelnaudary.

□ La police administrative n'est **pas unifiée**, cela se traduit par deux phénomènes :

- Plusieurs personnes publiques exercent la police administrative. Au plan national il y a le 1<sup>er</sup> ministre, au plan local il y a d'un côté le préfet (représentant de l'Etat dans le département) et de l'autre le maire ou le président du conseil général (de manière plus résiduelle).
- Il faut distinguer entre la PAG et les PA spéciales. La PAG a pour but le maintien de l'ordre public. Les PA spéciales le sont en raison de 3 facteurs.

\* Il existe des PA spéciales en raison de leur détenteur. Ces polices sont confiées à des autorités différentes de celles qui seraient normalement compétentes.

Ex : la police de la chasse qui appartient au préfet alors qu'elle devrait appartenir au maire. La police du cinéma revient au ministre qui est en charge du cinéma (culture), or le ministre quel qu'il soit n'est pas une autorité de police.

\* Les PAS peuvent être spéciales en raison des procédures qu'elles nécessitent.

Ex : La police des édifices menaçant ruine permet au maire de prescrire au propriétaire des travaux sur ses immeubles. La police des installations

classées, c'est-à-dire celles qui ont un caractère insalubre ou nuisible, revient au préfet qui a des pouvoirs d'agrément dans cette matière là.

\* Les polices spéciales ont une finalité différente de la PAG.

Ex : La police de l'affichage a pour but la protection de l'esthétique et de l'environnement ce qui est un but plus réduit que le maintien de l'ordre public. De la même manière la police de la chasse a pour but la conservation du gibier ce qui n'est pas non plus le maintien de l'ordre public au sens strict. A l'inverse la police du cinéma peut avoir pour but la protection d'un certain ordre moral et c'est un but plus large que le maintien de l'ordre public.

La question peut se poser de la concurrence qui va s'exercer lorsque police générale et spéciale se recoupent.

> En principe l'existence d'une police spéciale ne fait pas obstacle à l'exercice de la police générale.

Ex : un maire peut utiliser la police générale à la place de la police spéciale et si la police spéciale n'a pas été utilisée la police générale peut être mise en œuvre pour le maintien de l'ordre public. Si la police spéciale a été utilisée la police générale pourra être éventuellement plus sévère.

□ l'action tendant au maintien de l'ordre public va se concrétiser de différentes façons. D'une part elle se traduit par l'édition de normes juridiques qui sont pénalement sanctionnées (ex : sens interdit dans une rue). En principe les infractions aux règles édictées constituent des contraventions visant la violation des obligations édictées par les décrets et arrêtés de police.

D'autre part l'action de police se traduit par des actes matériels, c'est-à-dire des opérations de terrain (ronde de police, des barrages de contrôle, des surveillances lors de manifestation et contrôle d'identité).

□ Par principe la mesure de police quelle qu'elle soit apporte une restriction aux libertés publiques. Cela implique que les mesures de police dans un Etat de droit ne sont légales que si elles sont nécessaires.

## **Section 1 : Spécificités de l'objet de la PAG**

### **§ 1) Le maintien de l'ordre public**

L'autorité de PAG ne peut exercer légalement son pouvoir que dans le but de maintenir l'ordre public (plus restreint que l'intérêt général).

Traditionnellement l'ordre public est composé de trois éléments, c'est la trilogie traditionnelle.

#### **1) La trilogie traditionnelle**

Elle remonte à la première loi sur l'organisation départementale du 22 décembre 1789 et 8 janvier 1790. Elle est toujours contenue dans le code général des collectivités territoriales à l'article L2212-2.

Cet article dit que l'ordre public en matière de police administrative générale consiste en le maintien de la sécurité publique, de la tranquillité publique et la salubrité publique :

- la sécurité publique : elle consiste à prévenir les risques d'accident aux personnes et aux biens. Par exemple en prenant les règlements et en faisant les contrôles en matière de circulation sur les routes => salage.
  - la tranquillité publique : assurer la tranquillité publique c'est prévenir les désordres de toute nature, comme les tapages nocturnes et les manifestations sur la voie publique.
  - la salubrité publique : assurer la salubrité publique consiste à prévenir les risques de maladie, en veillant à la salubrité de l'eau et des denrées alimentaires notamment en réglant leur acheminement sur le territoire ou en prévenant les épidémies (ex : campagne grippe A) ou les épizooties.
- Il résulte de cet objet que le maintien de l'ordre public varie dans le temps.
  - L'ordre public est avant tout un ordre public local, c'est donc le 1<sup>er</sup> échelon qui prend les mesures d'ordres publics (ex : le maire prend les mesures de salages pour SA commune). Il est rare que des questions d'ordre public se posent nationalement.

## II) La remise en cause la trilogie traditionnelle

La question est de savoir si l'ordre public peut se réduire aux 3 éléments classiques. La lecture de certains arrêts et de certains textes laissent penser que non puisque l'article L2212-2 vise avant même l'énumération des 3 éléments le maintien du bon ordre.

On peut se demander aussi si le juge n'étend pas dans cette notion de bon ordre la prise en considération de motifs esthétiques, de motifs moraux, et va jusque dans certains cas protéger les individus contre eux même.

### 1) Les motifs esthétiques

Il est arrivé au CE de ranger la sauvegarde de l'esthétique au nombre des but légaux de la PAG. C'est-à-dire que la sauvegarde de l'environnement architectural contre ce qui peut l'enlaidir devient un but de maintien de l'ordre public. CE-23 octobre 1936 Union parisienne des syndicats d'imprimerie dans lequel sont légales les mesures relatives à la distribution d'imprimés sur la voie publique.

Avec le développement de législations spécifiques qui protègent l'environnement, ce sont désormais des polices spéciales qui protègent l'ordre esthétique.

## 2) L'ordre moral

Pour Hauriou, « *l'ordre public au sens de la police est un ordre matériel et extérieur (on regarde ce qui s' passe dans la rue et non pas dans la tête des gens) cela signifie que la PAG ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées et les sentiments, elle ne pourchasse pas les désordres moraux. Si elle essayait, elle verserait immédiatement dans l'oppression des consciences.* »

Cette vision restrictive de l'ordre public ne correspond pas tout à fait à la réalité jurisprudentielle puisque le juge reconnaît la légalité de mesure prise en considération de l'ordre moral.

□ Arrêt du 7 novembre 1924 Club sportif chalonnais : le juge admet que l'autorité de police peut interdire un combat de boxe comme étant contraire à l'hygiène morale.

□ Arrêt du 18 décembre 1959 Société les films Lutecia : il est question ici d'interdiction municipale de films de cinéma.

Alors qu'un film a obtenu son visa d'exploitation ministériel, un maire peut-il en interdire la projection dans sa commune ?

Un maire peut interdire la projection dans deux cas :

- La projection du film peut entraîner des troubles matériels à l'ordre public, comme le saccage de la salle de cinéma ou des violences contre les spectateurs du film. Il s'agit là d'assurer de façon classique la tranquillité ou la salubrité publique.
- Le second cas est celui où la projection du film est de nature à préjudicier à l'ordre public en raison du caractère immoral du film et de circonstances locales. C'est le cas de cet arrêt. **Il faut donc deux raisons pour l'interdiction. Il faut que le film soit immoral et qu'il y ait des circonstances propres à la commune.** Il faut justifier qu'une autorité locale puisse interdire un film dont la projection est autorisée nationalement. On prendra en compte une sensibilisation spéciale des habitants de la commune au sujet du film.

Ex : Les faits se sont déroulés sur la commune, le film rappelle des événements qui se sont passés sur la commune ou si la commune est un lieu de pèlerinage.

Dans cet arrêt le juge annule l'interdiction de projeter le film.

□ Arrêt du 27 octobre 1995 Commune de Morsang-sur-Orge : cette affaire concerne le lancer de nain qui consiste à projeter une personne de petite taille durement matelassée volontairement et rémunérée le plus loin

possible. Si la personne n'était pas protégée on aurait pu interdire cette activité pour défaut de sécurité, or ici il n'y a pas de risque physique pour la personne. La personne n'est pas non plus exploitée.

Peut-on alors l'empêcher de faire cela ?

Le nain en question était l'instigateur du spectacle qui avait lieu dans des discothèques. Le maire de Morsang-sur-Orge prend un arrêté interdisant ce spectacle dans sa commune.

En première instance les tribunaux administratifs annulent les arrêtés de police comme excédant les pouvoirs de police du Maire.

Le CE quant à lui admet la légalité de tels arrêtés et cet arrêt est significatif à deux égards :

- Le CE estime que le respect de la dignité de la personne humaine est une composante de l'ordre public. Le respect de la personne humaine traduit une exigence morale et c'est par son objet même, le fait d'utiliser comme projectile une personne affectée d'un handicap physique, qui porte atteinte à la dignité humaine.
- Le CE évidemment n'exige pas de circonstances locales particulières comme il en exige pour les interdictions de films. C'est en tout état de cause que l'activité porte atteinte à l'ordre public où qu'elle ait lieu.

Dès lors on peut alors se demander si c'est le maire qui est compétent pour interdire un tel spectacle et si ça ne devrait pas être le premier ministre qui devrait le faire au niveau national.

### 3) La protection des individus contre eux même

La question est ici de savoir si une mesure de police peut être justifiée par le fait qu'une activité serait nuisible aux personnes qui l'exercent ? C'est la question qui s'est posée pour l'obligation du port de la ceinture de sécurité et du casque. Le CE a décidé que le port de la ceinture de sécurité est légalement institué car il a pour objet de réduire les conséquences des accidents de la route. CE-4 juin **1975 Bouvet de la Maison Neuve**.

Il est difficile de voir là-dedans un but de police administrative et on peut dire que le CE a pris une solution plus opportune que juridique.

## § 2) La distinction entre Police administrative et police judiciaire

Cette distinction est importante à 2 points de vu :

- Le contentieux de la police administrative appartient à la juridiction administrative. Qu'il s'agisse de l'annulation de mesures de police

illégales ou de l'indemnisation des dommages dus à des opérations matérielles de police (contrôle d'identité qui tourne mal). Le contentieux de la police judiciaire appartient au juge judiciaire.

- La police administrative est exercée selon les cas au nom de l'Etat (par le 1<sup>er</sup> ministre ou préfet) au nom de la commune par le maire. Cela détermine les personnes publiques responsables en cas de dommage. En revanche la police judiciaire est exclusivement de la compétence de l'Etat, donc c'est exclusivement l'Etat qui sera responsable.

### I) Critère de la distinction

Le critère qui permet de distinguer la police administrative et police judiciaire est un **critère finaliste**, c'est-à-dire que ce qui est déterminant est le but de la décision ou de l'opération à qualifier ou encore l'intention dans laquelle les autorités ou personnelles de police ont agis.

Si une opération ou une décision est liée à **une infraction pénale déterminée**, il s'agit de police judiciaire. CE- 11 Mai 1951 Consort Baud > Dans cette affaire une personne est mortellement blessé au cours des opérations de police accomplies en vue de rechercher des malfaiteurs.

A l'inverse **s'il n'y a pas de rapport avec une infraction pénale déterminée**, il s'agit d'une opération de police administrative. Tribunal des conflits -7 Juin 1951 Noualek > il s'agit de blessures causées à une personne à sa fenêtre au cours d'une opération de maintien de l'ordre.

Par infraction pénale déterminée on entend :

- L'infraction effectivement **commise**, ou **sur le point d'être commise** (opération de flagrant délit) Tribunal des conflits - 27 Juin 1955 Dame Barbier.

- Il peut s'agir d'une infraction dont **on ne sait pas si elle sera commise**. C'est dans ce cas l'éventualité d'une infraction déterminée. Tribunal des conflits - 15 Juillet 1968 Consorts Tayeb > Dans cette affaire, un passant attire l'attention d'un policier sur le comportement d'un individu qui lui semble suspect. Interpellé, l'homme prend la fuite et est mortellement blessé.

- L'infraction déterminée peut être constituée **par des faits qui ne sont en rien délictueux** ( ex : une voiture en stationnement régulier est mise en fourrière par erreur, il y a opération de police judiciaire parce que l'autorité de police a cru à l'existence d'une infraction et à eu l'intention de la réprimer. CE- 18 Mai 1981 Consorts Ferran) .

- Ce critère de l'infraction déterminée permet de qualifier **les contrôles et vérification d'identité**. La qualification dépend de la finalité du contrôle d'identité. S'il s'agit de rechercher l'auteur d'une infraction déterminée, il s'agit de police judiciaire. En revanche s'il s'agit d'un contrôle en vu du maintien de l'ordre, il s'agit de police administrative. CE- 28 Avril 1980 Waroquier.

## II) Point de rencontre entre police administrative et Judiciaire

### A) Cumul des opérations

C'est l'hypothèse d'une coexistence d'opération entre police administrative et police judiciaire. Par exemple des gardiens de la paix ont reçus pour double mission de patrouiller en voiture pour assurer une surveillance durant la nuit (police administrative) et d'autre part d'intercepter des individus qui se sont enfuis en voiture après une bagarre (police judiciaire). Si c'est en procédant à l'interception et à la fouille des individus recherchés que le dommage est causé, alors le contentieux est judiciaire. Tribunal des conflits - 29 Octobre 1990 Mademoiselle Morvan.

### B) Changement de nature de l'opération de police.

Cela tient au fait que le critère de la distinction entre les polices est indépendant des considérations organiques et procédurales.

#### 1) L'opération de police judiciaire se transforme en opération de police administrative

La mise en fourrière d'un véhicule par infraction aux règles de stationnement est une opération de police judiciaire jusqu'à la mise en fourrière. Après la conservation de véhicule en fourrière relève de la police administrative.

## 2) L'opération de police administrative se transforme en opération de police judiciaire.

Cette transformation a lieu toutes les fois qu'un agent qui règle la circulation ou qui est là à titre dissuasif entreprend de relever le numéro d'une voiture qui a commis une infraction et qu'il se lance à sa poursuite.

Arrêt du TC-12 Juin 1978 Société Le profil > dans cette affaire, une caissière sort d'une banque avec sa mallette ou elle vient de retirer des fonds. Elle est escortée par des gardiens de la paix. Des malfaiteurs arrachent la mallette et prennent la fuite sans que les agents interviennent. A compté de l'infraction, l'opération de police administrative, c'est-à-dire la protection de la caissière prend fin, et ce qui a suivi, c'est-à-dire l'inaction des agents relèvent de la police judiciaire. La Société, victime du vol demande réparation à l'Etat tant pour la mauvaise protection de la caissière que pour l'inaction des agents.

> Faut il distinguer entre les 2 opérations et tenter 2 actions ?

Le TC est saisi du problème et va refuser de dissocier les événements et va considérer que le préjudice trouve essentiellement sa cause dans les conditions d'organisation de la protection du transport de fonds, c'est-à-dire l'opération de police administrative. Il va donc estimer que la réparation relève pour le tout de la juridiction administrative. La société victime n'a donc à engagé qu'une action à l'égard de l'Etat. (Dans cet arrêt, l'Etat était responsable de la police administrative, un autre problème se serait posé si celle-ci avait été sous la responsabilité de la municipalité par exemple du point de vu la prise en charge du préjudice).

### Section 2) La Légalité des mesures de police

Les mesures de police doivent être obligatoirement présent dans un but de maintien de l'ordre public. Elles ne peuvent pas être présent dans un autre but, même s'il est d'intérêt général comme par exemple la protection des finances publiques.

#### § 1) Le contenu des mesures de police

La liberté est la règle et la restriction de police, l'exception >CE-30 Aout 1917 Baldy. Cela veut dire que l'autorité de police ne peut pas prendre n'importe quelles mesures, elle est forcément encadrée.

### I) Restrictions aux mesures de police.

En principe l'autorité de police peut interdire une activité, mais certaines mesures restent impossibles :

- l'autorité de Police administrative ne peut pas édicter **une réglementation instituant un système de déclaration préalable ou d'autorisation** (cela relève du domaine de la loi du législateur ). Evidemment si la loi instaure un tel système, alors l'autorité de police pourra exiger des déclarations préalable comme c'est le cas pour la liberté de manifestation ou des demandes d'autorisation comme c'est le cas pour l'exercice de certaine activités sur la voie publique) CE - 22 juin 1951 Daudignac.
- L'autorité de police **ne peut pas prescrire les moyens par lesquels devront être respectés les réglementations ou les mesures individuelles qu'elle édicte**. Lorsque des mesures sont édicté en vu de faire cesser des situations troublant l'ordre public, les intéressés ont le choix des moyens pour se conformer à ses mesures. CE- 4 janvier 1935 Dame Baron.
- L'administration a **le pouvoir de procéder à l'exécution forcée de ses décisions en matière de Police administrative** mais il est strictement encadré comme en matière ordinaire. CE-29 juillet 1997 Commune de Sorgues.

### II) Obligation de prendre une mesure de police administrative.

- Le cas d'une réglementation à édicter : il faut imaginer qu'une situation de fait est de nature à troubler l'ordre public. Par un arrêt du 23 octobre 1959 Doublet, le CE subordonne l'obligation de prendre une mesure de police à 3 conditions :
  - La mesure de police soit indispensable

- Faire cesser un péril grave
- Situation dangereuse pour l'ordre public.

Dans cette affaire, il s'agissait d'un camping sauvage.

- Le cas d'une réglementation existante : Lorsque cette réglementation est légale, l'autorité de police doit prendre toutes les mesures pour en assurer l'effectivité. Le refus de l'autorité de police d'appliquer la réglementation pourra être considéré comme illégal et pourra entraîner **une responsabilité pour faute en cas de dommage**. Dans l'arrêt Doublet, le préfet a l'obligation de prendre les mesures pour assurer l'interdiction de camper qu'il a édictée. L'obligation d'appliquer la réglementation vise aussi les autorités de police inférieurs par rapport aux mesures des autorités de polices supérieurs ( CE- 23 juin 1976 Latty > Le maire doit veiller au respect des réglementations de police préfectoral )

## § 2) Le contrôle du JA sur les mesure de police administrative.

Parce que les mesure de police administrative limitent les libertés publiques, notamment la liberté d'aller et de venir, la liberté de commerce..., il apparait que la **nécessité**, c'est-à-dire le fait que la mesure de police soit adapté et proportionné aux risques de troubles à l'ordre public est la justification de la mesure de police.

**L'intensité du contrôle** du juge est primordiale. Par ailleurs le contrôle du juge n'est rien si le juge n'a pas les moyens juridictionnels adéquats pour faire **cesser une atteinte aux droits et libertés**. Enfin on verra dans certaines hypothèses que l'atteinte aux libertés fondamentales est tel que le JA est dessaisi au profit du JJ => La voie de fait.

### I) L'intensité du contrôle du JA

Le contrôle va être différent en période normale et en période exceptionnelle.

A) En période normale

Arrêt du 19 Mai 1933 Benjamin > Dans cette affaire, le syndicat d'initiative de Nevers avait invité Mr Benjamin à donner une conférence public sur 2 auteurs de l'époque. Les instituteurs font savoir qu'ils

s'opposent à une telle réunion et font savoir qu'ils comptent organiser une contre manifestation. Craignant des troubles pour l'ordre public, le maire interdit la réunion publique et même la réunion privée qui avait été prévue en remplacement. Mr Benjamin fait donc un REP contre les arrêtés d'interdiction du maire en soutenant qu'il viole les lois du 30 Juin 1880 et du 28 Mars 1907 sur la liberté de réunion. Le CE se trouve confronté à une mesure de police qui restreint l'exercice d'une liberté publique fortement protégée par la loi puisque n'exigeant aucune formalité préalable pour s'exercer. L'arrêt Benjamin implique que le contrôle du juge est légèrement différent selon que la liberté publique [=aménagé par la loi] en question est fortement protégé par la loi ou non.

### 1) Les libertés fortement protégés

Même dans le cas d'une liberté fortement protégée, le maire peut mettre en œuvre ses pouvoirs pour prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre public. Cela veut dire que l'exercice d'une liberté n'est jamais absolu et abstrait, il doit se comprendre compte tenu de la vie en société et des circonstances concrètes dans lesquels il va avoir lieu. Cela veut dire que le maire de Nevers avait sur le fondement de la loi, compétence pour prendre les mesures qui s'imposaient, et cela est vrai quelque soit la liberté en question.

Toutefois, s'agissant de libertés définies et consacrées par la loi comme la liberté d'association, la liberté de culte, la liberté de la presse, la liberté de réunion, le juge dit qu'il appartient à l'autorité de police **de concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté en question**. Il en résulte donc que, **il ne peut pas y avoir d'interdictions générales et absolues** qui sont la négation même de la liberté. Dans cette conciliation, l'autorité de police doit prendre en considération la nécessité de la mesure de police. L'exercice de la liberté est elle de nature à troubler l'ordre public ? Le maire doit rechercher la probabilité du trouble à l'ordre public. Dans l'affaire Benjamin, le juge va contrôler si effectivement une contre manifestation était prévue et si celle-ci était susceptible de générer un trouble. Une fois que l'autorité de police a acquis la conviction que des troubles sont probables, il lui appartient de prendre une mesure restrictive de la liberté qui soit

proportionné aux risques encourus et qui tienne compte des moyens dont elle dispose et des circonstances de temps. Autrement dit ne peut-il pas avoir d'autres solutions qu'une interdiction dans l'affaire Benjamin (mesures de protection, changement d'endroit, d'heure...). Dans l'arrêt Benjamin, le juge reconnaît que le maire pouvait légitimement craindre des troubles à l'ordre public, mais ces troubles n'étaient pas tels que le maire ne pouvait pas, par des mesures appropriées, à la fois maintenir l'ordre et assurer la liberté de réunion. Le juge va donc annuler l'interdiction de réunion et vérifie la proportionnalité entre la mesure de police et le risque de troubles (la mesure doit être adaptée aux circonstances.)

La jurisprudence dépend de l'appréciation par le juge des circonstances de temps et de lieu : Par exemple dans l'arrêt Daudignac du 22 Juin 1951, le juge annule la mesure du maire subordonnant la profession de photographe à une autorisation car le juge dit qu'il n'y a aucune nécessité tirée de la circulation ou de l'ordre public.

En revanche dans un arrêt du 13 Mars 1968 Ministre de l'Intérieur contre époux Leroy, le préfet de la Manche peut légalement interdire l'exercice de cette même activité pendant la saison touristique sur la route menant au Mont Saint Michel pour des raisons de sécurité routière.

### Les libertés moins bien protégées :

Le raisonnement de l'arrêt Benjamin est étendu à ces libertés comme l'organisation de spectacle, de cortèges ou de défilés. Dans ce cas, le juge laisse à l'autorité de police, un pouvoir de réglementation plus important. Par exemple le juge admet la légalité d'un arrêté autorisant un défilé dans certaines rues mais en l'interdisant dans d'autres.

### **B) Le contrôle du juge en période de circonstances exceptionnelles**

Il est de l'essence du pouvoir de police de s'adapter constamment aux circonstances en vue de concilier ordre et libertés. En cas de circonstances exceptionnelles (guerres, émeutes...), le JA a été contraint de reconnaître la légitimité d'un accroissement des pouvoirs de police au détriment de la liberté dans l'intérêt général pour assurer l'efficacité de l'action administrative. C'est le sens de l'arrêt du 28 février 1918 Dame Dol et

Laurent > Pendant la guerre 14-18, le préfet de Toulon prend à l'égard des prostituées différentes interdictions. Elles doivent se limiter à des quartiers réservés, elles ne doivent pas tenir de débits de boissons, ni les fréquenter. Le motif était de lutter contre l'espionnage et les MST. Le CE constate que les arrêtés en question portent des restrictions à la liberté de circulation du commerce et de l'industrie, mais il ne les annule pas en raison de l'adaptation de la mesure de police aux circonstances de temps et de lieux.

Dès lors en période de guerre, l'autorité de police a des compétences accrues par rapport aux périodes normales. Mais tout n'est pas possible, le contrôle du juge portera sur 4 points :

- Le juge vérifie l'existence des circonstances exceptionnelles
- Les mesures peuvent méconnaître des règles **de compétences, de formes ou de fonds.**
- L'accroissement des pouvoirs de l'administration cesse dès que les circonstances exceptionnelles cessent.
- Le juge continue d'exercer son contrôle sur l'action de l'administration, même en cas de circonstances exceptionnelles. Il n'y a pas d'immunité totale des mesures de police, et il peut même engager la responsabilité de l'administration.

La théorie des circonstances exceptionnelles avec accroissement des pouvoirs de police est consacrée par les textes. Par exemple la loi du 3 Avril 1955 sur l'Etat d'urgence et l'art 16 de la constitution sur l'Etat de crise.

## II) Les Moyens juridictionnelles du JA

Que peut faire le JA saisi d'une mesure de police illégale ?

Le JA peut bien sûr annuler la mesure de police illégale (arrêt Benjamin) et le requérant peut demander des Dommages et intérêts en cas de préjudice. C'est ce que fit M. Benjamin et le juge les lui accorda dans un 2<sup>nd</sup> Arrêt du 3 Avril 1936. L'autorité de Police a vu engagé sa responsabilité pour faute lourde. Il existe aujourd'hui d'autres moyens au

profit du juge qui en matière de protection des libertés publiques est mieux armée que dans d'autres contentieux.

### **A) Le référé**

Sauf exceptions et par exemple les recours contre les décisions du préfet de reconduire les étrangers en situation irrégulière à la frontière, les recours devant les juridictions administratives n'ont **pas d'effets suspensifs**. En vertu **du privilège du préalable**, les décisions administratives **sont exécutoires** (CE-2 juillet 1982 Huglo). Cette règle de non suspension présente un inconvénient majeur car lorsque le juge annule une mesure de police sur le fondement d'un REP, le jugement a lieu avec un décalage de plusieurs mois, ce qui peut aboutir à une décision purement théorique. Par exemple dans l'affaire Benjamin lorsque le juge annule l'interdiction de la réunion, celle-ci n'a pas eu lieu et ne pourra plus avoir lieu.

Les textes permettent aujourd'hui au CE, au Cours administratives d'appels et aux TA de prononcer la suspension de la décision administrative. Dans l'arrêt Benjamin, le juge aurait pu prononcer la suspension de l'interdiction. A l'origine on parlait du **sursis à exécution**, il était d'origine jurisprudentielle (CE-12 novembre 1938 Société des moteurs d'avion). La loi du 30 juin 2000 codifié dans le code de justice administrative comprend un livre V consacré au référé. **Désormais il existe un juge des référés dans chaque juridiction administrative** (Il s'agit de quelqu'un qui est désigné au sein de la juridiction). **Le juge des référés a pour mission générale de prononcer des mesures qui présentent un caractère provisoire dans les meilleurs délais.**

En matière de mesure de police administrative, on note 2 référés intéressants :

1. Le **référé suspension** : Celui-ci **remplace le sursis à exécution** et est contenu à l'art L521-1 du code de justice administrative. Il assoupli les conditions de fonds qui résultaient de l'arrêt Société des moteurs d'avions :

- Au paravent, le sursis à exécution ne pouvait être obtenu que si les moyens évoqués par le requérant était **sérieux et de nature à justifier l'annulation**. Désormais, il faut faire état **d'un moyen**

**propre à créer un doute sérieux** quant à la légalité de l'acte (assouplissement).

- Il fallait que l'exécution de l'acte entraîne pour le requérant des conséquences difficilement réparables. Aujourd'hui il suffit que l'urgence justifie l'intervention du juge des référés.

2. Le **référé liberté** : Il est contenu dans l'art L521-2 et prévoit que le juge des référés puisse ordonner toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public, ou une personne privée gérant une SP aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale en exerçant un de ses pouvoirs. Il doit prononcer dans un délai de 48h et le ministère d'avocats n'est pas nécessaire.

## **B) Le JA peut il adresser des injonctions à l'administration**

### **1) Le principe de l'interdiction des injonctions.**

D'après un arrêt Elissonde du 4 Février 1976, il n'entre pas dans les pouvoirs du JA d'adresser des injonctions à une autorité administrative. Le juge s'interdit de prononcer des injonctions **lorsque c'est l'objet même du recours juridictionnel.**

Cette interdiction provoque l'irrecevabilité de la demande par laquelle le requérant tend à faire ordonner son inscription dans un établissement d'enseignement, sa réintégration dans un logement de fonction, le rétablissement de sa ligne téléphonique...

**Le juge justifie son refus de prononcer des injonctions par le principe de la séparation des pouvoirs.**

### **2) La dérogation au principe : Les injonctions en vue de l'exécution de la chose jugée**

C'est une loi du 8 février 1995 qui organise le pouvoir de prononcer des injonctions pour l'exécution de la chose jugée. **Il en résulte qu'il faut une demande spécifique de la part du justiciable pour que l'injonction soit prononcée.** D'autre part la loi définit les 2 cas dans lesquels la juridiction pourra dans le jugement qu'elle rend, prononcer l'injonction.

Le 1<sup>er</sup> cas est celui où l'administration en présence de la chose jugée n'a pas d'autres choix que de prendre telle décision.

Le 2<sup>ND</sup> cas est celui où le jugement implique qu'une autre décision soit prise après une nouvelle instruction. (Ex : l'obtention d'un titre de séjour)

Il résulte de ces développements, que le JA dispose aujourd'hui de moyens importants pour faire respecter les libertés publiques à l'administration mais l'émergence du JA et la faiblesse de ses moyens initiaux ont conduit dans certains hypothèses à le dessaisir au profit du JJ = voie de fait.

### **III - Le dessaisissement du JA : la voie de fait**

Dans certains cas, cette compétence du JJ est prévue par les textes (ex : art 66 de la constitution de 58 place la liberté individuelle sous la protection du JJ. Même lorsque ces textes ne s'appliquent pas, la compétence du JJ est retenue par le JJ lui-même ).

L'origine de la jurisprudence tient dans la méfiance qu'à inspiré le JA et dans ses moyens juridictionnelles limités. Aujourd'hui, même si l'impartialité du JA est incontestable et si ses moyens juridictionnels ont largement été améliorés, la compétence est devenue traditionnelle.

Le JJ est compétent en cas de voie de fait : Il y a voie de fait lorsque au cours d'une opération matérielle d'exécution, l'administration commet une irrégularité grossière et insusceptible de se rattacher à un de ses pouvoirs légaux portant atteinte à la propriété privée ou à d'autres droits fondamentaux. On a vu que l'arrêt Benjamin exige que la mesure de police soit proportionnée au but à atteindre. Lorsque la mesure de police excède de façon importante les nécessités du maintien de l'ordre en portant atteinte à une liberté fondamentale, il y a voie de fait. C'est le cas dans l'arrêt du TC-8 Avril 1935 Action Française ; en effet au lendemain des émeutes de 1934, le préfet de police fait saisir préventivement à Paris et dans tout le département de la Seine, le journal « L'Action Française » pour en empêcher la diffusion. Le journal intente une action judiciaire contre le préfet et le TC va déclarer effectivement le JJ compétent pour connaître de cette mesure de police, car elle est constitutive d'une voie de fait. En l'espèce, la voie de fait est constituée par l'exécution d'une mesure de saisie, injustifiée, compte tenu

de son champs d'application territorial et de l'atteinte très grave portée à la liberté de la presse. L'arrêt indique que les émeutes dans Paris pouvait justifier la saisie du journal mais pas dans cette dimension là. Le préfet pratique ainsi une saisie préventive et irrégulière qui par son ampleur et sa gravité est impossible à rattacher à un pouvoir légal de l'administration. D'après cet arrêt, il existe 4 éléments constitutifs de la voie de fait :

- o Il faut l'existence d'une décision imputable à un agent de l'administration
- o Il faut une exécution matérielle de la décision
- o L'irrégularité de l'opération doit être grave et manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir reconnu à l'administration. (On distingue la voie de fait par manque de droits, c'est l'hypothèse où c'est la décision administrative elle-même qui est illégale. La voie de fait par manque de procédure ou c'est l'exécution de la décision qui est irrégulière ou une combinaison des 2 comme c'est le cas dans l'arrêt Action Française.)

Il faut noter que les circonstances exceptionnelles peuvent atténuer la gravité de la violation à une liberté individuelle [TC- 27 Mars 1952 Dame de Murette]

- L'opération matérielle d'exécution doit porter atteinte à une liberté fondamentale ou à la propriété privée.

En cas de voie de fait, le JJ possède de larges pouvoirs puisqu'il constate lui-même la voie de fait, il peut en réparer les dommages et il peut la faire cesser en prononçant des injonctions et des astreintes.

Ses pouvoirs du JJ sont justifiés de 2 façons ; d'une part on fait valoir que l'acte constituant la voie de fait dénature l'activité de l'administration, celle-ci peut être considérée comme un simple particulier et elle relève du JJ. D'autre part, on considère que la voie de fait est inadmissible et la compétence du JJ est une sanction, l'administration est déchue de son privilège de juridiction et de son privilège de ne pas recevoir des ordres.

### **Section 3 : Les Autorités compétente pour prendre les mesures de PAG.**

Si on laisse les autorités de police spéciale, il existe 2 autorités qui ont un pouvoir de police général qui est prévu **au code des collectivités territoriales**, il s'agit du maire et du préfet (**représentant de l'Etat dans le département**). Ce sont des autorités de police locale. Au plan national, le chef de l'Etat et le chef du gouvernement **n'ont pas de pouvoir de PAG qu'ils tiennent des textes.**

## §1) Les autorités locales détenant le pouvoir administratif général

### **I) Le Maire**

D'après le code général des collectivités territoriales, le maire est chargé sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'Etat qui y sont relatifs.

**Ainsi la Police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique.**

Sur le problème particulier de la circulation, le maire est compétent pour prendre au nom de la commune les mesures de police applicables sur les voies communales mais aussi sur les portions de route départementale et nationale situées dans l'agglomération.

### **II) Le préfet**

Le préfet dispose de 2 compétences de Police administrative générale différente : l'une au titre du département et l'autre au titre de la commune.

Depuis les réformes de la décentralisation de l'Etat, la police administrative générale dans le département est répartie entre 2 autorités : **le président du CG et le préfet.**

Le président du CG a des pouvoirs assez restreints : circulation sur le domaine du département et il a des pouvoirs de police dans les ports maritimes départementaux. **Le préfet reste donc l'autorité de police la plus importante dans le département avec des pouvoirs qu'il exerce au nom de l'Etat. Il est compétent quant au maintien de l'ordre public dans le département.**

Dans les communes ou **la police est étatisée** les pouvoirs du préfet sont accru. Il s'agit de tous les chefs lieux de départements et les communes de + de 20 000 habitants (2600 communes en France). Les personnels de police dans ce cas la sont intégrés à la police nationale et deviennent des fonctionnaires de l'Etat. Les pouvoirs du maire sont transférés au préfet qui agit au nom de l'Etat concernant les mesures de tranquillité publique, notamment tous les grands rassemblements occasionnels.

Quelque soit la police de la commune, le préfet peut toujours agir dans 2 hypothèses :

- En cas de défaillance du maire
- En cas de menace à l'ordre public dans 2 ou plusieurs limitrophes.  
(ex : cas de salubrité d'un cours d'eau)

## § 2) Les autorités nationales

**Ces autorités (1<sup>er</sup> ministre, chef de l'Etat, ministres) ne détiennent pas ses pouvoirs des textes. Cela n'est pas étonnant pour les ministres puisqu'ils n'ont pas de pouvoir de PAG.** En revanche cela peut paraître plus étonnant pour le chef du gouvernement et le chef de l'Etat puisqu'il est des cas ou **une réglementation de police doit s'imposer sur l'ensemble du territoire national.** C'est la jurisprudence Labonne du 8 Aout 1919 qui comble cette lacune et l'arrêt du 13 Mai 1960 Restaurant Nicolas concernant la lutte contre les maladies animales.

### I) La Jurisprudence Labonne

Dans cet arrêt le CE indique qu'il appartient au chef de l'Etat, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres de déterminer les mesures de police qui doivent s'appliquer à l'ensemble du territoire. Cette jurisprudence s'inscrit dans le contexte de la 3<sup>e</sup> république ou c'est le chef de l'Etat qui a le pouvoir réglementaire. Il peut instituer sur l'ensemble du territoire un certificat de capacité pour la conduite des automobiles et prévoir les conditions de son retrait. M. Labonne n'est pas fondé à soulever l'incompétence du chef de l'Etat.

### II) La Jurisprudence Restaurant Nicolas

C'est un décret qui organise un dispositif permanent de contrôle du commerce du gibier et de prévention de l'apparition de maladies affectant les animaux sauvages.

Cet arrêt tire du point de vu du titulaire du pouvoir de police, les conséquences de la 4<sup>e</sup> république puisque la constitution de 46 transfère au **président du conseil des ministres** le pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Ces principes restent valables sous la 5<sup>e</sup> république ou s'est désormais le 1<sup>er</sup> ministre qui est compétent au niveau national pour prendre les mesure de PAG (CE-2Mai 1973 Association culturelle des Israélites Nord Africains).

### §3) Concurrence des autorités nationales et locales investis des pouvoirs de PAG

Comment combiner différents règlements de Police sur une matière donnée lorsque plusieurs autorités peuvent agir. Un arrêt du 18 Avril **1902 Commune de Nérès les Bains** qui pose les principes généraux. Dans cette affaire, le préfet de L'allier dans lequel se situe plusieurs villes thermales avait par arrêté, **interdit les jeux d'argent dans tous les lieux** publics en réservant une dérogation pour ces villes thermales. 8 ans plus tard le maire de Nérès les Bains reprend la même interdiction en excluant la dérogation dans sa commune. Le préfet poursuit alors l'annulation de l'arrêté municipale. Le CE précise qu'en matière de PAG, **la compétence du préfet au niveau du département ne fait pas obstacle à l'exercice par le maire de sa propre compétence** de police sur le territoire de la commune.

**Le maire et le préfet peuvent donc réglementé la même matière**, et d'ailleurs l'Arrêt Labonne autorise aussi le chef de l'Etat à réglementer lui aussi sur la même matière.

Comment concilier les compétences de Police concurrente et la hiérarchie des actes administratifs puisque le maire de Nérès les Bains, en interdisant les dérogations préfectorales va à l'encontre d'un acte en principe supérieur.

=> L'autorité de police inférieure (le maire par rapport au préfet et au 1<sup>er</sup> ministre) **peut aggraver** dans sa commune ou son département les prescriptions édictées par l'autorité de police supérieure. Ce principe est

d'ailleurs codifier dans le code de la route qui prévoit que le préfet ou le maire peuvent prendre dans la commune ou le département dans l'intérêt de l'ordre public, **des mesures plus rigoureuses** que celle du code.

## Partie 2 : Le contrôle de l'action administrative

### Il en existe 2 types :

- Le contrôle par l'administration elle-même qui a pour avantage d'être rapide mais est partial
- Le contrôle par le juge qui présente les caractéristiques inverses : il va être long et impartial

#### A) Le contrôle par l'administration elle-même

Ce contrôle peut être exercé selon 2 modalités : il peut être **exercé d'office** par l'administration (par exemple le supérieur hiérarchique se rend compte que son subordonné a émis un acte illégal et il l'annule) [ministre sur préfet] mais aussi sur **saisine d'un administré** c'est le recours administratif.

#### 1) Typologie des recours administratifs

- **Le recours gracieux** est le recours qui s'adresse à l'auteur de l'acte ou de l'agissement contesté.
- **Le recours hiérarchique** est porté devant le supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte.

#### 2) Le régime juridique des recours administratifs

##### a) L'opposition entre recours administratif et recours juridictionnel

- Il y a donc une différence concernant les autorités compétentes. Le recours administratif est porté devant une autorité administrative **et concerne un acte juridique ou un acte matériel de l'administration**. A l'inverse, le recours juridictionnel est porté devant un juge et **il concerne toujours un acte juridique**.
- Il y a une différence dans la procédure : S'agissant d'un recours administratif, il n'existe aucune condition de forme ou de délai pour

présenter sa demande. De son côté l'administration dans l'examen du recours n'est soumise à aucune condition de forme ou de procédure. A l'inverse le recours contentieux impose à l'administré de respecter un certain nombre de conditions de délais et de procédure **sous peine d'irrecevabilité** du recours par le juge. **De son côté le juge lorsqu'il examine la requête, est lié par un certain nombre de règles de procédure notamment les règles du principe du contradictoire.**

- Différence concernant les moyens (arguments juridiques) : un recours administratif devant l'administration peut être fondé sur n'importe quel type de moyens (juridique, équité, opportunité). En revanche un recours juridictionnel est exclusivement fondé sur des moyens juridiques.
- Différence concernant les pouvoirs de l'autorité saisie : Dans le cadre d'un recours administratif, l'autorité administrative a de larges pouvoirs. D'abord elle peut garder le silence, l'abstention de l'administration est légale, elle peut aussi rejeter le recours, modifier l'acte attaqué et faire disparaître l'acte totalement. Le juge a quant à lui l'obligation de statuer à défaut il commet un déni de justice. En principe il ne peut faire que 3 choses : rejeter le recours ou bien annuler l'acte ou encore accorder des D&I. En principe, le juge n'a pas de pouvoir de reformulation de l'acte contrairement à l'administration.
- Différence concernant la nature de la décision à rendre : l'autorité administrative saisie par un recours administratif rend une autre décision administrative. C'est l'autorité de **chose décidée**. En revanche le juge saisie d'un recours juridictionnel, rend une décision de justice qui a autorité de **chose jugée** (vérité légale).

## **b) Les rapports entre recours administratif et recours juridictionnel**

- Dans certaines hypothèses, la règle de droit telle qu'elle soit imposée à l'administré de faire un recours administratif avant de faire un recours juridictionnel (de plus en plus souvent). => **Afin de donner une chance à la conciliation**

- Le fait d'intenter un recours administratif prolonge (proroge) dans certains cas les délais de recours juridictionnel (recours contentieux).

## B) Le recours par le juge

Les litiges dans lesquels l'administration est partie, peuvent être soumis au juge, mais quel juge ? A priori ce n'est pas le juge constitutionnel puisqu'on sait qu'il n'est compétent que s'agissant des lois, des traités ou des règlements des assemblées, donc il peut s'agir du **JA** ou du **JJ**

Ils sont tous les 2 susceptibles d'intervenir, c'est une particularité Française que l'on appelle la **dualité de juridiction**. Elle est d'origine historique.

### 1) L'origine de la dualité de juridiction

*Comment a émergé le JA en France?*

#### a) La période révolutionnaire : l'administration-juge

A l'issue des états généraux (noblesse, clergé, tiers états) réunis par Louis XVI, l'assemblée constituante entend réagir aux abus des parlements de l'époque c'est-à-dire les tribunaux. Or ceux-ci s'immisçaient dans les affaires de l'administration.

La constituante est saisie de 2 propositions qu'elle va rejeter :

**- elle renonce à confier le contentieux où l'administration est partie aux tribunaux puisqu'elle ne leur fait pas confiance.**

- elle refuse de créer des tribunaux spéciaux pour ce contentieux en raison des mauvais souvenirs laissés par les tribunaux d'exception créés pour certains crimes et délits.

□ Il en résulte donc un vide juridique il n'y a aucun juge pour juger les affaires de l'administration. On imagine alors le système le plus simple : **C'est l'administration elle-même qui a le soin de juger ses propres litiges** : système de l'administration-juge (problème d'impartialité).

La défiance des révolutionnaires à l'égard des tribunaux de l'époque est telle que la loi sur l'organisation judiciaire des 13-24 août 1790 prévoit

que « **les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives.** Les juges ne pourront à peine de forfaiture (trahison) troubler de quelque façon que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administratifs pour raison de leur fonction ». **C'est le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.**

Dans le système le l'administration-juge, les directoires de départements et de districts jugent les affaires locales et les autres remontent directement au conseil de ministres.

### b) Les réformes de l'an 8 : la justice retenue

L'an 8 va amorcer la conséquence naturelle du principe de séparation des autorités en instituant les prémices des juridictions administratives. Un conseil d'état est créé par la constitution du 22 frimaire an 8 (15 décembre 1799) et dans chaque département, les conseils de préfecture sont instaurés par la loi du 28 pluviôse an 8 (avril 1800). Ces institutions sont très liées à l'administration active, elles portent bien leur nom de conseil puisqu'elles **proposent des avis** qui doivent être entérinés par l'administration. **On parle de justice retenue.** Dans ce système de justice retenue, les ministres sont des juges de premier ressort du contentieux administratif et les arrêts rendus par le C.E doivent être approuvés par le gouvernement.

### c) Loi du 24 mai 1872 : la justice déléguée

Cette loi reconnaît officiellement au C.E le pouvoir de juger lui-même définitivement les affaires qu'il connaît sans que ses arrêts soient soumis à approbation du chef de l'état. Le C.E statue souverainement et ses arrêts sont rendus par la république française au nom du peuple français et à cette époque, le C.E est juge de 1<sup>er</sup> ressort de droit commun. Cette loi crée aussi le tribunal des conflits dont l'existence s'impose du fait de la dualité de juridiction. Cette instance intervient lorsqu'un conflit de compétence surgit entre le JA ou le JJ soit que les 2 juges se reconnaissent compétents (conflit positif) soit qu'aucun des 2 ne se reconnaisse compétent (conflit négatif).

Le TC est composé paritairement et en nombre égal de membres du C.E et de la cour de cassation et il est présidé par le garde des sceaux

(exécutif / impartialité ? ). A cette époque reste à mentionner un arrêt important du **TC 8 février 1873 BLANCO** qui reconnaît de façon expresse que **l'administration est soumise à un droit particulier**, différent de celui du code civil et qui est donc **le droit administratif** => Achèvement de la dualité du système.

- d) **La modernisation de l'organisation juridictionnelle administrative.**  
(désengorgement de la juridiction administrative)
- Le **décret loi du 30 septembre 1953** : son objet est de remplacer les anciens conseils de préfecture par des TA interdépartementaux qui deviennent juge du 1<sup>er</sup> ressort de droit commun du contentieux administratif. (ex : exception => décret ministérielle direct devant le CE)
  - La **loi du 30 décembre 1987** : son objet est de créer des CAA (aujourd'hui il y en a 8) qui entreront en vigueur les 1<sup>er</sup> janvier 1989 parce que l'encombrement du C.E reste encore trop grand. Progressivement l'appel du jugement des TA passe devant les CAA et le C.E passe en juge de cassation.

Désormais, classiquement pour un litige administratif, le TA est compétent en 1<sup>er</sup> ressort, l'appel est fait devant la CAA et la cassation est portée devant le C.E. (ex : exception pour aller plus vite => litige élection => TA ++> CE direct)

## 2) L'appréciation de la dualité de juridiction

Malgré les termes formels des textes de l'époque révolutionnaire interdisant au JJ de connaître des litiges de l'administration et malgré l'apparition du JA, le JJ s'est toujours reconnu une compétence en matière administrative. Dès le départ, la séparation des autorités est appréciée de **façon souple** et il en résulte qu'une part du contentieux de l'administration revient au JJ ce qui rend difficile la répartition des compétences (ex : la voie de fait), d'où l'intervention accrue du TC.

Toutefois il existe des avantages à l'existence de la dualité de juridiction :

- un avantage technique puisque l'administration a une fonction particulière, on peut trouver une vertu à lui appliquer un droit particulier, il est donc logique qu'un juge soit spécialisé dans ce droit là et dans

certaines hypothèses, le JA développe des outils que ne connaît pas le JJ (ex : contrôle de proportionnalité des mesures de police).

Face à un litige où l'administration est partie, la 1<sup>ère</sup> question à se poser est celle de la compétence. Ensuite lorsqu'on a déterminé que le litige est administratif, la 2<sup>ème</sup> question est celle des recours juridictionnels devant le JA.

## **Chapitre 1 : La compétence contentieuse du JA**

Tout serait très simple si le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires avait été strictement respecté dès sa proclamation. Le contentieux de l'administration recouvrerait parfaitement le contentieux administratif. Tel n'est pas le cas, le principe de séparation des autorités n'est pas étanche de telle sorte que tous les litiges où l'administration est partie sont loin de revenir au seul juge administratif. Pour déterminer la compétence du JA, on peut dire que le JA ne peut connaître que des litiges concernant l'administration française mais le JA ne connaît pas de tous les litiges où l'administration est partie.

### **Section 1 : Le JA ne peut connaître que des litiges concernant l'administration française.**

Il s'agit d'exclure les litiges ne concernant pas l'administration française. On peut exclure :

- **Les actes législatifs : le JA ne contrôle pas la constitutionnalité** des lois en revanche, il procède à leur interprétation, il en vérifie l'existence et depuis ***l'arrêt NICOLO du 20 octobre 1989***, il en vérifie la conventionnalité.
- **Les actes parlementaires** : actes qui émanent du parlement mais qui ne sont pas des lois par exemple les règlements des assemblées et les résolutions. (CC contrôle les règlements d'assemblée)
- **Les actes de gouvernement : actes pris par l'administration mais dans sa fonction gouvernementale**, ce qui explique qu'ils échappent au juge administratif. Ces actes sont classés en 2 catégories : les actes relatifs aux relations entre les **pouvoirs publics** (décret de dissolution de l'A.N) **ou les actes de**

## **gouvernement relatifs aux relations internationales**

(décisions relatives à la négociation d'un traité). Le JA se déclare incompétent pour connaître de tels actes.

- Il est une hypothèse ou le président de la république agit en tant qu'autorité étrangère : il est coprince d'Andorre.

## **Section 2 : Le JA ne connaît pas de tous les litiges concernant l'administration française**

Il s'agit donc de procéder à une double délimitation :

- On va déterminer au sein des litiges où l'administration est partie, ceux qui en application de la clause générale de compétence, appartiennent au JA.
- Ensuite on va déterminer au sein des litiges administratifs, ceux qui par exception repartent à la compétence du JJ.

### **I. La clause générale de compétence**

#### **§1) Evolution historique de la clause générale de compétence**

2 critères ont été retenus successivement utilisés pour donner un contenu à la clause de compétence :

- Critère d'actes de puissance publique
- Critère de service public

#### **A) Le critère des actes de puissance publique**

Développé par HAURIUO au 19<sup>ème</sup> siècle, ce critère repose sur la distinction entre les 2 formes principales d'activité de l'administration. Lorsque l'administration met en œuvre un acte de puissance publique, qu'elle agit par voie de commandement ou par voie d'autorité ou encore qu'elle met en avant sa qualité exorbitante de personne de droit public, seul le JA peut la juger. En revanche pour ses actes de gestion, lorsqu'elle ne revendique aucune prérogative de personne publique, qu'elle agit comme un particulier, alors le JJ redevient compétent.

Ce critère va être abandonné dès l'arrêt **BLANCO du 8 février 1873** : une fillette est blessée par un petit wagon qu'utilisaient des ouvriers employés par une manufacture de tabac appartenant à l'Etat. Dans la mesure où le dommage avait été causé par une activité de gestion, le contentieux aurait dû relever du JJ pourtant le TC attribue la compétence au JA et va même recommander l'application de règles spéciales de responsabilité. Dès 1873, le critère de la puissance publique est insuffisant.

## B) Le critère du SP

Le contenu de ce critère est précisé à l'occasion de l'**arrêt TERRIER C.E 6 février 1903** « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des SP soit que l'administration agisse par voie d'autorité soit qu'elle agisse par voie de gestion, constitue une opération qui est par nature du domaine de la juridiction administrative ». La remise en cause du critère du SP par la multiplication des exceptions puisque dans des cas de plus en plus nombreux, le juge va admettre que des litiges concernant un SP ne relèvent pas nécessairement de la compétence du JA. Dans l'**arrêt du 31 juillet 1912 société des granites porphyroïdes des Vosges**, il est précisé que l'administration pour l'exécution de sa mission de SP peut passer des contrats administratifs relevant du JA mais qu'elle peut aussi passer des contrats administratifs en raison des clauses exorbitantes de droit commun qu'ils contiennent. De la même manière, dans l'**arrêt TC Bac Eloka du 22 janvier 1921**, le TC va affirmer que certains SP sont industriels et commerciaux et en raison de cela même ils doivent fonctionner sous un régime de droit privé et le juge compétent en principe est le JJ.

## 2 La crise contemporaine de la clause générale de compétence.

La doctrine est divisée sur la manière dont les litiges sont répartis entre les 2 ordres de juridictions. Pour certains auteurs dont Chapus, il n'existe même pas de clause générale de compétence. Lui pense en effet que la répartition des compétences est empirique et il existe seulement un catalogue de solutions jurisprudentielles. Pour d'autres auteurs, cette clause existe. Pour certains c'est le SP, pour d'autres c'est la prérogative de puissance publique, enfin pour André de Laubadère, la clause générale

de compétence est une association des 2 critères. Pour lui il existe un critère liminaire, celui du SP, puis un critère réducteur qui est celui de la gestion de ce SP et enfin un critère supplémentaire, celui du droit applicable aux litiges.

### a) Un critère liminaire : le critère du SP

Il s'agit du premier critère nécessaire. Les activités de l'administration sont classées en 2 catégories. La 1ere sont les activités similaires à celles des entreprises privées, elles ne sont pas exercées dans un but à proprement parlé d'intérêt général mais dans un but patrimonial, par exemple la gestion du domaine privé de l'administration. Les autres activités sont des activités de SP exercé dans un but d'intérêt général.

Le jeu du critère du SP est donc le suivant : Lorsque le litige attrait à l'activité privée de l'administration, alors le litige relève du JJ [hors cadre]. Si le litige concerne une activité de SP, il relèvera soit de la compétence du JJ, soit du JA en fonction du jeu des critères suivants [dans le cadre]. Autrement dit le critère du SP est une condition nécessaire à la compétence du JA, ce n'est pas une condition suffisante.

### b) Le critère réducteur

Les activités de SP peuvent être gérées de 2 manières :

- Elles peuvent être soumises à une gestion privée. Le terme renvoi au fait que dans ce **cas l'administration ne se situe pas dans une position exorbitante de droit commun, elle se soumet à des rapports de droit privé.**
- Les activités de SP peuvent être soumises à une gestion publique. La l'administration se situe comme une personne publique **en ayant un comportement exorbitant du droit commun.**

Le jeu du critère gestion publique, gestion privée est le suivant : Si le litige attrait à la gestion privée du SP, il relève de la compétence du JJ, s'il attrait à la gestion publique du SP, il relève de la compétence du JA.

### c) Le critère supplémentaire : le droit applicable à la solution du litige

En principe un SP à gestion publique est soumis au droit public. A l'inverse, un SP à gestion privée est soumis au droit privé. Le critère supplémentaire confirme en principe les 2 précédents.

Cependant il existe des exceptions où ce critère joue de façon autonome. **C'est le cas lorsqu'un litige met en jeu des rapports de droit privé alors que l'on se situe dans le cadre d'un SP à gestion publique.** C'est le cas des services de sécurité sociale et des litiges auxquels ils donnent naissance. **Les caisses de sécurité sociale sont des personnes privées mais qui gère un SPA, donc à gestion publique. Pourtant ces services, ont un objet de droit privé puisque leur activité concerne les rapports de droit privé entre les caisses, les employeurs et les salariés.** Par conséquent, par application du critère du droit applicable qui joue de façon autonome, le contentieux de ces services dépend du JJ [CE-5 février 1954 El Hamidia]. A noter que la compétence du JJ n'est pas absolue, puisque les litiges concernant les actes réglementaires des caisses relève du JA.

### III - Les exceptions à la clause générale de compétence

#### §1) Les exceptions jurisprudentielles à la clause générale de compétence

- a) La compétence du JJ en matière de litiges concernant le SP de la justice judiciaire (Juridiction Judiciaire => CC/CA/TGI.)

**A l'évidence le SP de la justice judiciaire est une SP de nature administrative soumis à une gestion publique.** En toute logique, le JA devrait être compétent concernant ces litiges. Pourtant la jurisprudence a dégagé une clause spéciale de compétence fondée sur l'idée que les 2 ordres de juridiction sont égaux et que donc le JA ne serait contrôler l'activité du JJ.

Les modalités de répartitions des compétences ont été établies par un arrêt du tribunal des Conflits du 27 Novembre 1952 Préfet de la Guyane. D'après cet arrêt, **le JJ n'est pas compétent pour connaître l'ensemble des litiges de la juridiction judiciaire.**

Il faut distinguer selon que le litige attrait à **l'organisation du SP ou au fonctionnement du SP.**

Si le litige attrait à **l'organisation** du SP de la Justice judiciaire, c'est le JA qui est compétent. Par exemple la détermination du nombre de tribunaux, leurs répartitions sur le territoire ou le statut des magistrats du parquet. En revanche, les litiges concernant **le fonctionnement du SP** de la justice judiciaire, relève du JJ. Par exemple les mesures préparatoires à une procédure juridictionnelle, ou les mesures d'exécution des jugements, et certaines décisions du juge d'application des peines.

b) La compétence du JJ pour les litiges concernant l'Etat des personnes et la protection de leurs droits fondamentaux.

- **Le Juge judiciaire gardien de l'Etat des personnes** : Le JJ est compétent concernant le nom des personnes, le titre de noblesse, le domicile, l'Etat civil ou la nationalité.
- **Le Juge judiciaire gardien des droits fondamentaux des individus** : Cette clause spéciale jurisprudentielle tient son origine dans la double méfiance qu'à inspiré le JA. On a craint sa partialité du fait de sa proximité avec l'administration et on a craint son manque de moyens juridictionnelles tant pour prendre des décisions que pour les faire exécuter. Cette compétence judiciaire était donc « naturelle » dans des domaines sensibles comme la protection des droits fondamentaux. Aujourd'hui le JA est totalement indépendant et ses moyens juridictionnels sont importants mais la compétence du JJ est devenu traditionnel et n'est plus remise en cause et à même été constitutionnalisés dans l'art 66 de la constitution qui dit que le JJ est garant des libertés individuelles.

=> Le JJ est ainsi compétent en cas d'emprise et de voie de fait. La théorie de l'emprise est comprise dans 2 arrêts du TC du 17 Mars 1949 Société Hôtel du vieux beffroi et Société Rivoli Sebastopol. L'emprise est une dépossession de la propriété privée immobilière. On distingue traditionnellement l'emprise régulière et irrégulière.

- L'emprise est régulière lorsque la dépossession est prévu par un texte et qu'elle est réalisé conformément à ce texte (ex : L'expropriation pour cause d'utilité publique). Ici le JJ n'est compétent que si un texte le prévoit expressément, et il ne peut

accorder que des Dommages et intérêts et doit respecter les modalités de réparation.

- L'emprise est irrégulière lorsque aucun texte ne l'a prévu ou que le texte n'a pas été respecté (ex : expropriation ne respectant pas le code de l'expropriation.) Dans ce cas, il est compétent même si un texte prévoyait celle du JA mais il ne pourra que réparer les dommages **sans prononcer d'injonctions** et sans pouvoir qualifier l'emprise d'irrégulière.

**Il y a voie de fait, lorsqu'au cours d'une opération matérielle d'exécution, l'administration commet une irrégularité grossière portant atteinte à la propriété privée ou à d'autres droits fondamentaux.** On distingue entre la voie de fait par manque de droit, c'est l'acte juridique qui est grossièrement illégal et la voie de fait par manque de procédure, c'est l'opération d'exécution qui est grossièrement illégal. En cas de voie de fait, le JJ possède de large pouvoir (il constate la voie fait, il en répare les dommages, il peut la faire cesser en adressant des injonctions assorties d'astreintes)

### **c) La compétence du JJ en matière de litige soulevé à titre incident devant lui et concernant le sens ou la validité d'une décision administrative.**

Evidemment, le JJ lorsqu'il est saisi doit appliquer les décisions administratives. En revanche il ne peut pas être saisi d'une action tendant à obtenir l'interprétation d'une décision administrative ou tendant à l'appréciation de la légalité d'une décision administrative puisque le JA est compétent dans ces hypothèses.

□ Que se passe t-il en revanche lorsque la question de l'interprétation ou de la légalité d'un acte administratif se pose au JJ de façon incidente ?

Par exemple, au cours d'un procès entre particulier devant le JJ, l'une des 2 parties soutient que tel décision administrative qu'invoque l'autre partie est illégale.

La question est ici incidente, accessoire (pas l'objet même du litige), mais le sort du litige peut en dépendre. Or cette question relève en principe de la compétence du JA. Celui-ci doit il être saisi ou le JJ peut il répondre ? En

faveur de la saisine du **JA**, plaide le principe de la clause générale de compétence, en faveur de la compétence du **JJ** plaide le principe procédural selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception.

L'Etat du droit distingue selon que la question incident est soulevée devant le juge civil, ou le juge pénal :

Devant le Juge civil [CE-16 Juin 1923 Septfonds] : **Le juge civil peut interpréter les actes réglementaires mais pas les actes individuels.** S'agissant de l'appréciation de légalité, le juge civil est toujours incompetent, il doit sursoir.

Devant le Juge pénal : l'art L111-5 du code pénal prévoit que le juge pénal est compétent pour interpréter et apprécier la légalité des actes individuels et réglementaires.

## §2) Les exceptions législatives à la clause général de compétence.

Il peut arriver qu'un litige relevant normalement du JJ soit confié par la loi au JA. Par exemple, la loi du 28 pluviôse An 8 confie aux conseils de préfecture les litiges relatifs aux ventes d'immeubles de l'Etat. Le plus souvent au contraire, la loi confie au JJ des litiges qui devrait normalement revenir au JA. La Principale raison tient dans la volonté d'unifier le contentieux.

Ces lois interviennent dans 3 domaines principaux :

- **Le domaine de la responsabilité extra contractuelle :**
  - La loi du 5 Avril 1937 attribue au JJ, la réparation des dommages subi ou causés par les élèves de l'enseignement publics suite à un défaut de surveillance d'un membre de l'enseignement public.
  - - La loi du 31 Décembre 1957 confie au JJ, les réparations des dommages causées par les automobiles même s'il s'agit de véhicule affecté à un SPA (Arrêt Mimeur n'aurait plus lieu, même si véhicule de l'armée)
- **Le domaine des élections administratives et politiques :**

Le CC est compétent en matière d'élection présidentielle, d'élection parlementaire, et pour votation référendaire. Le JA est compétent pour les élections européennes (CE), cantonales, régionales et municipales (TA □ CE). Le JJ est compétent pour ce qui concerne les élections au Prud'hommes, les élections aux organismes de gestion de sécurité sociale et celle aux tribunaux de commerce.

- Le domaine fiscal et parafiscal

Le contentieux des impôts directs (impôts sur le revenu, sur les sociétés) relève du JA. En revanche le contentieux des impôts indirects (TVA, droit de douane) relève du JJ.

=> Existe-t-il au profit du JA une réserve de compétence qui s'opposerait à ce que le législateur transfère tel ou tel contentieux au JJ ?

Si une telle réserve de compétence existe, elle est forcément de nature constitutionnelle.

### §3) Actualité de la répartition des compétences : la réserve de compétence constitutionnelle au profit du JA

Les exceptions législatives de la clause de compétence datent d'avant la constitution de 1958 et donc d'avant la création du CC. Depuis 58, si une loi transfère un contentieux au JJ, cette loi peut être déférée au CC qui examinera la constitutionnalité du transfert de compétence.

Cela revient à poser la question suivante : Le législateur peut-il librement confier à telles ou telles juridictions, tel ou tel contentieux, ou bien existe-t-il une règle de valeurs constitutionnelles qui l'en empêche.

Dans une décision du 23 janvier 1987 Conseil de la Concurrence, le conseil constitutionnel va reconnaître au législateur une marge de manœuvre très large si il veut modifier la répartition des compétences telle qu'elle existe, ou confier un nouveau contentieux à telle ou telle juridiction.

D'abord, le législateur peut confier librement au juge judiciaire tout litige qui n'est pas contenu dans la réserve de compétence constitutionnelle du juge administratif c'est-à-dire l'annulation et la réformation des décisions administratives autrement dit le REP. Ex : litiges concernant les contrats

administratifs on aurait un juge particulier, ou les litiges concernant la responsabilité publique.

Mais de plus il est également possible au législateur pour des raisons de bonne administration de la justice de déroger et de puiser dans cette réserve de compétence constitutionnelle. C'est le cas des décisions du conseil de la Concurrence qui sont des décisions administratives attaquables normalement par la voie du REP pourtant le conseil constitutionnel admet que le contentieux de ces décisions puissent être confié à la Cours d'Appel de Paris parce qu'au fond (matériellement) les décisions du conseil de la Concurrence traite du droit privé.

## Chapitre 2 : Les recours juridictionnels devant le JA

En fonction de la nature des prétentions, donc de ce que demande le requérant, les recours juridictionnels devant le JA sont classés en deux grandes catégories :

- le REP qui est un recours en annulation
- Le Recours de Pleine Juridiction (RPJ) ou de plein contentieux

Ces recours se différencient de deux points de vue :

□ **Il y a une différence selon la question posée au juge.**

Dans le REP, la question posée au juge par le requérant à exclusivement rapport avec la **légalité de la décision administrative**. Le requérant soutient que telle décision administrative viole la norme supérieure. En conséquence il demande au juge de l'annuler. **La question posée est une question de droit objectif.**

Dans le RPJ, la question posée par le requérant porte sur l'existence ou l'étendue d'une **situation juridique individuelle subjective à laquelle le requérant prétend**. Il s'agit là d'un contentieux subjectif (étendu d'un dommage par ex). **C'est un procès entre deux parties, l'administration et l'administré**, l'administré prétend avoir un droit que lui conteste l'administration. **Ce contentieux regroupe principalement le contentieux contractuel et celui de la responsabilité.**

□ Il existe une différence du point de vue de l'étendue du pouvoir du juge **Dans le REP, le juge se borne à examiner la légalité de l'acte**, par conséquent il annule l'acte ou pas. Dans RPJ, les pouvoirs du juge sont plus étendus. **Le juge constate l'existence et la portée des droits que le requérant prétend avoir mais ensuite il peut condamner l'administration à réaliser les droits du requérant ou à les rétablir.**

## SECTION 1 : Le recours pour excès de pouvoir

### 1 § Les caractères du REP

**Ce procès fait suite à un acte**, cela découle du caractère objectif du REP qui pose cette seule question :

*L'acte attaqué est-il légal ?*

Le requérant joue le rôle d'un ministère public poursuivant la répression d'une infraction, le requérant alors même qu'il pense agir pour la défense de son intérêt personnel agi en réalité pour la défense de la légalité.

Quant au juge s'il annule la décision illégale, ce n'est pour réparer le tort fait au requérant mais pour assurer le rétablissement de la légalité méconnue.

**C'est un recours d'utilité publique.** Puisque le REP a pour objet la sauvegarde de la légalité, la jurisprudence l'a déclaré possible sans qu'un texte le prévoie en vertu des **PGD**, Arrêt du 1<sup>er</sup> février 1950 Dame Lamotte. Le REP est en quelque sorte **le recours juridictionnel minimum** qui doit exister contre toute décision administrative. Le CC rappelle que toutes les décisions prises par les autorités administratives indépendantes s'accompagnent d'un REP. En outre, parce que le REP est un recours d'utilité publique il doit être facile à exercer. Cela signifie qu'en principe **il est dispensé du ministère d'avocats** et que les conditions de recevabilité du REP sont assez souples. Le caractère d'utilité public du REP devrait conduire à ce que ce recours soit exercé et jugé le plus rapidement possible. **Effectivement le REP doit être exercé dans les deux mois de la décision, en revanche les délais de jugement restent longs.**

**C'est un recours d'ordre public**, cela signifie trois choses :

- Il n'est pas possible de renoncer à l'exercice d'un REP. C'est renoncer à l'avance à cette possibilité.
- Le requérant ne peut pas renoncer au bénéfice de la chose jugée
- Le requérant peut toujours revenir sur son désistement.

### 2 § Les conditions de recevabilité du REP

Le JA regarde si :

D : Désistement

I : Incompétence

N : Non lieu à statuer

I : Irrecevabilité

F : Fond de l'affaire

#### I. Les conditions tenant au requérant

☐ **Le requérant doit avoir la capacité à agir en justice**

S'agissant des personnes physiques, la capacité est appréciée selon les conditions du Code Civil. Elles ont toute la capacité pour agir sauf les mineurs non émancipés et les majeurs sous sauvegarde de justice, c'est-à-dire les malades mentaux et les personnes condamnées à cette interdiction. Quant aux personnes morales, elles doivent avoir la personnalité juridique, les associations doivent donc être déclarées.

### ☐ **Le requérant doit avoir l'intérêt à agir**

C'est l'idée que toute personne n'est pas recevable à exercer un recours pour excès de pouvoir, il n'existe pas en contentieux administratif d'action populariste. Le requérant doit démontrer qu'il a un intérêt à agir contre l'acte attaqué. Le requérant doit démontrer qu'il a un intérêt lésé.

#### A. La défense de l'intérêt individuel

Le juge était à l'origine très restrictif, seules les personnes visées par l'acte lui-même pouvait faire un recours. Aujourd'hui peuvent faire un recours les personnes qui ne sont pas directement visées par l'acte, comme par exemple les propriétaires voisins qui peuvent faire un recours contre un permis de construire.

#### B. La défense de l'intérêt collectif

Il est possible pour un individu de défendre l'intérêt collectif, par exemple les contribuables ont un intérêt à agir contre les décisions ayant une répercussion financière sur la collectivité (ex : création de SP local).

Il est aussi possible pour des groupements, c'est-à-dire des associations ou des syndicats de défendre l'intérêt collectif, que ce soit contre les décisions atteignant directement le groupement (ex : syndicat a intérêt à agir contre une décision lui refusant une subvention). Ils peuvent agir aussi pour défendre les intérêts collectifs de leur membre.

## II. Les conditions tenant à la requête

### A. La forme

La requête, qui est l'acte de saisine du juge, doit présenter certaines formes. C'est l'article R411-1 et suivants du Code de Justice administrative.

☐ La requête doit être individuelle : en principe il doit y avoir un demandeur pour une requête.

☐ Le recours doit être écrit, rédigé en français, signé, comporter le nom et l'adresse du requérant. Le recours doit comporter l'exposé des faits, des moyens c'est-à-dire les arguments juridiques développés et les conclusions c'est-à-dire ce qu'on veut obtenir.

☐ Le recours doit être accompagné de la décision attaquée.

*Le recours doit-il être présenté par un avocat ?*

**Le REP est largement dispensé du ministère d'avocat. En revanche, le RPJ doit être présenté par un avocat et devant le conseil d'Etat le choix de l'avocat n'est pas libre.**

□ Le REP est en principe gratuit

### **B. Le recours doit être dirigé contre une décision préalable**

C'est une règle fondamentale codifiée par les règles de recours. La juridiction administrative ne peut être saisie que par la voie d'un recours formé contre une décision. Cette décision est soit spontanée, soit elle est provoquée par le requérant, par exemple une demande de D et I.

**Il existe une exception à cette règle, en matière de travaux publics où le juge peut être saisi directement.**

Evidemment la question se pose puisque la juridiction administrative ne peut être saisie que d'une décision de ce qu'il faut entendre par un acte décisoire. Les mesures d'ordre intérieur ne sont pas considérées comme des décisions donc le REP est irrecevable.

Rq : l'acte de gouvernement n'est pas examiné parce que le JA est incompétent, c'est la différence avec les M.O.I.

Les M.O.I. ne sont pas des actes décisores, les circulaires non impératives, les instructions, les directives, les avis, les recommandations, et les vœux. S'agissant des M.O.I, leur domaine a été réduit par les arrêts du 17 février 1995 Hardouin et Marie, par lesquels le CE a accepté d'examiner un recours contre une punition de cellule et contre un arrêt de rigueur.

**Sont des actes décisores, les actes qui modifient l'ordonnement juridique ou le maintiennent en état.** Les décisions administratives prennent une forme variable, elles peuvent être expresses ou implicites, verbales ou écrites et en principe le silence gardé de l'administration pendant plus de 2 mois sur une demande vaut rejet.

### **C. La requête doit être exercée dans un délai déterminé**

C'est l'article R411-1, la juridiction administrative ne peut être saisie que par la voie d'un **recours formé dans les deux mois à partir de la publication ou de la notification de la décision attaquée.**

Il existe des délais spéciaux qui sont supérieurs, en matière fiscale, ou bien inférieur, notamment en matière électorale.

Il existe aussi des recours recevables sans délai

- **La matière des travaux publics, puisque pas de décision.**
- La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration. Cette loi impose que les délais et voies de recours soient inscrits sur les décisions administratives. **Si**

**les délais et voies de recours ne sont pas inscrits, ils sont inopposables. La décision est donc attaquable sans délai.**

### § 3) Les cas d'ouverture du REP.

Les cas d'ouverture du REP ou moyens d'ouverture **sont les différentes catégories d'irrégularités que l'acte peut présenter**. On classe les moyens selon qu'ils sont relatifs à la **légalité externe** de l'acte ou selon qu'ils sont relatifs à la **légalité interne** de l'acte.

#### **I) Les cas d'ouverture externe**

A) L'illégalité relative à l'auteur de l'acte : l'incompétence.

La règle de droit désigne toujours l'autorité compétence pour prendre une décision administrative. Si la règle de droit n'est pas respectée, la décision administrative est systématiquement annulée.

Il y a 4 formes d'incompétences :

- **L'incompétence rationae personae** : idée que l'auteur qui a prit l'acte n'est pas une autorité administrative (ex : simple agent d'exécution).
- **L'incompétence rationae materiae** : l'auteur de l'acte est une autorité administrative mais l'acte prit ne relève pas de sa compétence (ex : maire qui prend un acte qui est de l'autorité du préfet)
- **L'incompétence rationae loci** : l'autorité administrative prend une décision qui n'est pas de son ressort géographique.
- **L'incompétence rationae temporis** : L'autorité administrative prend un acte en dehors du délai qui lui était imparti.

Si l'auteur est incompétent, le juge annule systématiquement l'acte.

**B) L'illégalité relative aux formes et aux procédures : le vice de forme et de procédure.**

Il existe en droit administratif un certain nombre de formes et de procédures. Par exemple certaines décisions administratives ne peuvent être prises qu'après une enquête publique.

Si les règles de formes et de procédures sont méconnues, il n'y a pas annulation systématique par le juge.

- La nullité n'est pas prononcée si la règle de forme « n'est pas substantielle (très importante)»
- la nullité n'est pas prononcée si la règle de forme méconnue existe dans le seul intérêt de l'administration.
- La nullité n'est pas prononcée quand il a été impossible pour l'administration de respecter les règles de formes nécessaires.
- La nullité n'est pas prononcée si l'administration est en situation de compétence liée (obligation agir avec textes) parce que l'administration reprendra exactement la même décision.

## II) Les cas d'ouverture interne.

Le juge s'assure que le contenu même de l'acte est conforme à la règle de droit supérieur. Il y a 3 cas d'ouvertures internes.

### **A) L'acte peut être illégal du point de vue du but : le détournement de pouvoir**

Le but de l'acte est un élément de la légalité de l'acte. Cela veut dire que l'acte doit être pris dans un but défini par la règle de droit. Si ce n'est pas le cas, l'acte est toujours annulé. Il y a 2 hypothèses de détournement de pouvoir :

- Il y a détournement de pouvoir à chaque fois que la décision administrative est prise dans un but étranger à un intérêt public (ex : maire qui prend mesure de police pour limiter la circulation dans sa rue. => but d'intérêts personnels )
- Il y a détournement de pouvoir lorsque la mesure a été prise dans un intérêt public mais ce but d'intérêt public n'est pas le but correspondant à la nature de l'acte en cause (CE-26 Novembre 1875 Pariset => la mesure de police administrative est prise dans un but

de maintien de **l'ordre public**, une mesure de police administrative ne peut donc pas être dans un but de protection des finances publics.)

## **B) L'illégalité relative à l'objet de l'acte : la violation directe de la loi**

Il y a 2 formes de violations directes de la loi :

- **Il existe des violations positives de la règle de droit :**  
l'administration édicte une règle illégale
- **Il existe des violations négatives :** l'administration refuse de prendre un acte qui lui est imposé par la règle de droit supérieur (omission).

**En principe, la violation directe de la loi entraîne l'annulation de l'acte. Il y a 2 exceptions :**

- **En cas de circonstances exceptionnelles** (assouplissement de la loi dans ce contexte)
- **Hypothèse de l'écran législative** (concerne les actes que le juge administratif refuse de contrôler du fait qu'ils résultent directement de l'application d'une loi ) ou la loi empêche le JA de contrôler l'acte par rapport à la constitution. (avec la question d'inconstitutionnalité, une loi ne peut empêcher l'annulation d'un acte inconstitutionnel)

## **C) L'illégalité relative aux motifs de l'acte : le vice des motifs**

On entend par motifs d'une décision, non pas les mobiles psychologiques qui conduisent l'administration à agir mais les circonstances de faits ou de droits qui ont conduit l'administration à agir comme elle l'a fait.

### **1) Le contrôle des motifs de droit : l'erreur de droit**

**La violation directe de la loi est objective**, il n'y a pas besoin de rechercher quel a été le raisonnement de l'administration. **En revanche, l'erreur de droit est subjective**, elle révèle **un vice dans le raisonnement de l'administration quand elle prend sa décision.**

On dit que l'administration a mal interprété ou mal appliqué un texte. On dit que l'administration se trompe sur le sens et la portée d'un texte. (CE-25 Juin 1948 Société d'exploitation des eaux et thermes d'Enghein => le ministre de l'intérieur refuse au casino l'autorisation d'exploiter une roulette. Le ministre défend sa position en disant que plusieurs lois interdisent la pratique des jeux de boules et des jeux similaires dans les casinos situés à moins de 100 km de Paris. Or pour le ministre la roulette est un jeu similaire à la boule, il peut donc interdire la roulette. Le CE identifie une erreur de droit du ministre de l'intérieur car pour lui la roulette et la boule ne sont pas des jeux similaires car ils ne présentent pas les mêmes dangers pour le public. Le ministre s'est donc trompé dans le sens et dans la portée de la loi.)

## 2) Le contrôle des motifs de fait : l'erreur de faits.

A la différence de tous les autres contrôles exercés par le juge, ce contrôle présente 3 degrés différents.

□ Le juge contrôle **toujours l'exactitude matérielle des faits** : Le Juge vérifie toujours que les faits qui motivent la décision de l'administration sont matériellement avérés. Dans le contentieux disciplinaire des fonctionnaires, le juge s'assure toujours que les faits reprochés au fonctionnaire et qui ont provoqué la sanction, ont concrètement existés.

□ Le Juge contrôle fréquemment **la qualification juridique des faits** : Le juge vérifie que l'administration a prit sa décision en se fondant sur des faits qui étaient bien au nombre de ceux que la règle de droit l'autorisait à prendre en considération pour édicter la décision en question. Lorsqu'un fonctionnaire est sanctionné, le juge s'assure que les faits reprochés au fonctionnaire sont tels **qu'ils présentent bien le caractère d'une faute**.

>Puisque ce contrôle n'est pas systématique, on peut se demander dans quel cas il n'est pas exercé ?

Il n'est pas exercé lorsque l'administration est en situation de **pouvoir discrétionnaire**.

>Lorsque le juge n'exerce pas un contrôle de la qualification juridique des faits, existe-t-il autre chose que le juge fait ?

Oui, il s'agit de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans les hypothèses de pouvoir discrétionnaire, le juge a imaginé un contrôle qui n'est pas la qualification juridique des faits, il est plus limité, c'est **l'erreur Manifeste d'appréciation.**

C'est un Arrêt CE- 2 Novembre 1973 Librairie François Maspero qui dégage L'EMA.

□ Le juge contrôle exceptionnellement, **l'adaptation aux faits de la mesure** prise = contrôle de proportionnalité. Ce contrôle existe seulement dans 2 hypothèses :

- **Le contentieux des sanctions disciplinaire** => CE- 9 Juin 1978 LEBON => Le juge vérifie si la sanction prise par l'administration n'est pas disproportionnée par rapport aux faits qui l'on suscités.
- **Le contentieux des mesures de police municipale** => CE-19 Mai 1933 Benjamin => Le juge vérifie que la mesure de police administrative est proportionnée par rapport aux risques de troubles à l'ordre public.

**Compte tenu des différents degrés de contrôle des motifs de faits, le contrôle du juge est un contrôle minimum, normal ou maximum.**

\* Le contrôle minimum est toujours exercé (L'incompétence, le vice de forme et procédure, le détournement de pouvoir, la violation directe de la loi, l'erreur de droit, l'exactitude matérielle des faits et dans les situations de pouvoir discrétionnaire l'EMA.)

\* Le contrôle normal est le contrôle minimum + le contrôle entier de la qualification juridique des faits dans le cas de compétences liées.

\* Le contrôle maximum est celui qui va jusqu'à l'adaptation aux faits de la mesure.

## **Section 2 : Le recours de plein contentieux**

### **§1) Les caractères du recours de plein contentieux.**

La mission du juge de plein contentieux est de remplacer les décisions dont il est saisi et qui sont contesté à juste titre par ses propres

décisions. Le juge, en principe se situe pour rendre sa décision à la date à laquelle il se prononce. Il prend en compte les changements de droits ou de faits qui ont pu intervenir.

### **Le domaine du recours de pleine juridiction.**

- La responsabilité extracontractuelle
- Le Contentieux contractuel
- Le contentieux électoral
- Le contentieux fiscal

Le régime du recours de plein contentieux exige en principe le recours à un avocat. En revanche les délais sont appréciés plus soupagement par le juge.

### **§2) Les relations entre le REP et le recours de pleine juridiction.**

#### **A) Conclusions différentes dans un même recours.**

Le fait que le REP et le recours de pleine juridiction soit différent n'oblige pas les justiciables à présenter de façon distincte au juge leurs conclusions d'excès de pouvoir et de plein contentieux. Par un seul et même recours, il est possible à un fonctionnaire de demander l'annulation pour excès de pouvoir d'une sanction qui l'a frappé, mais aussi la réparation du préjudice que cette sanction lui a causé. (CE-31 Mars 1911 Blanc)

#### **B) L'ouverture du REP contre les actes détachables d'une opération relevant du plein contentieux.**

Jusqu'aux 1ères années du 20<sup>e</sup> siècle, les décisions précédentes ou suivantes une opération de plein contentieux étaient considérées par le Juge comme des opérations formant un tout indivisible. La possibilité d'exercer un RPJ rendait impossible l'exercice du REP, même pour des requérants qui ne pouvaient pas exercer le RPJ (pas d'intérêts à agir). Il en était ainsi en matière électorale, fiscale et contractuelle. A partir de l'arrêt Martin de 1905, il est désormais admis que certaines décisions pourtant incorporées à des opérations de plein contentieux, sont détachables de ces opérations et le juge admet qu'un REP puisse être

formé contre ces décisions indépendamment de la contestation de l'opération centrale qui ne peut faire l'objet que d'un RPJ.