

UNIVERSITE DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE
FACULTE DE DROIT

L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES
PUBLIQUES

Thèse pour le Doctorat en Droit Public
Présentée et soutenue publiquement le 8 avril 2005

par
Mohamadi HAMIDOU

Membres du jury

Monsieur **Jacques MOREAU**
Professeur émérite de Droit Public à l'Université Paris II, Rapporteur.

Monsieur **Henry ROUSSILLON**
*Professeur de Droit Public et Président de l'Université des sciences sociales de
Toulouse*

Monsieur **Vincent DUSSART**
Professeur de Droit Public à l'Université de Limoges, Rapporteur.

Monsieur **Jean-Marie CROUZATIER**
Professeur de Droit Public à l'Université des sciences sociales de Toulouse

Monsieur **Jean-Pierre THERON**
*Professeur de Droit Public à l'Université des sciences sociales de Toulouse
Directeur de recherche*

« L'université n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat ».

*A maman,
L'être le plus cher ;*

A mon défunt papa

*A Tamou
Le grand amour ;*

*A Djazil et Djayz,
Amour tout simplement ;*

*A mes frères et sœurs,
Des gens attachants.*

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à Monsieur le Professeur Jean-Pierre THERON pour avoir dirigé cette recherche. Sa disponibilité et les bonnes indications qu'il a données ont permis sa progression constante. Attentif, il a su écouter et encourager les positions personnelles. Humain, il a apporté l'aide sans laquelle ce travail ne serait jamais achevé.

Je tiens également à remercier Tamou pour son soutien, ses conseils et son endurance. Elle s'est personnellement investie dans ce travail et a contribué à son amélioration sur tous les aspects. Elle en a, durant des années, partagé tous les moments de difficulté et de joie. Les dictionnaires de langue ne sont pas assez riches pour fournir le répertoire de termes qui conviennent pour exprimer toute la gratitude dont je suis redevable envers elle.

Je témoigne en outre toute ma gratitude à la Collectivité Départementale de Mayotte pour son soutien et sa volonté de voir aboutir cette recherche.

J'adresse aussi mes remerciements à Monsieur le Professeur A. COULIBALY pour ses conseils et ses encouragements.

Je ne saurais omettre les lectures critiques des différents passages de ce travail par des amis tels que Alexis ESSONO OVONO, Laurent QUESSETTE, Geoffrey OLOBA, Corinne HASSOUN, Delphine BURILLO, Traoré GOBITA, Monsieur et Madame DHURARI.

Je remercie du reste tous les personnels des bibliothèques de l'Université Toulouse I pour avoir facilité cette recherche.

Mes remerciements et toute ma gratitude vont enfin à toutes les personnes telles que Nabilou ALI BACAR, Fatah BOUDIAF, Abdoukarime CHEIK, Mustapha WASFI, TOUHAMI qui par leurs conseils et leur générosité ont contribué de près ou de loin à l'aboutissement de ce projet. J'espère qu'ils trouveront toutes ici l'expression de mes sincères remerciements.

« Lors donc que j'ai résolu d'appliquer mon esprit à la politique, mon dessein n'a pas été de rien découvrir de nouveau ni d'extraordinaire, mais seulement de démontrer par des raisons certaines et indubitables un certain nombre de principes parfaitement d'accord avec la pratique ».

Spinoza

SOMMAIRE

SOMMAIRE	1
PRINCIPALES ABREVIATIONS	3
INTRODUCTION.....	5
1- ETENDUE ET DÉLIMITATION DU SUJET	10
2- DÉFINITION DES PRINCIPAUX TERMES.....	13
3- PROBLÉMATIQUES.....	26
4- MÉTHODE	37
5- PLAN	39
PREMIERE PARTIE : L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	43
TITRE I : L'ABSTENTION FAUTIVE, REVELATRICE D'OBLIGATIONS D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	49
CHAPITRE 1 : L'ABSTENTION FAUTIVE, REVELATRICE D'OBLIGATIONS D'AGIR PREEXISTANTES DES PERSONNES PUBLIQUES.....	51
Section 1- La coïncidence abstention fautive-obligation d'agir préexistante des personnes publiques et ses limites.....	52
Section 2- Les relations entre les degrés de l'abstention fautive et l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques.....	79
CHAPITRE 2 : L'ABSTENTION FAUTIVE, REVELATRICE D'OBLIGATION D'AGIR NOUVELLES DES PERSONNES PUBLIQUES.....	105
Section 1- L'analyse critique de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques	107
Section 2- La justification de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques.....	123
CONCLUSION DU TITRE I :.....	141
TITRE II : LA DELIMITATION DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	144
CHAPITRE 1 : LA DELIMITATION PAR LA SOURCE DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	146
Section 1- La distinction entre obligation d'agir et obligation de faire.....	147
Section 2- Les diverses sources unilatérales de l'obligation d'agir des personnes publiques..	187
CHAPITRE 2 : LA DELIMITATION DES CONTOURS DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	219
Section 1- La distinction entre obligation d'agir et obligation simple	219
Section 2- La distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée	228
CONCLUSION DU TITRE II :	249
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE:.....	250
DEUXIEME PARTIE : LES MANIFESTATIONS DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	255
TITRE I : LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	260
CHAPITRE 1 : LES DOMAINES PRINCIPAUX DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	262
Section 1- Les domaines principaux de l'obligation d'agir des personnes publiques en droit interne français	263

Section 2- Les domaines principaux de l'obligation d'agir des personnes publiques résultant du droit communautaire	311
CHAPITRE 2 : LES DOMAINES PARTIELS DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES	355
Section 1- Les services publics	356
Section 2- Les actes administratifs unilatéraux et contractuels	383
CONCLUSION DU TITRE I:	429
TITRE II : LES SANCTIONS DU REFUS D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'AGIR PAR LES PERSONNES PUBLIQUES	431
CHAPITRE 1 : LES SANCTIONS ORDINAIRES DU REFUS D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'AGIR PAR LES PERSONNES PUBLIQUES.....	434
Section 1- Les sanctions juridictionnelles ordinaires du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques	435
Section 2- La sanction administrative ordinaire du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques : la substitution	459
CHAPITRE 2 : LE RENFORCEMENT DES SANCTIONS ORDINAIRES DU REFUS D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'AGIR PAR LES PERSONNES PUBLIQUES.....	470
Section 1- Le principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir : la jurisprudence antérieure à 1980	472
Section 2- Les dérogations législatives au principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir	486
CONCLUSION DU TITRE II:.....	501
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE :	502
CONCLUSION GENERALE.....	505
BIBLIOGRAPHIE.....	515
INDEX THEMATIQUE.....	541
TABLES DES MATIERES.....	547

PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
Aff.	Affaire
A.J.D.A.	Actualité juridique de droit administratif
A.J.P.I.	Actualité Juridique de la Propriété Immobilière
A.P.D.	Archives de Philosophie du droit
Art	article
c.	contre
C.A	Cour d'appel
C.A.A	Cour Administrative d'Appel
C. Cass.	Cour de cassation
C.E.	Conseil d'Etat
C.G.C.T.	Code Général des Collectivités Territoriales
C.J.C.E.	Cour de Justice des Communautés Européennes
C.J.E.G.	Cahiers Juridique de l'Electricité et du Gaz
Chr.	Chronique
C.I.J	Cour Internationale de Justice
Cne	Commune
Col.	colonne
Concl.	conclusions
D.	Dalloz
D.A.	Droit Administratif
Ed	éditions
E.D.C.E.	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
Ex	exemple
G.A.J.A.	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	dans le même ouvrage, dans la même page

J.C.P.	Jurisclasseur périodique (La Semaine Juridique)
J.O.	Journal Officiel
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A.	Les Petites Affiches
Obs.	observations
Op. cit.	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
P.U.F	Presses universitaires de France
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique
Rev. admin.	Revue administrative
R.F.D.A.	Revue Française de Droit Administratif
R.F.D.C	Revue française de droit constitutionnel
R.J.F	Revue de jurisprudence fiscale
R.T.D.Civ.	Revue trimestrielle de Droit Civil
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de Droit Européen
Rec.	Recueil
S.	Sirey
T.A	Tribunal administratif
T.C	Tribunal des conflits
Th.	thèse

INTRODUCTION

Si comme le pense Kelsen, certaines notions sont données « à notre conscience de façon immédiate »¹, tel n'est pas le cas en France de l'obligation d'agir des personnes publiques. Pourtant, celle-ci revêt une importance considérable pour l'Etat de droit, entendu comme étant la « *limitation du pouvoir* »², ou la soumission de ce dernier au droit³.

En effet, l'obligation d'agir exclut l'irresponsabilité⁴ des personnes publiques dont le règne au 19^{ème} siècle⁵ s'explique par le dogme de la souveraineté, puissance « illimitée » de l'Etat⁶. Duguit note même une opposition insurmontable entre la souveraineté et la responsabilité. Selon lui, « si l'on croit l'Etat souverain, on ne peut pas admettre qu'il soit responsable

¹. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », Dalloz, Paris, 1962, p. 8.

². J. CHEVALLIER, « *L'Etat de droit* », Montchrestien, Paris, 4^{ème} éd. 2003.

³. En réalité, il existe au moins deux versions de l'Etat de droit. Celui-ci renvoie soit à l'idée de soumission de l'Etat à un droit supérieur. Il s'agit de la version jusnaturaliste qui suppose « l'existence d'un droit naturel » (J. CHEVALLIER, « *L'Etat de droit* », La documentation française, n° 898, mars 2004, p. 83). Soit il signifie que l'Etat est soumis au droit qu'il crée. C'est la version à laquelle se rallie la présente étude. Celle-ci fera en effet apparaître non seulement que les obligations d'agir proviennent en général de l'Etat mais aussi que plusieurs de ces obligations s'imposent à lui.

⁴. DUEZ, « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », Librairie Dalloz, Paris, 1927, intro., pp. 13 & s.

⁵. Ce n'est qu'à la fin du 19^{ème} siècle-début 20^{ème} qu'un mouvement jurisprudentiel de responsabilisation de l'Etat s'est mis en place (S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », L.G.D.J., Paris, 1974 p. 164 & s. et p. 217). Comment ne pas citer à cet égard l'arrêt « Blanco » du 8 février 1873 (Rec., p. 61, concl. David) dont J. MOREAU affirme qu'« il constitue (...) l'abandon le plus solennel de l'irresponsabilité de l'Etat » (*La responsabilité administrative* », Que sais-je, Presses universitaires de France, 2^{ème} éd. 1995, p. 11), et la jurisprudence « Tomaso Grecco » du 10 février 1905 (Rec., p. 139, concl. Romieu) qui a mis fin à l'irresponsabilité des services de police (J-P. THERON, « *La responsabilité administrative* », Cours (inédits) de doctorat, 1993-94]. Ce ne sont là que des exemples parmi tant d'autres, de telle sorte que DUEZ pouvait déjà écrire en 1927 que « la responsabilité est la règle, l'irresponsabilité, l'exception » (« *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », intro. p. 5 ; voir aussi DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », t3, 3^{ème} éd. 1930, p. 459).

⁶. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 141 & s. et p. 254.

et si l'on affirme qu'il est responsable, on ne peut pas admettre qu'il soit souverain. Ou la souveraineté n'est rien, ou elle est (...) ce caractère d'une volonté qui ne se détermine jamais que par elle-même, c'est-à-dire qui ne peut être limitée par un élément étranger à elle-même ni soumise à des obligations que dans la mesure où elle le veut bien »⁷. Alors, il ne s'agit pas en l'occurrence, d'obligations au vrai sens du terme et, encore moins, d'obligations d'agir.

En réalité, une opposition stricte entre obligation d'agir et souveraineté est à rejeter. Car non seulement celle-ci se définit en partie comme le pouvoir de création du droit⁸ mais surtout elle « n'implique pas que l'Etat dispose d'un pouvoir absolu et sans limites »⁹. Ces deux considérations font finalement apparaître une certaine symbiose entre la souveraineté et l'Etat de droit car elles impliquent une soumission de l'Etat au droit qu'il crée. Cette soumission induit l'idée d'obligation d'agir et, partant, celle de responsabilité étatique.

Cependant, s'il était impossible de penser que l'Etat pût supporter des obligations d'agir quand il jouissait d'une immunité totale¹⁰ ou presque, il serait faux de croire que la responsabilité est toujours synonyme d'obligation d'agir, c'est-à-dire que la première permet de conclure à l'existence de la seconde. Car, le droit public connaît deux régimes de responsabilité : la responsabilité sans faute et la responsabilité pour faute.

La responsabilité sans faute est une sorte d'irresponsabilité légèrement améliorée à laquelle le juge recourt pour condamner la personne publique en dehors de toute faute¹¹, et par conséquent, en dehors de toute obligation. Comme l'écrit R. Drago, « tous les cas de responsabilité sans faute, qu'ils soient fondés

⁷. DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », t3, 3^{ème} éd. 1930, pp. 460 & 461.

⁸. Voir G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. Rennes I, 1995, p. 53.

⁹. J. CHEVALLIER, « *L'obligation en droit public* », in « *L'obligation* », A.P.D., t44, Dalloz, Paris, 2000, p. 183.

¹⁰. Voir S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 203.

¹¹. C.E., 21 juin 1895, « *Cames* », Rec., p. 509, concl. Romieu ; C.E., 14 janvier 1938, « *La Fleurette* », R.D.P. 1938, p. 87, note Jèze ; C.E., 7 mai 1971, « *Sastre* », Rec. p. 334 et R.D.P. 1972, p.443 ; C.E., 20 mars 1974, « *Navarra* », Rec. p. 200 et A.J.D.A. 1974, p. 305.

sur le risque ou sur le principe d'égalité devant les charges publiques (...) échappent à toute référence à la notion d'obligation »¹².

Seule la responsabilité pour faute permet de retenir une obligation administrative, mais pas forcément une obligation d'agir. L'étude des abstentions fautives des personnes publiques permettra de confirmer cette proposition dont la preuve résultera d'analyses parfois subtiles du contentieux administratif.

L'obligation d'agir est aussi un facteur important de l'Etat de droit car elle atténue l'inégalité existant entre les personnes publiques et les administrés. En effet, les obligations d'agir des personnes publiques correspondent à des droits pour les administrés. Kelsen critique le fait qu'on accorde plus d'importance aux droits qu'aux obligations. Il renverse, chemin faisant, la situation pour mettre l'accent sur la notion d'obligation¹³. Néanmoins, cette querelle n'est pas justifiée car si certaines dispositions textuelles formulent des obligations à l'encontre de certaines personnes, des obligations qui sont souvent des droits pour d'autres, d'autres textes procèdent de façon inverse. Dès lors, il importe de savoir que droit et obligation sont des termes juridiquement identiques¹⁴.

Il est vrai que Kelsen fait une distinction pertinente portant sur la place qu'occupe chacune des personnes concernées dans la relation droit-obligation ; « l'individu obligé » est « sujet », c'est lui qui doit agir ou, dans certains cas, s'abstenir ; « l'individu investi d'un droit (...) n'est que l'objet de la conduite » obligatoire. Mais cette analyse n'entame en rien le fait que droit et obligation portent sur un même objet. Ainsi l'obligation d'agir suppose comme toute autre obligation¹⁵, un droit dont les administrés sont la plupart du temps les

¹². R. DRAGO, « *La notion d'obligation : droit public et droit privé* », in « *l'obligation* », A.P.D., t44, Dalloz, Paris, 2000, p. 48.

¹³. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », Dalloz, Paris, pp. 170 & s.

¹⁴. KELSEN, Ibid., pp. 22 & 172 ; BARTHELEMY, « *L'obligation de faire ou de ne pas et son exécution dans le droit public* », R.D.P., 1912, p. 507 ; EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », t2, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 217 & s.

¹⁵. KELSEN, Ibid., p. 157.

bénéficiaires. Par conséquent, elle atténue l'inégalité juridique existant dans les rapports personnes publiques-administrés.

En outre, avec le seul acte administratif unilatéral doté du privilège du préalable et symbolisant la « domination de la puissance publique puisqu'il s'impose aux administrés sans leur consentement »¹⁶, le droit pouvait apparaître comme étant le droit de l'Etat, tellement il était conçu à son profit. L'obligation d'agir, permettant de mettre à la charge de la personne publique des actes positifs comme l'acte unilatéral le fait généralement à l'encontre des administrés¹⁷, peut, par conséquent, être perçue comme une amélioration de l'Etat de droit. Aussi convient-il de souligner que l'acte en cause dans l'obligation d'agir n'a pas le sens qu'on lui prête habituellement d'actes s'imposant à leurs destinataires mais d'actes qui doivent être faits ou édictés par les personnes publiques.

1- ETENDUE ET DÉLIMITATION DU SUJET

Malgré le caractère cardinal de l'obligation d'agir, l'emploi de cette expression n'apparaît qu'à l'aube du 20^{ème} siècle, et uniquement dans la doctrine¹⁸. Néanmoins, l'esquisse de sa genèse montre que certaines hypothèses concrètes d'obligation d'agir des personnes publiques se sont manifestées dans le droit très tôt. Elles ont simplement commencé à se multiplier à partir de la

¹⁶. S. THERON, « *La notion de condition, contribution à l'étude de l'acte administratif* », th. Toulouse, L'Harmattan, 2001, p. 296.

¹⁷. Voir C.E., 23 janvier 1970, « *Amoros* », Rec., p. 51 ; C.E., 13 novembre 1987, « *Tang Kam Keung* », Rec., p. 367 ; A.J.D.A., 1987, p.711.

¹⁸. Depuis le début du siècle, l'utilisation de l'expression obligation d'agir est de plus en plus répandue, mais les auteurs qui l'ont spécialement étudiée ou qui l'ont simplement abordée à l'occasion d'études consacrées à autre chose ne sont guère nombreux. Dans les premiers, il y a en 1912 J. BARTHELEMY (« *L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public* », art.précité, p. 505) et en 1995, G. GUIAVARC'H (« *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée). Dans les seconds, il s'agit de G. JEZE (« *Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public* », R.D.P., 1905, p. 764), de P. MONTANE de la ROQUE (« *L'inertie des pouvoirs publics* », th. Toulouse, 1948) et de C. EISENMANN (« *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, pp. 269 et 270).

première guerre mondiale¹⁹. Car l'obligation d'agir des personnes publiques est aussi ancienne que l'Etat. En effet, elle a existé dès le départ au moins dans sa forme à la fois primaire et première de protection des citoyens²⁰ à travers la règle de droit²¹.

Il convient donc de noter que la première obligation d'agir de l'Etat a été celle d'élaborer un droit protecteur²² et que par conséquent, la notion même d'obligation d'agir coïncide avec sa naissance. Il est certain qu'un peuple libre n'instituera pas un Etat doté du monopole de la contrainte²³ sans contrepartie dont la plus significative est l'obligation d'agir que l'Etat doit assumer. Les obligations d'agir de l'Etat, depuis la Révolution, n'ont pas changé de nature mais de proportion. Il faut, du reste, noter que l'obligation d'agir des personnes publiques innervent l'ensemble du champ juridique.

S'agissant du droit privé, il permet d'une part de remarquer que l'obligation d'agir n'est pas spécifique aux personnes publiques. Les personnes privées, physiques ou morales, ont, elles aussi, des obligations d'agir. Il en va ainsi de l'obligation des parents d'assurer la scolarité de leurs enfants jusqu'à 16 ans²⁴, de celle des industriels de faire figurer sur leurs produits certaines mentions comme la date de péremption des aliments afin de protéger le consommateur. D'autre part, certaines obligations d'agir des personnes publiques relèvent de la compétence des juridictions judiciaires. C'est le cas par

¹⁹. La transformation progressive de l'Etat gendarme en Etat providence, à partir du début du 20^{ème} siècle, s'est traduite en France par « une prolifération des lois et règlements » (B. KORNPROBST, « *La compétence liée* », R.D.P. 1961, p. 937) qui liaient de plus en plus sa compétence.

²⁰. Voir G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 46.

²¹. Les philosophes des 17^{ème} et 18^{ème} siècles tels SPINOZA (« *Traité politique* », Librairie générale française, 2002, pp. 129, 138 & s.) et ROUSSEAU (« *Du contrat social* », éd. Garnier Frères, 1975, ex. pp. 256, 273 & 274, 293), ont largement contribué à l'institution de cette obligation d'agir.

²². Nous ne ferons que rappeler que la question de savoir qui a préexisté à l'autre entre l'Etat et le droit est encore débattue, car tenter d'y répondre nous éloignera de notre préoccupation principale. Kelsen, lui, confond purement et simplement Etat et droit dans son équation Etat = ordre juridique (« *Théorie pure du droit* », op. cit., pp. 353 & s.).

²³. En effet, on sait que l'Etat dispose du monopole de la contrainte et de la répression.

²⁴. Sur l'obligation scolaire, voir les textes cités par J.-C. VENEZIA (« *Traité de droit administratif* », t3, L.G.D.J., Paris, 6^{ème} éd. 1997, p. 353), et notamment la loi du 11 juillet 1975.

exemple de celles qui concernent le fonctionnement du service judiciaire. Il s'agit généralement de l'ensemble des systèmes dérogatoires à la responsabilité administrative²⁵.

L'obligation d'agir des personnes publiques intéresse le droit constitutionnel. L'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics²⁶, ainsi que la défense nationale²⁷ en constituent des illustrations. Elle intéresse également le droit fiscal. Ainsi, l'Etat a l'obligation de prélever l'impôt voté par le parlement. Ce dernier dispose en cette matière d'une « compétence exclusive »²⁸. En effet, selon l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles relatives à « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ». Néanmoins, une marge de manœuvre est laissée aux collectivités locales pour faire varier les taux des impôts directs locaux²⁹.

Concernant enfin le droit international, l'obligation d'agir y est présente ; la France est, par exemple, tenue d'extrader un criminel de guerre qui réside sur son territoire et qui est recherché par la Cour pénale internationale. *A fortiori*, le droit européen est source de plusieurs obligations d'agir à l'encontre de l'Etat français. Il serait intéressant de citer à cet égard l'obligation de transposition des directives communautaires car elle ressemble dans son principe à l'obligation de prendre des textes d'application des lois en droit interne français. En effet, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de permettre l'application d'une norme générale.

L'obligation d'agir des personnes publiques intéresse par conséquent tous les domaines du droit. Son champ étant trop vaste pour prétendre l'aborder dans

²⁵. Voir sur ce point J. MOREAU, « *La responsabilité administrative* », op. cit., pp. 23 & s.

²⁶. Selon l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958, le Président de la République « assure...le fonctionnement régulier des pouvoirs publics... ».

²⁷. Selon l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles relatives à « l'organisation générale de la défense nationale... ».

²⁸. M. BOUVIER, « *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt* », L.G.D.J., 6^{ème} éd. 2004, p. 43.

²⁹. M. BOUVIER, *Ibid.* ; P. BELTRAME, « *La fiscalité en France* », Hachette, 10^{ème} éd. 2004, p. 120.

sa globalité, cette recherche portera uniquement sur l'obligation d'agir des personnes publiques³⁰ en droit administratif français³¹.

Néanmoins, les obligations d'agir relatives à la fonction publique, c'est-à-dire relatives aux relations entre les personnes publiques et leurs agents, obligations dont la plus évidente est celle de verser les traitements, resteront hors de l'analyse. La raison en est qu'elles sont des obligations d'agir déterminées, empreintes par conséquent d'une certaine automaticité qui diminue sensiblement le pouvoir d'appréciation et de la personne publique et du juge.

Pour entreprendre l'étude de l'obligation d'agir des personnes publiques, la définition de certains termes s'impose.

2- DÉFINITION DES PRINCIPAUX TERMES

Selon Eisenmann, pour avoir la signification d'un terme juridique, il faut chercher l'« idée » qu'il exprime, et non s'arrêter au mot lui-même³². La définition des principaux termes de cette étude ne dérogera pas à cette exigence méthodologique. Pour une bonne compréhension des développements futurs, les termes du sujet doivent être d'ores et déjà éclaircis. Le terme abstention qui sera utilisé pour appréhender l'obligation d'agir mérite également quelques précisions.

G. Guiavarc'h écrit au sujet de l'obligation d'agir que « ce n'est pas tant la notion d'action, familière à la doctrine administrative, qui pose (...) problème

³⁰. Désormais, s'il est simplement fait mention du terme obligation d'agir, il faudra sous-entendre obligation d'agir des personnes publiques.

³¹. Il convient toutefois de souligner que les autres branches du droit ne seront pas totalement exclues. Pour étayer certaines démonstrations, cette étude y aura souvent recours. Il en sera ainsi lorsqu'il faudra se demander si le juge administratif applique en France une obligation d'agir d'origine internationale ou s'il existe une obligation d'agir en matière de création de services publics nationaux, ou encore lorsqu'il faudra montrer que l'obligation d'agir se distingue de l'obligation de faire. Seront nécessaires dans le premier cas le recours à des considérations de droit international public et, dans le second cas, la référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et enfin, dans la troisième hypothèse, le rappel de certains aspects de droit privé. Des arrêts relatifs au droit fiscal seront également cités notamment à l'occasion de l'étude de l'obligation de transposition des directives communautaires.

³². EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 283 & s.

que celle d'obligation... »³³. En réalité, la notion d'action ou d'acte n'est pas facile à définir alors même qu'elle constitue « le noyau dur de toute analyse juridique »³⁴, y compris de l'obligation d'agir.

En s'appuyant sur Aristote et Eisenmann, J.A. Mazères dégage deux sens du mot acte³⁵ ; dans une perspective dynamique, l'acte est l'exercice d'une activité, d'une possibilité, d'une puissance. De ce point de vue, l'acte n'est rien d'autre que l'action. En revanche, dans une perspective statique, il est le produit de l'action, « ce qui est fait ». On se rend alors compte que ces deux définitions s'excluent. Car si l'acte est présenté comme étant un mouvement, une action, par définition, il ne peut être le résultat de ces derniers. En effet, quelque chose qui est achevé n'est plus en mouvement et, par voie de conséquence, ne peut plus être considéré comme un acte relevant du premier sens, mais comme une « œuvre »³⁶ ou un ouvrage. L'acte de l'obligation d'agir doit être appréhendé dans une optique diachronique. Comme l'écrit Jèze, les services publics « ne sont créés et organisés que pour agir. Gouverner, administrer, c'est agir. C'est l'Etat dynamique »³⁷.

La définition de l'« agir » se dédouble d'un autre problème à deux facettes : peut-on prétendre à l'ipséité, à l'unicité de l'acte ou, au contraire, doit-on se résigner à ne reconnaître que sa multiplicité ?

Eisenmann montre dans ses cours qu'un acte regroupe, en réalité, un ensemble d'actes élémentaires. Selon lui, l'acte, « ce qui se fait », « l'agir »³⁸, est non seulement l'action, mais aussi son déroulement et son résultat. Il considère par exemple qu'un arrêté de nomination n'est pas en lui-même un acte car il fait partie d'une procédure de nomination qui comporte d'autres éléments.

³³. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 28.

³⁴. J.-A. MAZERES, « *L'acte unilatéral et la décision exécutoire* », cours de D.E.A., inédits, 1997-98.

³⁵. J.-A. MAZERES, Ibid.

³⁶. La terminologie est du doyen Hauriou.

³⁷. G. JEZE, « *Appréciation, par les gouvernants et leurs agents, de l'opportunité d'agir* », R.D.P., 1943, p. 2.

³⁸. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 181.

La même idée est partagée par Lasry et George pour qui les actes de procédure ne sont pas des décisions à part entière³⁹. Tous les éléments d'un acte sont uns et indivisibles⁴⁰.

Par conséquent, les actes humains constituent une chaîne qui conduit irrésistiblement vers la création de l'univers. Les actes des personnes publiques n'échappent pas, eux aussi, à cette agrégation presque incontournable. Que ce soit la lutte contre les incendies ou la démolition d'immeubles menaçant ruine ou encore la délivrance des permis de conduire ou de construire..., tous ces actes dépendent d'autres actes. C'est cette idée que J.A. Mazères a voulu exprimer⁴¹ en citant le doyen Hauriou : « le moindre de nos gestes a des répercussions éternelles ». Ainsi, les actes forment tous une unité et logiquement il n'existe qu'un acte⁴².

Malheureusement, le droit et singulièrement l'obligation d'agir ne peuvent admettre l'idée de l'unicité de l'acte et ce, pour des raisons pratiques : le droit essaie de saisir le moindre de nos gestes à travers les mécanismes d'imputation

³⁹. LASRY et GEORGE, « *Responsabilité de la puissance publique* », Encyclopédie Dalloz, t 2, 1959, p. 800, n° 185.

⁴⁰. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 255.

Dès lors, il est aisé de comprendre pourquoi la décomposition d'un acte -juridique ou matériel- ramène à « l'élément premier », à l'« atome » (Ibid., p. 184), l'infiniment petit. Au contraire, sa recomposition nous fait remonter vers l'infiniment grand, vers la création du monde si ce n'est celle de l'univers. Cette recomposition a donc l'effet inverse d'une décomposition d'un corps physique. Pour expliquer ce phénomène, l'exemple du recrutement par concours peut servir d'illustration. L'individu qui est nommé grâce à ce procédé a participé à des épreuves ; avant celles-ci, il a déposé sa candidature. Celle-ci a, sans doute, été rendue possible grâce à une information qu'il a reçue ou qu'il a cherchée ; pour réussir le concours, il a, en principe, fait des études pour acquérir le niveau requis ; pour pouvoir faire des études, il a, entre autres, bénéficié d'une bourse gouvernementale. L'explication causale d'un « acte » peut ramener loin.

⁴¹. A l'occasion de la soutenance de la thèse de B. BERTHE, « *Les causes exonératoires dans le contentieux administratif de la responsabilité* », le 24 juin 1998.

⁴². C'est pour cette raison qu'on sera toujours dans l'arbitraire quel que soit le critère qui sera adopté pour individualiser ou unifier un acte afin de le distinguer d'autres actes, que ce soit le critère de la finalité utilisé par EISENMANN (« *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p.186), ou celui de la volonté, ou encore celui de l'intérêt...

EISENMANN lui-même reconnaît la relativité des frontières que, souvent, on établit entre les « actes » (Ibid., t1, p.185). En effet, il pense que ces derniers forment des « séries », des « chaînes ». L'analyse d'un « acte » est une analyse de l'individualité dans le tout » (Ibid., t2, p.181 & s.). Mais, selon lui, malgré cette relativité de coupures, l'acte existe. Et il en donne une définition juridique : c'est « un ensemble d'opérations élémentaires concourant à l'obtention d'un résultat distinct, que l'on s'est proposé comme but » (Ibid.). Certes, l'acte au singulier existe bel et bien, mais il ne peut être que l'acte dont la réalité vient d'être démontrée.

et de responsabilité. C'est la raison pour laquelle certains auteurs soutiennent l'idée de la complétude de l'ordre juridique. Force est donc de reconnaître que l'acte en cause dans l'obligation d'agir est un sous-acte ou un élément d'acte⁴³. L'« agir » ou l'acte de l'obligation d'agir doit donc être entendu dans ce dernier sens.

Même le fait de penser, de parler, etc., constituent tous des actes si on en croit P. Ricoeur⁴⁴. On a déjà vu que Eisenmann définit l'acte, lui aussi, de façon large : c'est « ce qui se fait »⁴⁵. Certes l'acte jouit dans la doctrine d'une acception large, mais il faut observer que l'acte en question dans l'obligation d'agir ne saurait être aussi large. Seuls les actes relatifs à l'impulsion de l'action administrative peuvent, comme le montreront les prochains développements, être considérés comme relevant de l'obligation d'agir. Pourtant, le Conseil d'Etat semble avaliser la définition précédente de l'acte. Il a en effet laissé entendre qu'une autorisation d'« occupation privative d'une dépendance du domaine public » aurait pu exister et être régulière si elle avait été, au moins, verbale⁴⁶. Or, une telle démarche n'est pas sans danger dans la mesure où les paroles ou, au contraire, les silences sont souvent ambigus⁴⁷, porteurs de plusieurs sens en fonction d'une multitude de facteurs⁴⁸.

⁴³. Cette idée apparaissait déjà chez ROUSSEAU lorsqu'il parlait de la loi et de son exécution à propos « de l'institution du gouvernement » (« *Du contrat social* » éd. Garnier Frères, 1975, p.304).

⁴⁴. P. RICOEUR, « *Le juste* », éd. Esprit, 1995, pp.30 et 55.

⁴⁵. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t1, p.182.

⁴⁶. C.E., 9 février 1966, « *Commune de Saint-Pierre* », Rec, p. 94 ; voir aussi C.E., 12 novembre 1915, « *Abbé Artigue* », Rec, p. 309 C.E., sect., 20 avril 1956, « *Epoux Bertin* », Rec., p. 167 et G.A.J. A, 9^{ème} éd. 1990, p. 536 & S.

⁴⁷. Ainsi, le silence de la personne publique est ambigu.

S'agissant de sa signification, la loi pose une règle générale selon laquelle le silence gardé par une personne publique sur une réclamation d'un administré vaut décision de rejet (art. R 421-2 du code de justice administrative, voir MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 19 & s. Cette règle a été érigée en principe général du droit par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 69-55 du 26 juin 1969, « *Protection des sites* », Rec., p. 27 ; G.D.C.C. 12^{ème} éd. 2003, p. 223). Jèze pense que la loi de 1900 qui a initié cette règle est logique dans la mesure où « les administrateurs sont présumés accomplir régulièrement et convenablement leur fonction » (JEZE, « *Essai d'une théorie générale de l'abstention dans le droit public* », R.D.P. 1905, p. 776). Par conséquent, s'ils n'ont pas agi, cette abstention doit être raisonnablement considérée comme une décision implicite de refus.

Quoiqu'il en soit, aussi bien ces actes qui peuvent, à défaut d'autre expression, être qualifiés d' « intellectuels » que les autres ne sont obligatoires - au sens où ils doivent être pris- que si les textes au sens large -point sur lequel il faudra revenir- l'exigent⁴⁹.

Il ressort de ce qui précède une acception très large de l'agir. *A fortiori*, demander un conseil, prendre un avis, saisir un organe, transmettre un dossier, mettre en demeure, adopter un texte d'application d'une loi et, de façon générale, édicter des normes sont tous des actes. De fait, la large sémantique de l' « agir » rend forcément relatif le diptyque acte juridique-acte matériel. Cette relativité explique que l'obligation d'agir ne peut être considérée comme concernant uniquement l'édition d'actes juridiques.

En réalité, on peut seulement en déduire une présomption légale comme le pense MONTANE de la ROQUE (« *L'inertie des pouvoirs publics* » th. précitée, p. 19 & s). En effet, en se manifestant, la personne publique peut autant prendre une décision de refus qu'une décision d'acceptation. La décision explicite pouvant être de rejet ou d'acceptation, le silence élevé au rang de décision ou d'acte, peut aussi avoir ces deux sens, de rejet comme le présume la loi, ou d'assentiment comme c'est le cas dans l'arrêt « *Commune de Bozas* »(C.E., 27 février 1970, A.J.D.A., 1970, p. 225 ; voir aussi C.E., 1^{er} avril 1992, « *Clinique des Maussins* », tab. décennales 1985-1994, t1, p. 734). Le rapprochement est possible avec les demandes de permis de construire dont le non respect des délais d'instruction par la Mairie vaut autorisation de construire pour le demandeur (J. VIEIVILLE, « *Les risques de gestion des collectivités territoriales* », Dalloz, 1994, p. 61). Mais, puisque pour autrui, le silence est neutre, il fallait que la loi lui donne un sens de façon arbitraire. Par conséquent, on ne peut pas conclure comme le fait Jèze que la règle imposée par la loi est logique dans la mesure où il y a une logique dans la règle contraire.

Concernant son caractère impératif, les auteurs sont partagés sur la portée de la loi. Contrairement à MONTANE de la ROQUE qui pense que la loi ne fait que lier le contentieux (th. précitée, p. 31 & s.), BARTHELEMY (« *L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public* », R.D.P. 1912, p. 517.) et, de manière moins affirmative, DUEZ (« *La responsabilité de la puissance publique(en dehors du contrat)*», op. cit., p. 19), estiment qu'elle met à la charge de la personne publique une « obligation de répondre » (Voir aussi JEZE, « *Essai sur une théorie générale de l'abstention dans le droit public* », art. précité, pp. 780 & 781). En réalité, ces deux points de vue sont proches l'un et l'autre. Car d'une part, le silence de plus de 4 mois de l'ancienne législation ou celui de plus de 2 mois de la nouvelle loi permet au requérant de saisir le juge. D'autre part, puisque ce silence est érigé en décision, cela veut dire que l'administration ne peut ne pas répondre.

⁴⁸. MONTESQUIEU, « *De l'esprit des lois* », t1, éd. Garnier Frères, 1973, p. 212.

⁴⁹. Kant semble même considérer qu'en droit, c'est uniquement l'acte obligatoire qui est véritablement un acte. En effet, pour lui, l'acte est « une action pour autant qu'elle est soumise à des lois d'obligation...A travers un tel acte, l'agent est considéré comme *auteur* de l'effet et celui-ci ainsi que l'action elle-même peuvent lui être *imputés* à condition que l'on connaisse préalablement la loi en vertu de laquelle une obligation les sous-entend » (E. KANT, « *Œuvres philosophiques : III La métaphysique des mœurs et le conflit des facultés* », Gallimard, 1986, p. 470, voir aussi p. 475). Cette position est à rejeter car l'acte de la compétence discrétionnaire est un acte à part entière. Pourtant il n'est pas obligatoire.

Selon la définition civiliste, l'acte juridique « est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit »⁵⁰. Les publicistes partagent cette définition dans la mesure où ils considèrent que l'acte juridique est celui qui modifie « l'ordonnement juridique »⁵¹. L'acte matériel, quant à lui, est défini *a contrario* ; il est l'acte qui n'est pas juridique ; il caractérise des gestes, des mouvements d'acteurs ; il est un acte « de réalisation ou exécution finale du droit »⁵².

Définis ainsi, Eisenmann démontre aisément que les actes juridiques et matériels s'interpénètrent. Ainsi, le paiement d'une dette est une opération matérielle. Mais il est aussi un acte juridique car il éteint une obligation. De même, l'opération législative est, à première vue, une opération juridique. Néanmoins, elle comporte plusieurs éléments matériels -débats, vote, etc⁵³. Eisenmann définit donc l'acte juridique par rapport au résultat auquel il tend, c'est-à-dire la création ou l'extinction de droits et d'obligations, en un mot, par rapport à un résultat juridique. Mais puisque les actes matériels visent le même résultat que l'acte juridique, ils perdent par voie de conséquence leur qualification d'actes matériels dans la mesure où le résultat, lui, est juridique⁵⁴. Il en va ainsi des infractions au stationnement⁵⁵.

⁵⁰. M. FABRE-MAGNAN, « *Les obligations* », Puf, 2004, p. 8, n° 6 ; voir aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « *Les obligations : l'acte juridique* », Armand Colin, 11^{ème} éd. 2004, p. 35, n° 60.

⁵¹. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 188 ; HAURIUO, « *La déclaration de volonté dans le droit administratif français* », R.T.D. civ. 1903, p. 549.

J.-A. MAZERES évoque longuement dans ses cours précités de ce qu'est l'acte juridique en droit public. Il pense notamment que l'acte juridique peut signifier un comportement à effets juridiques dans la mesure où l'acte ou décision juridique semble découler de plus en plus du comportement de l'administration (silences, actions non formalisées) que de la rédaction d'un écrit (C.E. ass, 29 septembre 1995, « *Association Green Peace France* », R.D.P. 1996, p. 256, concl. Sanson).

⁵². BONNARD cité par EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit. t2, p. 188.

⁵³. EISENMANN, Ibid., p. 187 & s.

⁵⁴. EISENMANN, Ibid., p. 186 & s.

⁵⁵. Lorsqu'un agent de police constate un véhicule en infraction de mauvais stationnement, souvent, il dresse un procès-verbal dans lequel sont mentionnés certains éléments comme le numéro d'immatriculation, l'heure et le montant de l'amende. Il pose sur le pare brise le document en question.

Cette opération est à première vue matérielle puisqu'elle est ponctuée de multiples gestes de l'agent. Pourtant, suivant l'optique défendue par Eisenmann, elle est juridique de par son résultat qui consiste à faire naître une dette au profit de la collectivité publique. Ne demeure en définitive qu'une catégorie : l'acte juridique. Et d'ailleurs, dans les cas de carence, cette distinction n'a pas une grande portée car, comme l'écrit justement L. Richer, on ne sait pas si l'administration « serait intervenue par voie d'action matérielle ou par voie de réglementation »⁵⁶.

Le rejet par Eisenmann de la distinction entre actes juridique et matériel l'a conduit à élaborer une autre division entre « actes normateurs » et « actes non normateurs ». Or, cette distinction n'est pas très convaincante. Elle aurait été exempte de critiques si son auteur n'avait pas regroupé dans les actes non normateurs des actes qui ont des « conséquences de droit » et d'autres qui ne les ont pas⁵⁷. En effet, cette dernière sous division n'est pas tout à fait exacte. Ainsi, l'exercice matériel du droit de propriété qu'il a pris comme exemple d'actes qui n'ont pas des conséquences juridiques peut, en réalité, avoir de telles conséquences, ne serait-ce qu'en cas de troubles anormaux du voisinage⁵⁸.

En réalité, il ne faut pas distinguer l'acte juridique et l'acte matériel par leur résultat, car les deux visent un résultat juridique, mais par leurs contenus ; un acte est juridique parce que son contenu principal se résume dans une norme écrite ; c'est le cas par exemple d'une réglementation d'une profession. Il y a dans ce cas nécessairement un écrit et, éventuellement, des réunions avec les professionnels intéressés et des débats, pourtant l'acte est qualifié de juridique parce que son objet principal est de poser une norme. A l'inverse, un acte est matériel, non pas parce qu'il est dénué de tout aspect normatif, mais parce que, ce qui domine en lui, c'est son aspect matériel. Ainsi, le maintien de l'ordre dans

⁵⁶. L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », Economica, Paris, 1978, p. 115.

⁵⁷. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 188 & s.

⁵⁸ Voir en sens J.-P. THERON, « *Responsabilité pour trouble anormal du voisinage en droit public et en droit privé* », J.C.P. 1976, I, n° 2802.

la rue est volontiers qualifié d'opération ou d'acte matériel. Il y a souvent dans ce cas un ordre écrit, la rédaction de procès-verbaux, etc., mais ce qui domine, c'est l'intervention matérielle. Par conséquent, la distinction entre actes juridique et matériel est forcément relative, aussi relative que la distinction en droit privé entre obligation de résultat et obligation de moyen⁵⁹. C'est dans ce sens relatif qu'elle sera utilisée dans cette étude.

En fait, cette distinction est à intégrer dans une catégorie plus globale qui n'est certes pas parfaite. C'est celle entre acte -juridique et (ou) matériel- de réalisation de l'ordre juridique et d'acte -juridique et (ou) matériel- de conformité à l'ordre juridique. Celui-ci regroupe l'acte simple, acte qui est qualifié le plus souvent de procédure ou de simple respect de la légalité⁶⁰. L'acte de réalisation, est soit un acte de création de droit, soit un acte d'application de ce dernier, soit enfin un acte mixte remplissant ces deux fonctions à la fois. L'acte de création par excellence est l'élaboration d'une Constitution et, dans un degré moindre, sa modification ou l'insertion en son sein de nouveaux articles. L'acte d'application serait par exemple une loi d'application de la Constitution ou la conduite d'une guerre conformément à la Constitution et à la loi. L'acte mixte serait par exemple une loi d'application qui établirait des normes nouvelles.

⁵⁹. En droit privé, on distingue, dans les obligations de faire, celles qui sont de résultat et celles qui sont de moyen ou de diligence. Pourtant, les obligations de résultat ne peuvent, en principe, être effectuées sans diligence. Il en va ainsi de l'obligation de livrer un objet ou celle de transporter une personne ; le livreur exécute son obligation avec plus ou moins de précautions et le transporteur la sienne avec plus ou moins de prudence. De même, les obligations qualifiées de moyen aboutissent souvent à des résultats. Ainsi, l'obligation du médecin de soigner aboutit très souvent à l'heureux dénouement : la guérison. Mais la distinction est justifiée dans la mesure où, dans l'obligation de résultat, les parties au contrat ont en vue ce seul résultat, de la même manière que le publiciste voit dans l'acte juridique la seule norme écrite, et dans l'obligation de moyen la seule diligence, exactement comme dans l'acte matériel où ce qui est essentiellement vu et privilégié, c'est l'aspect matériel au détriment de toute considération normative (A. TUNC, « *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence* », J.C.P. 1945, n° 449, 2 à 11.

⁶⁰. Voir G. BRAIBANT et B. STIRN, « *Le droit administratif français* », Presses des Sciences Po & Dalloz, 2002, p. 230.

Le principe de cette distinction entre acte de réalisation et acte de conformité a déjà été opéré par Kelsen et, dans une moindre mesure, par Eisenmann, mais avec des sens réfutables.

Kelsen semble cantonner l'obligation d'agir à des tâches uniquement matérielles telles que la construction d'écoles et hôpitaux, la distribution de l'enseignement, etc. Ce sont des obligations « d'obéissance au droit »⁶¹ qui sont les seules à pouvoir être attribuées à l'Etat. Si on en croit cet auteur, dans ses fonctions de création et d'application du droit, il y aurait des obligations, mais qui seraient celles que l'Etat tout puissant imposerait aux individus. Cette idée n'est pas sans rappeler l'acte d'autorité qui était employé par opposition à l'acte de gestion⁶². Or, cette position semble fautive ; l'administration peut, en effet, se voir imposer dans ses fonctions juridiques -création ou application du droit- des obligations qui relèvent parfois de l'obligation d'agir⁶³.

Eisenmann, quant à lui, évoque bien l'acte ou, la disposition d' « exécution », de « réalisation », d' « application », de « concrétisation » du

⁶¹. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », 1962, p. 390 & s.

⁶². Selon M. HAURIOU, un acte d'autorité est une décision de commandement qui n'est pas encore conditionnée « par des faits d'exécution » (« *La déclaration de volonté dans le droit administratif français* », R.T.D. civ. 1903, p. 554). Un acte de gestion consiste à « exécuter une opération », à « assurer la marche d'un service organisé », à « gérer le domaine privé de l'administration », « il y a gestion -publique ou privée- quand il y a exécution » (HAURIOU, *Ibid.*, p. 557). Tandis que l'acte d'autorité ne peut, en principe, être contesté que par le biais du recours pour excès de pouvoir (HAURIOU, *Ibid.*, p. 555), l'acte de gestion ne peut l'être que par un recours en réparation. Néanmoins, le fond de cette distinction repose sur l'exécution, comme le montrent les définitions précitées. Or, sur ce point, la distinction est critiquable. On peut par exemple se demander, dans l'hypothèse où un acte d'autorité est exécuté, s'il demeure toujours un acte d'autorité ou s'il se transforme en acte de gestion. S'il demeure un acte d'autorité, cela montre que la distinction est contestable. S'il se transforme en acte de gestion, cela signifie qu'en réalité la distinction acte d'autorité et acte de gestion désigne deux phases d'un même acte, le premier, la phase de décision et, le second, la phase d'exécution. Par conséquent, aussi bien dans l'un que dans l'autre cas, la distinction est remise en cause. Du reste, il ne peut y avoir d'un côté un acte d'autorité et de l'autre un acte de gestion parce que cela signifierait que dans le deuxième acte il n'y a pas de décision. Or, cela est impossible ou très exceptionnel. En principe donc, acte d'autorité et acte de gestion relèvent d'un même acte. Cela explique peut-être l'abandon, aujourd'hui, de cette distinction.

⁶³. Lorsque l'administration, dans des circonstances qui seront étudiées, doit édicter une mesure de police, l'édition de cette mesure s'impose à elle comme son contenu s'impose aux administrés. Il ressort de cet exemple, comme dans d'autres, que la personne publique en appliquant le droit, crée du droit. Telles sont ses deux fonctions essentielles. Une troisième qui serait celle « d'obéissance au droit » est, en réalité, inutile. En effet, cette fonction est déjà incluse dans celle d'application du droit.

droit⁶⁴, mais il confond cet acte avec l'acte de conformité. Pour lui, l'application ou la concrétisation « ne peut jouer que dans les rapports entre norme individuelle et règle générale », et non « entre deux règles générales ». On peut parler de réalisation de la règle de droit dans le premier cas parce que la norme individuelle est une application conforme de la règle générale. En revanche, cela est impossible dans le second cas parce que l'acte d'application n'est pas totalement conditionné par l'acte supérieur qu'il prétend appliquer⁶⁵. Ce sens paraît étroit car, en réalité, il y a réalisation du droit notamment lorsqu'un acte qu'il soit individuel ou réglementaire a été permis ou a été pris sur le fondement d'une norme juridique.

Cependant, il convient d'observer que l'acte de conformité n'est pas indépendant de l'acte de réalisation dans la mesure où ce dernier doit respecter les formalités et interdictions qui existent dans l'ordre juridique. L'interdépendance de ces deux actes rend par-là même imparfaite la distinction proposée⁶⁶. Mais celle-ci sera retenue parce qu'elle se révèle particulièrement intéressante pour la présente étude. D'une part, on ne peut parler d'obligation d'agir au vrai sens du terme que s'agissant des actes de réalisation dont la confection est impérative. L'obligation de faire un acte de conformité relève de la légalité. L'obligation d'agir véritable est une notion dynamique qui ne se résout pas uniquement à cette dernière dimension. D'autre part, la dichotomie entre l'acte de réalisation et l'acte de conformité reproduit la dialectique existant entre la personne et le droit. Par l'acte de réalisation, la personne, et en ce qui concerne cette recherche, la personne publique a une emprise sur l'ordre juridique. Il lui permet en effet de donner une certaine orientation au droit grâce à la possibilité qu'il offre d'édicter des règles nouvelles. Au contraire, par l'acte de conformité, le droit rejaillit sur le comportement humain en général, et sur

⁶⁴. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 229

⁶⁵. Voir les exemples qu'EISENMANN donne, Ibid., p. 229 & s.

⁶⁶. Cela témoigne de la relativité de toute classification. Même en ce qui concerne EISENMANN, il avoue qu'il est difficile de séparer l'acte normateur de l'acte matériel car le premier n'est pas exempt du second (op. cit., t2, p. 234).

celui de la personne publique en particulier. Cet acte exige que le droit soit respecté. La personne publique doit par conséquent régler sa conduite en fonction du contenu de celui-ci.

Ce que précède autorise à considérer que l'acte en cause dans l'obligation d'agir des personnes publiques est un acte de réalisation du droit. Les termes acte juridique et acte matériel auxquels cette étude se référera ultérieurement devront être entendus dans ce sens.

En outre, pouvant être source de confusion, le terme « personnes publiques » doit être clarifié. Ce sont les personnes morales de droit public⁶⁷, terme qui renvoie à l'Etat, communes, départements, régions⁶⁸, ainsi qu'à leurs établissements publics selon J.-P. Théron⁶⁹. Cette étude portera sur ces

⁶⁷. Le concept de personne morale est une création jurisprudentielle ; c'est la Cour de cassation qui, « dans deux arrêts du 23 février 1891 et 2 mars 1892 » (S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 123 & s.) créa la personne morale pour la distinguer de la personne physique qui, seule, existait jusque-là. Par conséquent, les personnes publiques n'ont pas une existence réelle mais juridique. En effet, elles n'existent que grâce au droit. Et elles n'agissent qu'à travers la fiction de l'attribution, à savoir, des actes faits par certains individus leur sont attribués parce que l'ordre juridique veut qu'il en soit ainsi (Voir KELSEN, l'auteur qui fait autorité sur ces questions (« *Théorie pure du droit* », op. cit., pp. 200 & s., 233 & s., 236 & s., 384 & s., et p. 410)). Par conséquent, il sera parfois difficile de distinguer l'obligation d'agir des personnes publiques de celle de leurs agents. C'est tout le problème de la distinction entre faute de service et faute personnelle (T.C., 30 juillet 1873, « *Pelletier* », G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 8). Constituent une faute personnelle « tout acte extra fonctionnel effectué par un fonctionnaire dans son propre intérêt ou pour satisfaire ses passions (...) toute maladresse lourde (...) toute circonstance révélant une intention mauvaise » (Arrêt du 8 juin 1944, D., 1945, cité par MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée., p. 458 ; voir aussi DUEZ, « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », op. cit., p. 153). Quant à la faute de service, elle est généralement définie comme étant une faute d'un agent, mais commise dans l'exercice de ses fonctions et qui n'a pas les caractères de la précédente. C'est pourquoi la doctrine pense qu'elle est anonyme, c'est-à-dire qu'elle est imputée directement à la personne publique alors, qu'en réalité, elle a été commise par un agent (Concl. Mosset sur C.E., 16 mars 1956, « *Epoux Domenech* », Rec., p. 126 ; J. MOREAU, « *La responsabilité administrative* », op. cit., p. 65 & 66). C'est pour cette raison aussi que le juge utilise, souvent, le système de cumul intégral de responsabilité (C.E., 12 février 1909, « *Cie commerciale de colonisation du Congo français* », Rec., p. 153 ; T.C., 6 mai 1918, « *Lempereur* », Rec., p. 419) ou simplement partiel (C.E., 26 juillet 1918, « *Epoux Lemonnier* », Rec., p. 761, concl. Blum). Il signifie une mise en cause indirecte des personnes publiques dans la mesure où la faute est, en vérité, celle d'un agent identifiable ou pas, mais dont les personnes publiques doivent supporter les conséquences pour des raisons d'équité ou dans l'intérêt des victimes (voir LASRY et GEORGE, « *Responsabilité de la puissance publique* », art. précité, n° 239 & s.). Ainsi, dans l'arrêt Lemonnier, précité en note, un dommage a été le fait à la fois d'une faute personnelle et de service.

⁶⁸. DUEZ, « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », op. cit., intro., p. 10.

⁶⁹. En effet, J.-P. THERON fait remarquer que les établissements publics sont bien des personnes publiques, mais auxquelles sont appliquées des règles moins contraignantes pour leur « permettre une

personnes et éventuellement sur certaines personnes privées chargées d'une mission de service public⁷⁰.

Enfin, le terme « abstention » associé à la notion de faute, auquel il conviendra de recourir pour appréhender l'obligation d'agir, peut également prêter à confusion. En effet, pour raisonner en termes d'abstention, il ne faut pas attendre que le juge utilise explicitement cette notion, car elle a plusieurs synonymes dont les plus usités au contentieux sont le refus, la carence, et dans une moindre mesure l'inaction. Le problème est que, entre le refus et la carence, semble exister une nuance.

La carence paraît se caractériser par des refus répétés comme cela a été le cas dans l'arrêt « Jarron et société Porn-Ail » du 16 février 1977 dans lequel le maire n'ayant pas agi malgré des demandes répétées d'un riverain « de faire dégager les matériaux et plantations installés indûment sur la voie publique et qui rendaient difficile l'accès normal de (son) immeuble », la responsabilité de la commune a été engagée pour faute lourde⁷¹.

gestion publique adaptée » (« *Recherche sur la notion d'établissement public* », th. Toulouse, L.G.D.J., Paris, 1976, p. 122).

⁷⁰. La mission de service public est confiée à certaines personnes privées généralement par contrat (C.E., 11 mars 1910, « *Cgie générale française des tramways* », Rec., p. 216 ; S. 1911, III, p. 1, concl. Blum, note Hauriou ; R.D.P. 1910, p. 210, note Jèze ; C.E. sect., 20 avril 1956, « *Epoux Bertin* », Rec., p. 167 ; A.J.D.A. 1956, II, p. 272, concl. Long, et p. 221, chr. Fournier et Braibant ; R.D.P. 1956, p. 869, concl. Long, note Waline ; D. 1956, p. 433, note de Laubadère). Mais elle peut l'être en dehors de tout contrat (C.E. ass., 13 mai 1938, « *Caisse primaire Aide et protection* », Rec., p. 417 ; R.D.P. 1938, p. 830, concl. Latournerie ; D. 1939, III, p. 65, concl., note Pépy). Cette mission leur permet non seulement d'exercer certaines prérogatives de puissance publique comme l'édition d'acte administratif (C.E. ass., 31 juillet 1942, « *Monpeurt* », Rec., p. 239 ; S. 1942, III, p. 37, concl. Ségalat ; J.C.P. 1942, II, n° 2046, concl., note Laroque ; D. 1942, p. 138, concl., note P.C. ; R.D.P. 1943, p. 57, concl., note Bonnard), mais aussi d'être soumises pour certains de leurs aspects (Par exemple, les « règles sur les cumules d'emplois » ou « sur la grève dans les services publics » (M. Long, P. Weil, G. Braibant et al., obs. sous C.E. ass., 13 mai 1938, « *Caisse primaire Aide et protection* » précitée, G.A.J.A. 14^{ème} éd. 2003, p. 335) sont applicables aux personnes privées chargées d'une mission de service public) à la compétence du juge administratif. C'est la raison pour laquelle les obligations d'agir que les personnes privées rencontrent à l'occasion de l'exercice d'une mission de service public seront dans une certaine mesure assimilées aux obligations d'agir des personnes publiques.

⁷¹. « *Code général des collectivités territoriales* », 2^{ème} éd. 1998, Annotations à l'art. L 2212-2, pp. 341 & 342.

Néanmoins, G. Guivarc'h trouve à la carence une autre définition : C'est « une action insuffisante au regard des exigences du droit »⁷². Il ne s'agit donc pas « véritablement d'une obligation d'agir », écrit cet auteur⁷³. Il convient d'observer que ce point de vue 'exprime' plutôt une définition qualitative de la carence et que dans sa définition quantitative, la carence rejoint le sens de l'abstention. Dans cette définition quantitative en effet, la carence est l'absence d'actions ou d'actes des autorités administratives. Par conséquent, dans cette dernière définition, si la carence est jugée illégale ou fautive, on peut en principe en déduire l'existence d'une obligation d'agir. C'est le même système de raisonnement que dans le cas d'un refus. Celui-ci, même s'il est implicite et qu'il tient lieu de décision⁷⁴ de rejet, doit s'analyser comme une abstention pure et simple⁷⁵.

En principe, l'abstention est le fait de ne pas agir volontairement. Car on verra⁷⁶ que l'hypothèse de l'abstention n'est souvent concevable que si elle a été suscitée par une demande d'un administré. Mais la règle selon laquelle une action contentieuse doit être dirigée contre une décision administrative préalable étant générale, elle n'instaure aucune différence entre le terme abstention et ses synonymes. Dès lors, il convient d'affirmer que l'inaction, le refus et, dans certains cas, la carence, sont tous des figures de l'abstention.

La preuve ultime est que dans un même jugement⁷⁷, les mots « abstention », « carence » et « refus » sont utilisés pour désigner un même fait : l'inaction du gouvernement à prendre un texte réglementaire d'application d'un décret. Le juge déclare que « la dame veuve Renard a réclamé l'allocation d'une indemnité en réparation du préjudice qu'elle estimait lui avoir été causé par la

⁷². G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 400.

⁷³. G. GUIAVARC'H, Ibid.

⁷⁴. Voir G. GUIAVARC'H, Ibid., p. 434.

⁷⁵. G. GUIAVARC'H, Ibid., p. 388.

⁷⁶. 1^{ère} partie, titre II, chapitre I.

⁷⁷. C.E., 27 novembre 1964, « *Dame veuve Renard* », A.J.D.A. 1964, p. 723.

carence du gouvernement »⁷⁸ ou « qu'une abstention aussi prolongée équivaut de la part du gouvernement à un refus de satisfaire à l'obligation qui lui incombait »⁷⁹. Cela atteste en définitive que le sens visé est le même bien que les termes mis en œuvre pour l'exprimer soient différents.

Cette mise au point n'est pas fortuite ; elle permettra de saisir la faute résultant de l'abstention où elle se trouvera, même dissimulée derrière d'autres vocables. Ces précisions étant apportées, il convient à présent de déterminer les problématiques de cette recherche.

3- PROBLÉMATIQUES

L'étude de l'obligation d'agir des personnes publiques paraît, à l'état actuel du droit, relever de l'aporie. En effet, malgré son caractère central pour le droit public et son origine lointaine, l'obligation d'agir n'a pas encore fait l'objet d'une identification ou d'une définition claire.

Montané de la Roque explique que l'irrecevabilité du recours tendant à obliger la personne publique à exécuter un travail public montre qu'elle n'est pas tenue en la matière à une obligation d'agir⁸⁰. *A contrario*, la recevabilité permettrait d'identifier celle-ci. Or, ce type de requête était toujours rejeté car il n'existait pas, dans le droit administratif, de recours permettant de contraindre la personne publique à agir. Le juge s'interdisait de l'enjoindre. En conséquence, la recevabilité ne peut être considérée comme étant un critère de définition de l'obligation d'agir. La difficulté de la définir semble donc réelle.

Néanmoins, différentes définitions plus convaincantes, mais non entièrement satisfaisantes, ont été proposées par une partie de la doctrine.

⁷⁸. Voir 3^{ème} considérant.

⁷⁹. Voir 4^{ème} considérant.

⁸⁰. MONTANÉ de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 264.

Il s'agit d'abord de G. Guiavarc'h qui considère avec clairvoyance que la sanction de l'abstention d'une personne publique montre que celle-ci avait, dans l'affaire considérée, « une obligation d'action, ou plutôt obligation d'agir »⁸¹.

En revanche, son opinion selon laquelle la jurisprudence représente la source unique de l'obligation d'agir⁸² apparaît contestable. Pour lui, lorsque l'interdiction de l'abstention provient d'un texte explicite, il n'y a pas, dans ce cas, obligation d'agir. Celle-ci n'existe que si l'interdiction provient de l'autorité unilatérale du juge⁸³. Or, force est de remarquer que cette distinction relève de l'arbitraire, car si les sources sont différentes, dans les deux cas il y a prescription d'action et donc obligation d'agir. Ce point de vue a néanmoins le mérite de faire apparaître que l'obligation d'agir ne peut exister sans sanction⁸⁴.

⁸¹. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 8. On trouve la même idée chez DUEZ (« *La responsabilité de la puissance publique...* », p. 16).

⁸². G. GUIAVARC'H, *Ibid.*, pp. 28, 30 & 32.

⁸³. G. GUIAVARC'H, *Ibid.*, pp. 10 & s.

⁸⁴. Voir G. GUIAVARC'H, *Ibid.*, p. 555. De même, Kelsen soutient que la sanction est l'élément le plus important, voire l'élément unique, qui permet de conclure à l'existence d'une obligation et, par conséquent, d'une obligation d'agir. Il écrit, en effet, que « l'obligation juridique d'un individu à une certaine conduite consiste (...) en ce qu'une conduite contraire de sa part est érigée en condition d'une sanction » (« *Théorie pure du droit* », 1962, p. 370 ; voir aussi pp. 44 et 48, p. 68 & s., p. 241, p. 398 & s). Cette analyse nous paraît extrême pour les raisons qui vont suivre. En écrivant que l'obligation juridique « n'est pas (...) la conduite qui doit avoir lieu » (KELSEN, *Ibid.*, p. 162), mais « l'acte de contrainte établi comme conséquence de la conduite contraire et qui joue un rôle de sanction » (KELSEN, *Ibid.*, p. 163), Kelsen considère, sauf à s'y méprendre, que la sanction serait un critère cardinal de l'obligation d'agir. En fait Kelsen situe l'obligation juridique au niveau de la sanction pour une raison très simple ; c'est que le comportement obligatoire contenu dans la norme n'a pas, la plupart du temps, effectivement lieu, et donc incontournable devient la sanction. Mais le problème de l'inapplication de la norme que l'auteur veut contourner, rejaillit au niveau de la sanction. En effet, souvent celle-ci n'est pas appliquée par les personnes publiques. Et surtout, dans certaines hypothèses, le juge ne l'ordonne pas. On peut même se demander s'il est juste de traduire la sanction en terme de droit ou d'obligation. Car si elle est une obligation pour l'organe d'exécution, il est difficilement admissible qu'elle soit un droit pour la personne qui en est l'objet. Le problème se pose de cette façon lorsqu'on reconnaît que là où il y a une obligation, il y a en même temps un droit (voir KELSEN, *Ibid.*, pp. 180 et 181). Il est vrai que la personne en faveur de qui la sanction est prononcée a droit à son exécution. Et dans le cas où cette personne n'existe pas, c'est-à-dire n'est pas identifiable juridiquement, on peut estimer que c'est la collectivité qui en bénéficie. Néanmoins, cela montre l'inconvénient qu'il y a à parler de droit ou d'obligation concernant la sanction. En dehors de cette position extrême, l'idée de base dans la pensée de Kelsen, à savoir la liaison plus ou moins étroite entre l'obligation et la sanction paraît acceptable. Car il ne peut y avoir d'obligation d'agir, s'il y a une déconnexion complète entre ces deux notions. En d'autres termes, une obligation d'agir qui n'est pas susceptible de sanction est forcément une fausse obligation ou, tout au plus, une obligation morale. Même l'obligation morale comporte des sanctions célestes et la désapprobation sociale (KELSEN, *Ibid.*, p. 39). La pensée de son disciple, Eisenmann, pour qui une règle n'est véritablement juridique

Il s'agit ensuite de C. Eisenmann⁸⁵ et de G. Timsit⁸⁶ pour qui l'obligation d'agir consiste dans le fait « d'édicter une norme »⁸⁷. Mais, on peut se demander pourquoi l'obligation d'agir se limiterait à l'édiction de normes ? Guiavarc'h en a avancé la raison suivante : c'est parce que toute obligation d'agir est « réductible à une approche normative »⁸⁸. Cette opinion provient sans doute d'une surestimation de l'acte juridique au sein de l'activité administrative puisque, de premier abord, la majorité des actes administratifs paraissent être des actes juridiques.

Néanmoins, il est loisible de se demander pour quelle raison l'obligation de faire une opération matérielle ou à dominante matérielle ne serait pas une obligation d'agir ? Ainsi, doit-on exclure la lutte contre l'incendie, l'organisation du service des pompes funèbres etc., de l'obligation d'agir des communes ? Pourquoi réserver un traitement différent entre une opération à dominante

que si elle est susceptible d'être contrôlée par le juge (« *Cours de droit administratif* », op.cit., t2, p. 300 ; voir aussi J. M. PERITCH, « *Quelques observations sur le problème des sources du droit et la fonction de la loi* », Mélanges Gény, II, Sirey, 1934, p. 233.) peut être accueillie favorablement. Car l'absence de contrôle est, en quelque sorte, une négation de la règle ; sans contrôle une personne à qui la règle s'impose peut prétendre l'avoir respectée, alors qu'en réalité, il n'en est rien. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous approuvons aussi la pensée d'Eisenmann selon laquelle une règle qui n'est pas contrôlée ou qui n'est pas susceptible de contrôle n'est pas juridiquement efficace. Et pour l'efficacité de ce contrôle, Eisenmann préconise qu'il soit diligenté par un organe autre que celui qui est concerné par la règle (Ibid., p. 280 & s.) ou par l'obligation. Néanmoins, il peut être déduit de la conception du droit de certains auteurs (Ex : MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 384 ; L. DI QUAL, « *La compétence liée* », th., p. 132.) que la sanction n'entre pas dans les composantes définitives de l'obligation d'agir des personnes publiques. Autrement dit, la sanction n'est pas importante pour la définition d'un droit et, par conséquent, de l'obligation d'agir. Ainsi pour Duguit (Cité par MONTANE de la ROQUE, th. précitée, p. 57), « la notion de droit est étrangère à celle de sanction ». De même, selon Marty et Raynaud (Cités par S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., 1974, p. 299), une « règle de droit n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée... ». Laferrière (Cité par MONTANE de la ROQUE, th. précitée, p. 383), évoquant l'obligation d'exécution des jugements, affirme que « le devoir juridique est certain, la sanction seule peut faire défaut ». P. DAILLIER et A. PELLET s'expliquent mieux lorsqu'ils écrivent que « ce n'est pas la sanction-répression qui est la marque du droit mais le *sentiment de l'obligation*, qu'ont les destinataires des règles... » (« *Droit international public* », L.G.D.J., Paris, 7^{ème} éd.2002, p. 91). Au fond, ces auteurs soutiennent que la norme juridique est indépendante de la sanction.

⁸⁵. C. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, pp. 10, 269 & 270.

⁸⁶. G. TIMSIT, « *Compétence liée et principe de légalité* », Recueil Dalloz, 1964, pp. 218 & s.

⁸⁷. G. GUIAVARC'H partage aussi cette définition (« *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 10 & p. 359).

⁸⁸. G. GUIAVARC'H, Ibid., p. 18 & p. 464.

juridique et une opération à dominante matérielle, alors que dans les deux cas la personne publique doit agir?

Enfin, si la définition de l'obligation d'agir par référence à une norme s'est révélée insuffisante, ce n'est pas le cas de celle adoptée par Barthélemy d'une part et de Jèze de l'autre. D'après ce dernier, l'obligation d'agir serait l'obligation des personnes publiques d'exercer leurs fonctions, leurs missions⁸⁹. Et d'après le premier, elle représenterait l'exercice d'une compétence, d'une attribution ou d'un acte obligatoire⁹⁰. C'est le critère d'acte qui est mis en avant par ces deux auteurs, malgré quelques variations dans leurs formulations⁹¹. L'obligation d'agir serait donc, dans un premier temps seulement car elle appellera d'amples éclaircissements, l'obligation d'exercer un acte quel qu'il soit.

On pourrait du reste se demander s'il n'y a pas véritablement obligation d'agir qu'au moment où la condition de son activation s'est réalisée. Ainsi, est-ce que ce n'est pas la déclaration d'un incendie qui déclenche l'action des pompiers? Ou encore, est-ce que ce n'est pas la demande d'un citoyen qui explique que l'administration doit abroger un règlement illégal⁹²? Est-ce que ce n'est pas celle d'un étranger qui a droit à l'asile, c'est-à-dire qui satisfait à toutes les conditions de son octroi, qui explique que l'administration doit l'accorder? En vérité, ni la déclaration d'un sinistre, ni la demande d'un administré ne sont pas, à elles seules, suffisantes pour conclure à l'existence d'une obligation d'agir⁹³. Car si dans ces cas il n'y avait pas de textes qui obligeaient la personne

⁸⁹. JEZE, « *Essai d'une théorie générale de l'abstention dans le droit public* », art. précité, p. 764 & s.

⁹⁰. BARTHELEMY, « *L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public* », art. précité, p. 505 & s.

⁹¹. Y. GAUDEMET, lui aussi, adopte ce critère. En effet, selon lui, il n'y a en principe obligation d'agir que si « un texte prescrit de manière précise à l'administration de prendre une mesure » (« *Traité de droit administratif* », t1, L.G.D.J., Paris, 16^{ème} éd. 2001, p. 571.

⁹². C.E., ass., 3 février 1989, « *Compagnie Alitalia* », Rec., p. 44 ; G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 685.

⁹³. Néanmoins, parfois la demande s'avère très liée à l'obligation d'agir. Il en est ainsi dans les hypothèses relevées par S. THERON et dans lesquelles la personne publique ne peut agir spontanément car son action semble conditionnée par la requête de l'administré (« *La notion de condition, contribution à l'étude de l'acte administratif* », th. précitée, pp. 297, 298, 300, 302 & s.). Ces hypothèses sont par exemple la délivrance de récépissés de création d'association ou de certificats

publique à agir, il n'y aurait pas d'obligation d'agir, mais tout au plus une faculté d'agir. Cependant, les textes sont-ils les seuls déterminants dans l'identification de l'obligation d'agir des personnes publiques ? La réponse à cette question doit être nuancée.

Certaines obligations d'agir ne sont en fait, sans ce facteur « déclenchant », que de simples formulations de règle de droit. Ainsi, une loi peut accorder à l'exécutif un délai à l'issue duquel il doit prendre un texte pour son application. Ce n'est qu'à partir de ce délai, condition suspensive selon les privatistes⁹⁴, que l'obligation d'adopter le texte en question naît réellement. De ce point de vue et toute proportion gardée, le facteur « déclenchant » fait partie intégrante des critères d'identification de l'obligation d'agir. En l'absence de ce facteur, une obligation positive considérée peut, en réalité, ne pas être une obligation d'agir, mais une obligation générale -c'est-à-dire- une simple formulation d'une règle de droit⁹⁵.

Mais si le facteur « déclenchant » compte parmi les critères de l'obligation d'agir, il ne peut être qu'un critère « activant » l'obligation d'agir dans la mesure où celle-ci existait déjà à l'état passif ou virtuel. Par conséquent, loin d'être essentiel et déterminant, le facteur « déclenchant » est un critère secondaire, mais qui a un rôle à jouer. Car, il ne faudrait pas perdre de vue que l'obligation d'agir est avant tout une notion dynamique, c'est-à-dire qui est au cœur du mouvement de l'administration. Ces conditions de déclenchement de

d'urbanisme ou l'octroi de certaines autorisations notamment en matière d'ouverture d'officines pharmaceutiques.

⁹⁴. La condition suspensive concerne « la naissance de l'obligation » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y.FLOUR et E. SAVAUX, « *Les obligations : le rapport d'obligation* », Armand Colin, 3^{ème} éd. 2004, p. 195, n° 277). Celle-ci ne naît que si l'événement considéré comme étant la condition se réalise.

⁹⁵. Ainsi, l'obligation générale de sécurité formulée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme du 26 août 1789 ne se mue en obligation d'agir que dans des cas concrets, par exemple à l'occasion d'un accident dans lequel l'administration n'a pas apporté les « premiers soins à la victime » (C.E., 28 mai 1948, « *Mack* », Rec., p. 242).

l'obligation d'agir sont à distinguer des conditions de son exécution, à savoir par exemple les conditions de forme ou de procédure de l'acte⁹⁶.

Cette approche préliminaire de l'identification de l'obligation d'agir des personnes publiques permet d'ores et déjà d'opérer une délimitation. Celle-ci s'impose car toutes les obligations administratives ne sauraient relever de l'obligation d'agir. Il convient dès lors de distinguer celle-ci des notions qui lui sont voisines afin d'écartier tout amalgame.

Il convient d'abord d'observer que l'obligation d'agir n'est pas en tout point assimilable à la compétence liée. Sa compétence est dite liée lorsque la personne publique se trouve dans une situation d' « obligation d'agir ou de s'abstenir et, en cas d'action, d'agir dans un sens déterminé »⁹⁷ ou lorsqu'en présence d'une situation donnée, elle « est tenue de statuer d'une façon déterminée »⁹⁸. La lecture combinée de ces deux définitions conduit à considérer que l'obligation d'agir se rattache et se détache de la compétence liée.

Elle s'y rattache parce qu'elle se révèle comme une sous catégorie de la compétence liée, celle-ci englobant en effet l'obligation d'agir et l'obligation de non agir. Ainsi, l'obligation -d'agir- d'édicter une mesure de police, dans certaines circonstances qui seront étudiées, constitue une compétence liée.

⁹⁶. Bien plus, ce facteur « déclenchant » est encore moins déterminant s'agissant des obligations d'agir dans lesquelles entre en jeu, l'appréciation, une certaine initiative du débiteur de l'obligation. C'est ainsi qu'en cas de menace très grave à l'ordre public, la personne publique doit intervenir par des mesures appropriées. Mais c'est elle qui juge la gravité de la situation sous réserve d'un contrôle juridictionnel. Il est loisible d'objecter que c'est la gravité de la menace qui déclenche l'obligation d'intervention. Mais cette objection paraît discutable. Elle semble justifiée parce que sans une menace grave, l'obligation d'intervention n'existerait pas. Elle paraît fautive car cette menace n'implique pas une automaticité d'action comme dans le cas d'un juge saisi d'une requête (Le juge ne peut pas « *se saisir d'offices* des litiges » S. BELAID, op. cit., 1974, p. 295. Mais dès qu'un recours est formulé devant lui, il doit y répondre, c'est « *une condition de déclenchement* du fonctionnement de l'institution » (Ibid., p. 296). C'est ici qu'on peut parler d'automaticité). En effet, une menace grave est simplement un standard que les personnes publiques apprécient.

Enfin, le facteur « déclenchant » n'a aucune importance s'agissant de certaines obligations d'agir. Ainsi, une obligation de prendre un texte d'application qui prend effet immédiatement après la promulgation de la loi coïncide directement avec une obligation d'agir.

⁹⁷. B. KORNPORST, « *La compétence liée* », R.D.P. 1961, p. 941.

⁹⁸. D. CHABANOL, « *Contrôle de légalité et liberté de l'administration* », A.J.D.A. 1984, p. 15, col. 2 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, « *La compétence liée permet-elle à l'administration de violer la loi ?* », Rev. Admin. 1984, p. 574.

Celle-ci a été jugée présente dans une affaire où il existait au contraire une obligation de non agir. En effet, le requérant ne remplissant pas les conditions pour se présenter à un concours exceptionnel de recrutement de magistrats, le juge a considéré que « l'autorité administrative se trouvait...en situation de compétence liée pour opposer à l'intéressé un refus d'admission à concourir »⁹⁹.

Elle s'en détache dans la mesure où la compétence liée désigne uniquement les cas dans lesquels la personne publique est obligée de prendre un acte juridique. Car la compétence est généralement définie comme symbolisant « l'aptitude légale à faire des actes juridiques »¹⁰⁰. En revanche, l'obligation d'agir peut porter aussi bien sur des actes juridiques telle l'édiction d'un texte d'application d'une loi, que sur des actes matériels tels que la « démolition d'un immeuble menaçant ruine »¹⁰¹, étant entendu que la frontière entre ces deux catégories d'actes s'avère relative.

Ensuite l'obligation d'agir se distingue de ce qu'il convient de qualifier d'obligation « simple ». Le critère de distinction entre ces deux types d'obligations réside dans l'acte. En effet, alors que ce dernier est présent dans l'obligation d'agir, il apparaît absent dans l'obligation simple.

L'obligation est simple parce qu'elle n'impose pas à la personne publique un acte précis. C'est le cas de l'obligation générale de sécurité formulée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme du 26 août 1789. Il ne s'agit pas d'obligation d'agir car la prescription étant trop vague et générale, il n'existe pas un acte identifiable. En revanche, l'obligation générale de sécurité se mue en obligation d'agir dans des hypothèses concrètes. C'est ainsi qu'en cas de manifestation, les services de police doivent surveiller celle-ci pour qu'elle ne se transforme pas en émeute. Par conséquent, la différence entre l'obligation simple et l'obligation d'agir apparaît surtout dans la formulation. La première

⁹⁹. C.E., 4 octobre 2000, « Bertin », Rec., p. 384.

¹⁰⁰. A.-M. Le BOS-Le -POURHIET, « *La substitution de compétence en droit public* », th. Paris, 1983, pp. 7 & 9 ; voir P. PY, « *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux* », th., L.G.D.J., 1976, p. 56.

¹⁰¹. B. KORNPROBST, « *La compétence liée* », art. précité, p. 941.

est formulée en de termes tellement vagues qu'elle ne peut être considérée comme mettant à la charge des personnes publiques un acte précis. Au contraire, la seconde est formulée de telle sorte qu'il en ressort un acte précis.

L'obligation est simple aussi lorsqu'elle porte sur les conditions d'exercice de l'acte. L'obligation d'agir porte sur l'impulsion de l'acte lui-même. Relève ainsi de l'obligation simple, l'obligation de motiver un acte administratif ou un jugement, alors que l'obligation de prendre l'acte ou celle de juger une affaire dont un tribunal est saisi constituent des obligations d'agir.

L'acte qui semble apparaître dans l'obligation simple constitue en réalité non pas un acte de réalisation, mais un acte de conformité. En effet, tandis que dans l'obligation d'agir, la personne publique réalise le droit, dans l'obligation simple, elle ne fait que le respecter, que s'y conformer. L'expression obligation simple sera plus souvent usitée pour désigner les cas dans lesquels les conditions de légalité doivent être respectées. Car, la distinction entre cet aspect et l'obligation d'agir est souvent très délicate et, par conséquent, sujette à confusions. La distinction entre l'obligation de prendre un texte d'application et celle de le prendre dans un certain délai l'attestera.

Il convient enfin de noter que l'obligation d'agir et l'obligation de faire, quoique comportant toutes deux un acte, ne peuvent être confondues principalement parce que leurs sources diffèrent. L'obligation d'agir concerne des actes d'une large portée dont le caractère obligatoire ne peut découler que de l'autorité de la loi ou du règlement, autrement dit, de l'autorité d'actes unilatéraux. Au contraire, l'obligation de faire a toujours visé des actes d'une portée limitée entre des parties réciproquement et librement liées par un contrat. L'obligation de l'Etat d'exécuter les décisions de justice est une obligation d'agir découlant de la loi et la jurisprudence. Les effets de cette obligation ne se limitent pas entre l'Etat et la personne nantie d'un jugement, mais a une répercussion sur toute la société. En effet, elle contribue à garantir la paix sociale. En revanche, son obligation de régler l'achat de fournitures militaires

est une obligation de faire née du contrat entre lui et le fournisseur. Il conviendra d'affiner cette distinction et en étudier les fondements ainsi que la portée.

Ainsi identifiée, l'obligation d'agir demeure néanmoins une notion dont les manifestations, se révèlent difficiles à saisir. Elle se rencontre dans des hypothèses aussi disparates que l'exécution des lois, l'abrogation d'actes administratifs illégaux, le maintien de l'ordre public, le contrôle des contrats administratifs... Ces hypothèses étant très nombreuses, toute tentative visant à les citer toutes paraît vaine. Dès lors, sera privilégiée la démarche consistant à regrouper autour de critères rationnels les hypothèses d'obligations d'agir les plus représentatives des problèmes qui seront abordés.

Dans certains domaines, l'obligation d'agir apparaît par rapport aux autres obligations administratives comme étant le principe. En effet, dans ces domaines, l'obligation d'agir est prégnante. Le maintien de l'ordre public représente l'exemple type. Car, contrairement à ce qu'il paraît, les autorités de police n'ont pas l'obligation de maintenir l'ordre public uniquement en cas de péril grave. Cette obligation s'impose à elles également en dehors de tout péril. C'est en ce sens semble-t-il que certains auteurs ont pu estimer qu'une obligation générale de sécurité pèse sur les personnes publiques. L'exécution des jugements sera, entre autres, également citée en tant que constituant un domaine de prédilection de l'obligation d'agir. Il conviendra de rechercher les raisons de l'étendue des obligations d'agir répondant au critère proposé.

Au contraire, dans d'autres domaines l'obligation d'agir apparaît assez exceptionnelle. Il en est ainsi parce que celle-ci se manifeste souvent dans des domaines dans lesquels la faculté d'agir ou l'obligation de faire préside l'action administrative. Ainsi, la création de services publics sera citée au titre de la première hypothèse. Rares sont en effet les services publics nationaux dont la création s'impose à l'Etat. Les services publics locaux obligatoires se révèlent plus nombreux, mais même dans ce cas, le principe qui domine demeure la faculté. En effet, la création de services publics locaux reste largement ouverte.

Autrement dit, les collectivités locales, au premier rang desquelles la commune car elle est au contact direct de la population, peuvent créer autant de services publics qu'elles le désirent. La seule restriction réside dans le fait qu'elles doivent respecter la liberté d'entreprendre¹⁰².

Concernant la seconde hypothèse, il conviendra de citer les contrats administratifs. En effet, la majorité des obligations contenues dans ces types d'actes constituent des obligations de faire. L'obligation d'agir n'apparaît parfois qu'au niveau de l'exercice par la personne publique cocontractante de prérogatives de puissance publique. A ce sujet, la question se posera de savoir dans quelle mesure les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales, ainsi que celui du contrôle des contrats administratifs deviennent obligatoires.

De même, l'obligation d'agir se manifeste rarement dans des domaines où elle fait l'objet de conditions assez strictes. Il en est ainsi en matière d'abrogation d'actes administratifs dans laquelle pour que l'administration soit obligée d'agir, il faut non seulement que l'acte soit entaché d'illégalité, mais aussi qu'il soit de nature réglementaire.

Bien plus, certains auteurs n'hésitent pas à faire dépendre cette obligation des requêtes des administrés. Il sera intéressant de souligner que cette dernière condition ne constitue en réalité qu'un facteur déclenchant non indispensable à la manifestation de l'obligation d'agir comme le confirmera la jurisprudence. Il importera également d'observer que toutes les conditions relatives non seulement à l'obligation d'abrogation, mais aussi celles inhérentes à l'obligation de retrait des actes administratifs tendent à trouver un équilibre entre deux principes contradictoires : la stabilité des textes d'un côté et, de l'autre, la sécurité juridique de l'administré.

Les manifestations de l'obligation d'agir, aussi diverses soient-elles, ont néanmoins un dénominateur commun, à savoir l'importance du pouvoir du juge administratif. En effet, malgré l'origine principalement textuelle des obligations

¹⁰². Cette condition a été instituée très tôt par la loi des 2 et 17 mars 1791.

d'agir, les manifestations de celles-ci dépendent plus ou moins du pouvoir juridictionnel. Aussi, le plus souvent, le juge n'interviendra pas pour créer l'obligation d'agir, mais pour la préciser ou pour la faire dépendre de certaines circonstances. Cette intervention sur des obligations d'agir *a priori* claires représentera pour l'étude de leurs manifestations un facteur de difficulté supplémentaire. Ainsi, le juge décide souvent que le gouvernement peut exécuter son obligation de prendre un texte d'application au-delà du délai pourtant impératif de par la loi. Par contre, il lui impose le respect d'un délai raisonnable, un délai qui n'était pas contenu dans l'obligation d'agir législative. Il a aussi jugé que l'obligation d'exécution des décisions de justice ne s'impose pas à l'Etat s'il existe un risque de troubles à l'ordre public¹⁰³.

L'exemple qui relate le mieux l'omnipotence du pouvoir du juge administratif est sans doute l'obligation de transposition des directives européennes. La raison en est que l'application en France de cette obligation dépend des résultats de la confrontation entre la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et celle du Conseil d'Etat. Alors que la première considère que l'obligation de transposition n'est pas nécessaire, c'est-à-dire que la directive s'applique directement dans les Etats et, par conséquent, en France si elle comporte des obligations claires, précises et inconditionnelles¹⁰⁴, la seconde s'est longtemps opposée à cette position. Mais il conviendra de noter que la jurisprudence administrative a, sur ce point, évolué dans le sens de la jurisprudence communautaire.

Enfin, l'étude des manifestations de l'obligation d'agir des personnes publiques fera apparaître un paradoxe : autant les juridictions administratives jouissent d'un rôle important pour dessiner les contours des obligations d'agir, pour accroître ou, au contraire, tempérer leur rigueur, autant elles ne disposent pas de sanctions efficaces permettant d'obtenir des pouvoirs publics l'exécution

¹⁰³. C.E., 30 novembre 1923, « *Couitéas* », Rec., p. 789 ; D. 1923, III, p. 59, concl. Rivet ; S. 1923, III, p. 57, note Hauriou.

¹⁰⁴. C.J.C.E., 5 février 1963, aff. 26/62, « *Van Gend en Loos* », Rec., p. 1.

de leurs obligations d'agir. Aussi bien l'annulation que la réparation se révèlent être des sanctions insuffisantes des manquements aux obligations d'agir. En effet, loin de contraindre la personne publique à agir, l'annulation d'une abstention illégale atteste seulement de la présence d'une obligation d'agir. De même, la réparation a pour objet d'indemniser le requérant des conséquences d'une abstention fautive et non de contraindre la personne publique à exécuter son obligation d'agir. Dès lors, la question se posera de savoir si le caractère insuffisant de ces sanctions procède d'une réelle difficulté de sanctionner l'obligation d'agir ou s'il est tout simplement le reflet de « la politique jurisprudentielle » du Conseil d'Etat.

Toutefois, il existe aujourd'hui une sanction plus contraignante, à savoir l'injonction. Celle-ci permet au juge d'ordonner à la personne publique en cas d'abstention illégale impliquant une action dans un sens déterminé, l'exécution de celle-ci¹⁰⁵. Certains auteurs se fondant sur la théorie de la séparation des pouvoirs selon laquelle chaque organe étatique doit exercer une seule « des grandes fonctions »¹⁰⁶ de l'Etat ont critiqué cette solution. Or, outre le fait qu'il convient actuellement de faire de cette théorie une lecture souple, cette étude montrera que les juridictions administratives tiennent en son sein une place tout à fait particulière.

4- MÉTHODE

La tentation est *a priori* grande de recourir à la tautologie pour aborder les problèmes soulevés. Le résultat consisterait alors d'affirmer qu'il y a obligation d'agir lorsque les personnes publiques doivent agir et que toutes les hypothèses d'actions obligatoires correspondent à des obligations d'agir.

Outre le fait qu'elle présente l'inconvénient de conduire à une confusion entre le concept d'obligation d'agir et ses manifestations, une telle démarche ne

¹⁰⁵. Voir l'article 911-1 du Code de justice administrative.

¹⁰⁶. M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », L.G.D.J., Paris, 1980, p. 19.

permet pas de promouvoir le débat et le sens de l'argumentation. En effet, affirmant la présence d'un lien logique entre deux phénomènes -l'obligation d'agir et l'action obligatoire-, elle prétend décréter une vérité. Par conséquent, elle accorde peu de place à la démonstration¹⁰⁷.

Pour démêler « les phénomènes brouillés »¹⁰⁸ que recèle cette étude, il convient de procéder par déduction. En effet, les résultats qu'elle se propose d'atteindre seront en principe déduits du droit positif. Prétendre le contraire serait nier que « les hommes marchent quasi toujours par les chemins frayés par d'autres »¹⁰⁹.

La jurisprudence nourrit largement l'idée qu'il convient de se faire de l'obligation d'agir. Le contentieux relatif aux abstentions administratives permet non seulement de déduire des annulations et des condamnations à verser des indemnités en principe l'existence de l'obligation d'agir, mais aussi de cerner les différentes manifestations de celle-ci. Toutefois, la référence constante à la jurisprudence administrative est propice à maintenir une idée reçue. Celle-ci consiste à croire que la jurisprudence est la source principale d'obligation d'agir. Cette étude démentira cette croyance et montrera que la majorité des obligations d'agir se déduisent de sources textuelles.

A ce sujet, l'herméneutique se révèle très utile. Car souvent la « seule écriture d'un texte est impuissante à faire surgir sa signification pragmatique »¹¹⁰. Dès lors, les textes exigent parfois une analyse minutieuse afin d'en déduire l'existence ou non d'une obligation d'agir. Il est nécessaire de dégager le sens des mots et des expressions utilisés. Néanmoins, A. Coulibaly

¹⁰⁷. En outre, elle est une source d'erreur. L'idée qu'elle véhicule selon la quelle toutes les obligations positives sont des obligations d'agir est à rejeter. Les pages précédentes ont déjà montré que l'obligation d'agir n'est pas la seule catégorie d'obligations positives mises à la charge des personnes publiques.

¹⁰⁸. G. BACHELARD, « *La formation de l'esprit scientifique* », Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1975, p. 23.

¹⁰⁹. MACHIAVEL, « *Le Prince, Discours, La Mandragore* », éd. Rencontre Lausanne, 1968, p. 38.

¹¹⁰. A. ESSONO OVONO, « *Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français* », th. Toulouse, 2000, p. 119.

souligne la limite de cette méthode. Selon lui, « étant donné la polysémie du langage ordinaire et l'alternative sens technique-sens commun, le recours à la sémantique ne suffit pas »¹¹¹ toujours à donner le sens d'un texte. Cette circonstance fait partie des raisons du déploiement d'une autre démarche pour appréhender l'obligation d'agir. Il s'agit de la démarche réflexive.

En effet, cette dernière est greffée à la démarche déductive pour n'en faire qu'une. La réflexion prime sur la simple description des mécanismes juridiques faisant naître l'obligation d'agir. Elle n'est certainement pas aisée, mais elle s'explique par le souci « de faire penser » et non « de faire lire »¹¹².

Dans l'état actuel des écrits-rares et la plupart du temps partiels-sur l'obligation d'agir, l'étude de celle-ci ne peut être conduite sans l'appel à la réflexion. De fait, certains aspects de l'identification de l'obligation d'agir (initiative de l'acte, distinction avec l'obligation de faire...) ainsi que ses manifestations (l'obligation de maintenir l'ordre public en cas de péril grave, la valeur de l'interdiction au juge administratif d'enjoindre aux personnes publiques l'exécution de leurs obligations d'agir...) nécessitent des démonstrations et des prises de position n'engageant que le chercheur.

En résumé, la méthode déductive ne peut se passer de la réflexion et de l'abstraction car celles-ci représentent une exigence, un « devoir scientifique »¹¹³. La méthode sera par conséquent déduco-réflexive¹¹⁴.

5- PLAN

Il convient maintenant de tracer les grands axes de cette recherche afin de déterminer l'ordre dans lequel ils seront exposés¹¹⁵.

¹¹¹. A. COULIBALY, « *L'interprétation dans le droit (Essai sur la rationalité juridique)* », th. Toulouse, 1992, p. 251.

¹¹². C'était en fait l'objectif principal de MONTESQUIEU dans sa composition de l'« *Esprit des lois* ». Il l'a clairement dit à la page 201 (t1, éd. Garnier Frères, 1973).

¹¹³. G. BACHELARD, « *La formation de l'esprit scientifique* », Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1975, p. 9.

¹¹⁴. Cela ne signifie pas que la description sera totalement absente. Celle-ci s'avérera parfois nécessaire, notamment pour exposer certains mécanismes de formation ou de création de l'obligation d'agir ou certaines conceptions doctrinales de cette notion, afin de mieux les critiquer.

Evoquant l'obligation d'agir, des auteurs comme P. Foillard¹¹⁶ et R. Romi¹¹⁷ citent des hypothèses telles que l'abrogation d'actes administratifs individuels non créateurs de droits acquis, l'adoption des textes d'application des lois, la sécurisation des lieux de baignade et des pistes de ski, la signalisation d'endroits dangereux, l'exécution des jugements...sans définir la notion elle-même. Dès lors, l'obligation d'agir ferait-elle partie des notions simples dont l'identification ne s'avère pas nécessaire? La réponse paraît négative, car toutes les tentatives visant à l'identifier se sont révélées partielles¹¹⁸. Aussi cette étude cherchera-t-elle dans un premier temps à apporter une réponse au problème d'identification de l'obligation d'agir des personnes publiques (Première partie).

Cette identification permettra notamment de savoir quelles obligations administratives relèvent véritablement de l'obligation d'agir des personnes publiques. Car, toutes les obligations administratives ne sauraient être des obligations d'agir. L'identification de l'obligation d'agir s'avère par conséquent comme un préalable à l'étude de ses manifestations.

Celles-ci étant nombreuses, uniquement quelques hypothèses d'obligations d'agir organisées autour de quelques idées-forces seront évoquées. Ces hypothèses, représentatives de l'ensemble des difficultés de concrétisation de l'obligation d'agir feront apparaître les pouvoirs importants du juge administratif en la matière et, partant, le décalage qui existe souvent entre l'affirmation des principes et leur application à des cas concrets. Elles témoigneront également de l'éternelle difficulté à contraindre l'Etat, dépositaire du monopole de la contrainte, à exécuter ses obligations d'agir. Ainsi, il apparaît

¹¹⁵. A cet égard, il faut noter que « plusieurs ordres d'exposition sont possibles » (R. DERATHE, dans son introduction à l' « *Esprit des lois* », t1, éd. Garnier Frères, 1973, p. XXXIV), mais sera proposé dans ces pages celui qui semble convenir le mieux.

¹¹⁶. P. FOILLARD, « *Droit administratif* », éd. Paradigme, Orléans, 9^{ème} éd. 2004, pp. 163 & 164.

¹¹⁷. R. ROMI, « *La responsabilité pour carence des autorités de police administrative* », L.P.A. 1986, p. 29.

¹¹⁸. MONTANE de la ROQUE a avancé le critère de responsabilité (« *L'inertie des pouvoirs publics* », th.précitée, p. 138). Mais nous n'y reviendrons pas car nous l'avons évoqué dès les premières pages et montré ses limites.

important de consacrer le second moment de cette recherche à l'étude des manifestations de l'obligation d'agir des personnes publiques (Deuxième partie).

Cette présentation devrait permettre d'identifier l'obligation d'agir des personnes publiques avant de la confronter aux faits. Cela ne signifie pas que la première partie sera théorique et la deuxième pratique car ces deux aspects seront présents dans les deux parties.

PREMIERE PARTIE : L'identification de l'obligation d'agir des personnes publiques

DEUXIEME PARTIE : Les manifestations de l'obligation d'agir des personnes publiques

PREMIERE PARTIE :

**L'identification de l'obligation
d'agir des personnes publiques**

La jurisprudence ne définit pas l'obligation d'agir, comme elle le fait pour d'autres notions telle la décision exécutoire¹¹⁹. Pourtant, il est possible de déduire des arrêts son existence. Dans le contentieux administratif, existent deux modes permettant de révéler l'obligation d'agir. Il s'agit de l'action non fautive et de l'abstention fautive. Mais, ce n'est que d'une façon incertaine que l'action non fautive ou légale permet d'aboutir à une telle conclusion. Certes, une action de l'administration qui n'est pas sanctionnée pour faute, implique, parfois l'existence d'une obligation d'agir. Deux exemples peuvent l'illustrer.

Premièrement, dans l'affaire « Mme Dufour »¹²⁰, l'action du maire d'Orléans qui a consisté à placer à l'hôpital psychiatrique cette dernière, alors présumée malade mentale, lui a été reprochée devant les tribunaux. Le Conseil d'Etat n'a pas retenu dans ce cas une faute lourde : « Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'arrêté... par lequel le maire d'Orléans a ordonné le placement provisoire de Mme Dufour à l'hôpital psychiatrique... ait été

¹¹⁹. En fait, le juge administratif ne s'est contenté jusqu'alors que d'évoquer cette notion de décision exécutoire (voir par ex., C.E., 23 janvier 1970, « *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c. Amoros* », Rec., p. 51, A.J.D.A. 1970, p. 174, note X. Delcros ; R.D.P., p. 1035, note M. Waline ou C.E. sect., 13 novembre 1987, « *Ministre de l'Intérieur c. Tang Kam Keung* », Rec., p. 367 ; A.J.D.A. 1987, p. 711, chr. M. Azibert et M. de Boisdeffre). Mais il ne pouvait pas la citer dans ses décisions sans lui donner un sens, même implicite. Sur ce point, M. Azibert et M. de Boisdeffre ne s'y sont pas trompés. Ils affirment qu'il existe bel et bien une définition jurisprudentielle de la décision exécutoire. Voici, en effet, ce qu'ils écrivent : « Par décision exécutoire, il faut entendre, non seulement au sens strict toute décision s'imposant, quel que soit son contenu, aux administrés qui doivent s'y conformer, mais encore au sens plus large *dégagé par la jurisprudence*, une décision entrée en vigueur, agrégée à l'ordonnancement juridique et surtout modifiant cet ordonnancement juridique » (chr. précitée, p. 711). S'agissant de l'obligation d'agir, il est difficile de tenter une définition jurisprudentielle car l'expression n'apparaît même pas dans les arrêts.

¹²⁰. C.E., 10 février 1984, « *Mme Dufour* », Rec., p. 59 ; A.J.D.A. 1984, p. 403, obs. J. Moreau.

entaché d'une irrégularité constitutive d'une faute lourde, seule de nature à engager la responsabilité de la ville »¹²¹. En l'espèce, la recherche d'une faute par le juge montre, en dépit du fait qu'il s'agit d'une action, que l'autorité publique avait l'obligation d'agir¹²².

Deuxièmement, dans un arrêt « Delavallade »¹²³, la Commune de la Rochefoucauld avait pris une délibération afin de combattre par des moyens contraceptifs la prolifération de pigeons sur son territoire. Ayant constaté les dégâts causés par ces volatiles sur ses cultures, Mr Delavallade essaya d'engager la responsabilité de la Commune afin d'obtenir réparation. Le Conseil d'Etat jugea que la Commune n'avait pas commis ni faute simple dans l'édiction de la mesure destinée à empêcher la multiplication des pigeons, ni faute lourde dans son exécution¹²⁴ et, par conséquent, valida son action.

¹²¹. 6^{ème} considérant.

¹²². Faute lourde ou faute simple n'a pas, en matière d'identification de l'obligation d'agir, d'importance ; dans les deux cas, il y a en principe obligation d'agir. Si le juge a cherché une faute lourde dans cette affaire, c'est tout simplement parce qu'il exige dans la police des aliénés une faute lourde pour engager la responsabilité des personnes publiques. En clair, il se serait contenté à chercher une faute simple dans une hypothèse où celle-ci suffit à engager la responsabilité, et on serait arrivé à la même conclusion, c'est-à-dire à l'existence d'une obligation d'agir, malgré la validation de l'action, comme le montrera le deuxième exemple. Si la personne publique avait une faculté d'agir, le juge aurait validé son action sans chercher si une faute avait été commise ou pas.

Une preuve de plus, s'il en était besoin, pour montrer que dans l'affaire « Dufour », l'action du maire était obligatoire, c'est que la loi exige que les personnes publiques concernées prennent les mesures adéquates à l'encontre de toute personne atteinte d'aliénation mentale « en cas de danger imminent attesté par le certificat d'un médecin ou par la notoriété publique » (Art. L 344 du Code de la santé publique).

L'appréhension de l'obligation d'agir à travers la validation d'actions est d'autant plus possible que J. Moreau montre que s'il y avait eu inaction dans l'espèce « Dufour », cette inaction aurait été condamnée par le juge (J. Moreau, Obs. sous l'arrêt « Mme Dufour » précité, A.J.D.A. 1984, p. 404).

¹²³. C.E., 4 décembre 1995, « Delavallade », Rec., p. 1028 ; D. 1996, I.R., p. 31 ; D.A. 1996, n° 49, obs. D.P. ; L.P.A., 15 mai 1996, p. 21, note M. Paillet.

¹²⁴. Il serait intéressant de noter qu'il existe, en matière de lutte contre des animaux malfaisants et, plus généralement, en matière de police, une différence sur la façon de sanctionner l'action et l'inaction. En effet, la distinction entre faute simple et faute lourde en cas d'action disparaît en cas d'inaction ou d'abstention au profit de l'exigence en principe de la faute lourde (C.E., 27 avril 1962, « Sieur de la Bernardie », Rec., p. 281 ; C.E., 16 octobre 1987, « Cons. Piallat c. Commune d'Uzès » : il s'agissait cette fois-ci de l'abstention de la municipalité d'empêcher la divagation de chiens errants). Cette discrimination entre action et abstention semble normale : l'abstention ne permet pas au juge de réserver un traitement différent aux mesures d'édiction par rapport à celles d'exécution car ces mesures n'ayant pas vu le jour, la distinction ne peut être opérée.

Néanmoins, exiger la faute lourde en cas d'abstention paraît contestable car cette exigence conduit à considérer l'abstention comme une mesure d'exécution. Or elle est, en vérité, une décision juridique assimilable à une mesure d'édiction ou de conception. En effet, quand une personne publique

Néanmoins, la faute peut être recherchée alors même que l'action de la personne publique est facultative¹²⁵. C'est la raison pour laquelle l'action légale ne permet qu'avec beaucoup d'incertitude de révéler l'obligation d'agir des personnes publiques. L'action licite en matière de contentieux d'annulation renforce cette incertitude.

En effet, un acte positif qui n'a pas fait l'objet d'annulation, autrement dit, qui a été validé, n'implique pas nécessairement la présence d'obligation d'agir. Certes, cela peut signifier que la personne publique avait une obligation d'agir, c'est pourquoi son acte n'a pas été annulé¹²⁶. Mais, cela peut vouloir dire aussi que l'acte n'a pas été annulé parce qu'elle avait la faculté de le prendre ou de ne pas le prendre¹²⁷. En matière de contentieux d'annulation, souvent le jugement validant une action ne sera pas suffisant pour identifier l'obligation d'agir. Il faudra en plus remonter à la source de l'acte en cause¹²⁸.

s'abstient, par définition elle n'agit pas ou ne s'exécute pas. En revanche son abstention ou, la plupart du temps son silence vaut décision de refus ou parfois d'acceptation. Par conséquent, l'abstention faisant naître une décision juridique, c'est la faute simple qui devait être exigée. En plus, l'utilisation de la faute simple en cas d'abstention est, comme nous le verrons, souhaitable car, celle-ci est en principe une conduite simple à adopter, c'est-à-dire qu'elle ne présente pas de difficultés particulières, critère généralement avancé pour expliquer la faute lourde. L'exigence de cette dernière, fondée sur la difficulté d'une action hypothétique qui pouvait être entreprise mais qui ne l'a pas été relève, à nos yeux, de la fiction.

¹²⁵. Voir J.-M. WOEHLING, « *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France* », Rev. Admin. 1999, n° spécial 7-1999 intitulé « *les juridictions administratives dans le monde France-Allemagne* », p. 94, col. 2 ; C. HARLOW, « *Pouvoir discrétionnaire et responsabilité du gouvernement* », rapport présenté au 25^{ème} colloque de droit européen consacré au « *Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de responsabilité* », Oxford, 27-29 septembre 1995, p. 173 & s.

¹²⁶. Ainsi, dans un arrêt « *Montaignac* » (C.E. sect., 3, février 1999, Rec., p. 7 ; A.J.D.A. 1999, p. 567), le maire était obligé, en vertu de l'article 24 de la loi du 29 décembre 1979 et de l'article 1.5-3 de l'arrêté municipal pris pour son application, de supprimer un panneau publicitaire illégal. Par conséquent, la décision supprimant ce panneau n'a pas été illégale. L'arrêt confirme donc l'existence de l'obligation d'agir.

¹²⁷. Ainsi dans un arrêt « *Association trinitaine de défense de la pêche à pied et de l'environnement* », (26 juin 1985, Rec., p. 207, R.F.D.A. 1986, p. 40, concl. R. Denoix de Saint Marc), le Conseil d'Etat a jugé légal un plan partiel d'occupation des sols, notamment parce que les zones d'urbanisation future qu'il comporte peuvent être créées par la personne publique sans que des dessertes soient nécessairement prévues. Par conséquent, l'approbation de l'action dans cette espèce signifie l'existence, non pas d'une obligation d'agir, mais d'une faculté d'agir (voir aussi C.E., 28 mars 1924, « *Genet* », Rec., p. 347 ; C.E., 20 novembre 1968, « *Ministre des armées c. sieur Anger* », Rec., p. 580 ; R.D.P. 1969, p. 766).

¹²⁸. Ainsi, dans l'arrêt « *Commune de Bordères-sur- l'Echez* » (C.E. sect., 7 mars 1975, Rec., p. 179), un arrêté préfectoral accordant un permis de construire à l'O.P.H.L.M. des Hautes-Pyrénées n'a pas

Ces limites de l'action non fautive pour révéler l'obligation d'agir expliquent le recours à l'abstention fautive qui paraît être un mode d'identification plus probant. En effet, lorsque l'abstention d'une personne publique est érigée en faute, il est en principe permis d'en déduire l'existence d'une obligation d'agir.

Il convient toutefois de souligner que toutes les obligations administratives ne sauraient être des obligations d'agir ; être obligé d'agir est une chose, être obligé de respecter la légalité quand l'action est engagée en est une autre. Dans un Etat de droit, il est en effet inconcevable d'agir sans égard à l'ordre juridique ou au principe de légalité. De plus, obligation d'agir et obligation de faire ne doivent pas être confondues. Les développements futurs montreront que tandis que l'obligation d'agir provient d'une source unilatérale, l'obligation de faire naît d'une source contractuelle.

Ces brèves remarques montrent que l'obligation d'agir des personnes publiques reste à identifier et à délimiter. Si le juge administratif reste muet sur sa définition, néanmoins, l'étude de l'abstention fautive permettra de révéler l'obligation d'agir.

En conséquence, il convient d'étudier dans un premier temps l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir des personnes publiques (titre I) et, dans un second temps, la délimitation de cette dernière (titre II).

été annulé car conforme à la réglementation à la date où il a été pris. Par rapport à notre problématique, nous pouvons déduire de cet arrêt deux possibilités : la validation de l'action préfectorale peut sous-entendre soit une obligation d'agir, soit une faculté d'agir ; la validation peut s'expliquer par le fait que, dans les circonstances et au vu de la réglementation, le préfet était obligé d'accorder le permis ou, par le fait qu'il pouvait l'accorder ou pas et, par conséquent, ayant autorisé la construction, son action n'a pas à être censurée.

Nous observons qu'une abstention censurée aurait été plus explicite. Supposons que, dans une affaire similaire, le préfet se soit abstenu et que cette abstention soit annulée. Alors, nous aurions pu, sans tergiverser, en déduire l'existence d'une obligation d'agir.

TITRE I :
L'ABSTENTION FAUTIVE, REVELATRICE D'OBLIGATIONS
D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES

L'abstention fautive est la voie qui a été suivie par exemple par J.-M. Auby pour identifier l'existence d'une obligation de modification ou d'abrogation des règlements pour changement des circonstances de fait. Pour ce faire, l'auteur s'est d'abord demandé si l'autorité administrative compétente a l' « obligation d'adapter le règlement à la nouvelle conjoncture ou de le faire disparaître »¹²⁹. Pour y répondre, il a cherché à savoir si le juge sanctionne ou pas un refus de l'autorité administrative d'adopter ou d'abroger le règlement dans le cas où les circonstances de fait qui ont présidé à son élaboration ont changé. En s'appuyant notamment sur la jurisprudence « Despujol »¹³⁰, il a constaté que « les intéressés peuvent demander à l'auteur de l'acte de le modifier ou de l'abroger. En cas de refus explicite ou implicite, ils peuvent saisir le juge qui, s'il estime le règlement dépourvu de motif actuel, prononce l'annulation de la décision de refus »¹³¹. C'est par conséquent, l'abstention illégale ou fautive qui permet de conclure plus sûrement à l'existence de l'obligation d'agir.

Néanmoins, il convient d'observer que le contrôle juridictionnel des abstentions administratives soulève un problème qui n'a pas échappé à Laferrière¹³². En effet, ce contrôle pourrait conduire le juge à avoir « une part d'impulsion » dans l'action administrative. Ce qui contreviendrait à la règle de la séparation des pouvoirs qui sera abordée ultérieurement. Néanmoins, cette

¹²⁹. J.-M. AUBY, « *L'influence du changement des circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux* », R.D.P. 1959, p. 443.

¹³⁰. C.E., 10 janvier 1930, « *Despujol* », Rec., p. 30.

¹³¹. J.-M. AUBY, *Ibid.*, p. 445.

¹³². LAFERRIERE cité par G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 415.

crainte n'est pas tout à fait justifiée ; les obligations d'agir ayant une source purement textuelle sont, contrairement à ce que pense G. Guiavarc'h¹³³, beaucoup plus nombreuses que celles créées par le juge administratif.

Par rapport à l'abstention fautive, les premières peuvent être considérées comme étant des obligations d'agir préexistantes et les secondes comme des obligations d'agir nouvelles. Il convient par conséquent de montrer que l'abstention fautive peut aussi bien révéler une obligation d'agir préexistante des personnes publiques (chapitre 1) qu'une obligation d'agir nouvelle (chapitre 2).

¹³³. G. GUIAVARC'H, *Ibid.*, voir notamment p. 357 & s., pp. 415 et 417.

CHAPITRE 1 :

L'ABSTENTION FAUTIVE, REVELATRICE D'OBLIGATIONS D'AGIR PREEXISTANTES DES PERSONNES PUBLIQUES

Il convient de noter de premier abord que l'expression « abstention fautive » ne provient pas de la jurisprudence. Si les personnes publiques n'ont pas agi dans les occasions où elles doivent le faire, le juge administratif emploie à leur encontre le terme de faute. Mais il apparaît que c'est une abstention fautive dont il est question. Car, étant polysémique, le terme de faute est insuffisant pour reconnaître une obligation d'agir par la voie contentieuse. En effet, elle peut révéler aussi bien une obligation de non agir¹³⁴ qu'une obligation d'agir. Si bien que pour identifier contentieusement cette dernière, il faut rajouter à la faute l'épithète 'abstention'.

Il convient en outre de souligner, que la définition de l'obligation d'agir par la voie de l'abstention fautive est, comme tous les problèmes de contentieux administratif, une question d'espèces. Mais, il est impossible d'étudier tous les cas de ce genre car -la suite de cette étude le fera implicitement apparaître- ils sont trop nombreux.

Cependant un constat apparaît : il n'y a abstention fautive, en principe, qu'en cas de manquement par la personne publique à son obligation d'agir. De ce point de vue, l'abstention fautive peut être considérée comme révélant l'obligation d'agir préexistante. Mais, cette coïncidence comporte des limites (Section 1). En outre, à l'instar de la notion de faute, l'abstention fautive est susceptible de degrés. Il convient dès lors d'examiner les relations qui existent

¹³⁴. Ainsi, dans un arrêt « *Rakotoarinovy* » (C.E., 3 octobre 1958, Rec., p. 470 ; J.C.P. 1958, n° 10845, note C. Blaevoet), la permission d'un détenu a été jugée fautive. Cela veut dire que les autorités pénitentiaires ne pouvaient pas accorder cette permission, autrement dit, elles avaient l'obligation de ne pas agir. De fait, la faute, qu'elle soit simple ou lourde (dans l'espèce précitée, elle était lourde) n'a pas d'importance. Dans les deux cas, elle est susceptible de sanctionner les manquements à toute obligation, quelle que soit sa nature.

entre ces derniers et l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques (Section 2).

Section 1- La coïncidence abstention fautive-obligation d'agir préexistante des personnes publiques et ses limites

Lorsque le juge considère fautive une abstention d'une personne publique, cela signifie en général qu'une obligation d'agir pèse sur elle. Il y a donc une coïncidence entre l'abstention fautive et l'obligation d'agir (§1). Mais cette coïncidence comporte des limites (§2).

§1- La coïncidence abstention fautive-obligation d'agir préexistante des personnes publiques

L'étude de la coïncidence entre l'abstention fautive et l'obligation d'agir préexistante conduit à un double questionnement ; d'une part, qu'est-ce que l'abstention fautive permettant de reconnaître une obligation d'agir ? D'autre part, puisque l'abstention fautive est souvent synonyme d'incompétence négative, il conviendra d'étudier la coïncidence qui existe entre celle-ci et l'obligation préexistante d'agir.

A- La définition de l'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir préexistante

L'abstention fautive peut être définie, pour reprendre la formule très connue de Planiol, comme étant « un manquement à une obligation préexistante »¹³⁵ d'agir. Ce manquement peut être le fait d'une faute ou d'une illégalité. Dès lors, la question se pose de savoir pourquoi seule l'expression d'abstention fautive est utilisée pour identifier l'obligation d'agir préexistante.

¹³⁵. Cette définition planiolienne de la faute a été citée, entre autres, par J.-F. BRISSON et A. ROUYERE, « *Droit administratif* », Montchrestien, Paris, 2004, p.567.

La raison en est que l'illégalité est incluse dans l'abstention fautive. En effet, celle-ci est avant tout une illégalité, même si elle ne se réduit pas à cela.

1- L'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir préexistante est avant tout une illégalité

En droit administratif, l'illégalité est la « méconnaissance d'une règle de droit constitutive de la légalité et s'imposant comme telle aux autorités administratives »¹³⁶. Par conséquent, toute illégalité n'est pas constitutive d'une abstention fautive¹³⁷ pour la simple raison que des actes positifs peuvent être jugés illégaux et être annulés¹³⁸.

Certaines tendances doctrinales paraissent réserver la notion d'illégalité au contentieux de l'annulation et celle de faute et, partant, d'abstention fautive au contentieux de l'indemnité¹³⁹.

Mais cette discrimination ne paraît pas justifiée, si par ailleurs, la faute est définie comme étant avant tout une violation d'une obligation et donc, une illégalité. En effet, dans ce cas, il faut admettre, comme la majorité des auteurs¹⁴⁰ et la jurisprudence¹⁴¹, que l'illégalité, elle aussi, constitue une faute, et

¹³⁶. G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », Puf, 1998, p. 418.

¹³⁷. En dehors de l'abstention fautive, KORNPROBST montre, lui aussi, que l'illégalité n'est pas toujours une faute. Il cite comme exemples « l'erreur de droit et le vice de forme » (« *La compétence liée* », R.D.P., p. 956 ; voir aussi Concl. Romieu sur C.E., 10 février 1905, « *Tomasso Grecco* », D. 1906, p. 381) qui peuvent ne pas être aux yeux du juge des fautes.

¹³⁸. Ex : C.E., 10 mai 1985, « *Soc. S.K.F.* » : annulation d'une ordonnance ; C.E., 30 janvier 1991, « *Cne de Portets c. Mme Mothe* », R.F.D.A. 1991, p. 974, note S. Charbonneau : annulation d'une délibération ; C.E. sect., 21 octobre 1994, « *Ordre des avocats à la cour de Paris* » : annulation d'un décret.

¹³⁹. Voir par exemple G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 384 ou L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », *Economica*, 1978, p. 30.

¹⁴⁰. Ex. DUEZ, « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », Librairie Dalloz, Paris, 1927, p. 23 ; DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 473 ; C. LASRY et G.-H. GEORGE, « *Responsabilité de la puissance publique* », art. précité, p. 800, n° 184 & s. ; L. de GASTINES, « *La responsabilité extra contractuelle des personnes publiques* », R.D.P. 1992, p. 142 ; J.-P. THERON, « *Cours (de doctorat) de droit administratif* », inédits, 1993-1994.

que rien ne s'oppose à l'utilisation de cette dernière notion dans le cadre du contentieux de l'annulation. Comme le note implicitement J.-M. Auby en matière de refus d'exécution de la loi, l'illégalité et la faute visent la même chose: la violation d'une obligation¹⁴². R. Chapus pense justement que l'excès de pouvoir est une faute, mais il peut ne pas être à l'origine d'une responsabilité¹⁴³. L'obstacle semble être l'absence d'un préjudice, terme qui devra être précisé ultérieurement.

Quoiqu'il en soit, si toute illégalité n'est pas forcément une abstention fautive, le contraire est vrai, c'est-à-dire que cette dernière constitue, en général une illégalité. En effet, il semble que l'inexécution par une personne publique de son obligation d'agir est une violation flagrante de la légalité à savoir, en l'occurrence, des attributions administratives. Par conséquent, en matière d'abstention fautive, la faute et l'illégalité semblent aller de pair. Autrement dit, l'abstention fautive est une illégalité qui sanctionne, souvent, un refus d'exécution d'une obligation d'agir par une personne publique¹⁴⁴. Il en va ainsi d'un refus d'appliquer les dispositions statutaires relatives au rapprochement de conjoints à un couple qui en a fait la demande¹⁴⁵.

En la matière, il ne faut pas « attendre » que la responsabilité de la personne publique soit engagée pour conclure à l'existence d'une obligation d'agir. Car entre l'abstention fautive ou illégale et l'engagement de la responsabilité, il y a souvent un décalage. L'abstention fautive ou illégale peut ne pas avoir des conséquences sur le terrain de la responsabilité soit parce qu'il n'y a pas eu de préjudice, soit parce qu'il n'y a pas eu de lien de cause à effet

¹⁴¹. Ex : C.E. sect., 26 janvier 1973, « *Ville de Paris c. Sieur Driancourt* », Rec., p. 78 ; A.J.D.A. 1973, p. 245, chr. P. Cabanes & D. Leger ; voir aussi concl. G. Goulard sur C.E., 30 octobre 1996, « *Cabinet Revert et Badelon* » (1^{ère} espèce) et « *Jacques Dangeville* » (2^{ème} espèce), R.J.F., n° 12, 1996, pp. 810 & 811.

¹⁴². J.-M. AUBY, « *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », J.C.P. 1953, n° 1080.

¹⁴³. R. CHAPUS, « *Responsabilité publique et responsabilité privée* », th. Paris, 1957, p. 379.

¹⁴⁴. Voir F. MELLERAY, « *L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales* », A.J.D.A. 2005, p. 75, col.2.

¹⁴⁵. C.E., 18 juillet 1936, « *Dame Cibaud* », Rec., p. 810.

entre l'abstention fautive ou illégale et ce dernier, soit enfin parce que la violation de l'obligation d'agir par une abstention intervient dans un domaine où la responsabilité de la personne publique est à engager pour faute lourde¹⁴⁶ alors qu'elle est constitutive d'une faute simple.

De fait, dans ces trois hypothèses, même s'il ne peut y avoir réparation, il existe néanmoins à l'origine une illégalité, une faute, même si par ailleurs elle est simple. Mais sa qualification de simple importe peu. Sans que compte soit tenu d'un éventuel engagement de la responsabilité des personnes publiques, l'abstention fautive ou illégale semble suffire pour conclure à l'existence d'une obligation d'agir.

Cette équation entre l'abstention fautive et l'illégalité est, semble-t-il, contestée par R. Chapus. Celui-ci pense que toute faute n'est pas forcément une illégalité¹⁴⁷ et ce, même en matière d'abstention. Il cite l'exemple des dommages qui sont « la conséquence d'un fait matériel, constitutif d'une faute, mais non d'une illégalité :... omission de réparer la chaussée d'une voie publique... »¹⁴⁸. Ce point de vue suscite une observation.

¹⁴⁶. Voir G. Le BRETON, « *Droit administratif général* », Armand Colin, Paris, 3^{ème} éd. 2004, p. 387, n° 282.

¹⁴⁷. Plus généralement, certains auteurs remettent en question le lien qui semble exister *a priori* entre la faute tout court et l'illégalité. C'est le cas par exemple de L. RICHER qui montre en citant l'arrêt « *Martin* » (C.E., 1 février 1952, S. 1952. 3. 45.) que dans l'élaboration d'actes administratifs, il peut y avoir faute en dehors de toute illégalité, notamment en ce qui concerne les avis (« *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., p. 21), ou de J.-F. COUZINET qui écrit qu'il ressort de la jurisprudence que « toute illégalité ne constitue pas une faute administrative », et qu'à l'inverse, « des agissements non illégaux peuvent être constitutifs d'une faute administrative » (« *La notion de faute lourde administrative* », R.D.P. 1977, p. 290). Pourtant, l'arrêt « *Ville de Paris c. Sieur Driancourt* » précité, atteste l'existence d'une liaison bien étroite entre l'illégalité et la faute. En l'espèce, une décision du préfet de police enjoignant à Sieur Driancourt de cesser l'exploitation des différents appareils à jeux installés dans sa propriété a été jugée illégale et, partant, constitutive d'une faute. Cet extrait du jugement est significatif : « que cette illégalité, à supposer même qu'elle soit imputable à une simple erreur d'appréciation, a constitué une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique » (2^{ème} considérant). Dès lors, il n'y a pas de raison que les choses aillent autrement en matière de responsabilité pour abstention fautive. Ici, même si le juge n'emploie pas forcément le mot « illégalité », il montre implicitement dans les motifs de ses décisions que l'abstention a été illégale avant de retenir une faute contre la personne publique (Ex : C.E. sect., 5 novembre 1937, « *Caire* », Rec., p. 899 ; C.E. ass., 27 novembre 1964, « *Dame Veuve Renard* », A.J.D.A. 1964, p. 723 ; C.E., 5 mars 1971, « *Le Fichant* », Rec., p. 185) et éventuellement, une responsabilité.

¹⁴⁸. R. CHAPUS, « *Droit administratif général* », t1, 15^{ème} éd. 2001, p. 1295 & s.

Comme L. Richer¹⁴⁹, R. Chapus réserve l'emploi de la notion d'illégalité seulement à l'acte juridique. Pour lui, un fait matériel ne peut être constitutif d'une illégalité. Or, cette opinion vise en réalité, mais sans raisons solides, à tenir compte du fait que, souvent l'annulation ne peut aboutir à l'engagement de la responsabilité de la personne publique. Il en est ainsi si l'acte illégal n'a pas causé de préjudice. Parfois aussi, c'est le seul engagement de la responsabilité qui est possible, comme il a été fait allusion plus haut.

Il semble en effet que c'est pour prendre en considération ce décalage que des auteurs comme P. Weil¹⁵⁰, R. Chapus et L. Richer sont arrivés à réserver la notion de faute au contentieux de la responsabilité et celle d'illégalité ou d'excès de pouvoir à celui de l'annulation. Pour eux, la faute ne coïncide avec l'illégalité que dans le cas où la faute est retenue à l'occasion d'un acte juridique illégal. Or, en matière de responsabilité pour abstention fautive, même s'il est certain que l'acte allait être matériel si la personne publique avait agi, le juge, avant de retenir une faute contre celle-ci, cherche d'abord s'il y a eu illégalité.

Il est donc difficile de ne pas considérer qu'une abstention fautive, quelle que soit par ailleurs la mesure incriminée, constitue une illégalité. Dès lors, la querelle de terminologie pour essayer de justifier le décalage entre annulation et responsabilité ne repose pas, en matière d'abstention sur des bases solides. De telle sorte que l'utilisation de la faute à la place de l'illégalité et, vice versa paraît aisée. Une évolution des mentalités, parce que l'obstacle semble bien psychologique, permettra d'employer indifféremment la notion d'abstention fautive ou illégale. Il est vrai qu'en matière d'annulation, la faute n'a pas un grand intérêt ; quand l'abstention est illégale, en principe, le juge l'annule sans se référer à la faute. Mais, il n'y a pas là une raison sérieuse pour conclure que l'illégalité est différente de la faute.

¹⁴⁹. L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., pp. 20 et 30.

¹⁵⁰. P. WEIL, « *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* », th. Paris, 1952, p. 254.

C'est en matière d'action que la correspondance entre faute et illégalité ne se vérifie pas dans tous les cas. Ainsi, dans un arrêt « Epoux V »¹⁵¹, le juge considère des erreurs médicales comme étant constitutives d'« une faute (...) de nature à engager la responsabilité de l'hôpital ». Dans cette espèce, il y a faute en dehors de toute illégalité. En effet, des agissements matériels ne peuvent être considérés comme illégaux. De même, en matière de renseignements administratifs qui sont généralement considérés comme des actes matériels¹⁵², la responsabilité des personnes publiques est souvent engagée pour faute¹⁵³. Dans ce cas aussi, la faute peut exister en dehors de toute possibilité de retenir une illégalité.

Par conséquent, le problème de la différence entre l'abstention et l'action se pose surtout dans les hypothèses où cette dernière se résume en principe à des actes matériels. Il en est ainsi de la lutte contre l'incendie. Il est loisible dès lors, de se demander si l'abstention de la personne publique de prendre des mesures pour lutter contre un incendie, comme ce fût le cas dans l'arrêt « Narce »¹⁵⁴, relève elle aussi de la catégorie d'actes matériels.

J. Moreau semble le croire puisque selon lui, une faute peut être retenue à l'occasion d'une abstention sans qu'elle « présente les traits caractéristiques d'un excès de pouvoir »¹⁵⁵. La raison en est que l'abstention fautive peut sanctionner le refus d'adopter un comportement matériel. L'éminent auteur cite entre autres, la carence à exercer des contrôles en matière d'assurance¹⁵⁶. Néanmoins, s'il est certain que l'intervention en vue d'effectuer des contrôles d'assurance ou pour lutter contre un sinistre est un acte matériel, il est discutable

¹⁵¹. C.E. ass., 10 avril 1992, « Epoux V », Rec., p. 171 ; R.F.D.A. 1992, p. 571, concl. Legal ; J.C.P. 1992, II, n° 21881, note Moreau ; L.P.A., 3 juillet 1992, note Haïm ; G.A.J.A., 13^{ème} éd. 2001, p. 743.

¹⁵². En ce sens, 11 octobre 1988, « Cie de construction téléphonique », Rec., p. 280.

¹⁵³. Voir les nombreuses décisions jurisprudentielles citées par J.-A. MAZERES (« Responsabilité de la puissance publique du fait des services d'intervention économique », Ann. univ. sc. soc. Toulouse, 1971, p. 44) et notamment l'arrêt « Mialet » du 1^{er} juin 1949 (Rec., p. 257).

¹⁵⁴. C.E., 17 juillet 1953, « Narce », Rec., p. 384.

¹⁵⁵. J. Moreau, note sous C.E., 27 janvier 1988, « Giraud », A.J.D.A. 1988, p. 353.

¹⁵⁶. C.E., sect., 16 février 1977, « Archeray », Rec., p. 88 ; 27 novembre 1985, « Caisse de coordination des assurances sociales de la R.A.T.P. », Rec. tab., p. 647.

de considérer que l'abstention dans ces hypothèses est aussi un acte matériel. Celle-ci semble plutôt être un acte juridique car elle peut faire l'objet de recours¹⁵⁷ notamment pour excès de pouvoir.

La jurisprudence ayant trait aux silences administratifs permet de corroborer cette thèse. En effet, le juge les considère parfois comme des décisions de refus que les administrés peuvent déférer au juge de l'excès de pouvoir. Or, les silences qui sont considérés comme des refus sont équivalents à des abstentions. En matière d'incendie, ce n'est non pas l'annulation, mais la responsabilité de la personne publique qui est en général recherchée car, étant donné l'urgence des événements, le préjudice est vite réalisé. Par conséquent, il apparaît inutile aux victimes de demander l'annulation de l'abstention. Ce qui leur importe, c'est d'obtenir directement réparation. Cette thèse est *a fortiori* exacte lorsque l'abstention a été formelle ou expresse, et non tacite comme dans le cas des silences.

Au contraire, en dehors de l'urgence, l'exercice du recours pour excès de pouvoir est parfaitement concevable. Ainsi, en cas d'annulation d'une session d'examen, l'université peut se trouver dans l'obligation d'en organiser une autre. Son abstention en la matière serait illégale et pourrait être attaquée pour excès de pouvoir. Le recours en annulation est possible, alors même que l'organisation d'un examen est, essentiellement, un acte matériel. En clair, quand on raisonne dans l'optique de l'action, celle-ci peut être juridique ou matérielle, mais dans l'hypothèse de l'abstention, celle-ci demeure un acte juridique.

Dès lors, pourquoi les rapports entre faute et illégalité sont différents selon qu'il s'agit de l'action ou de l'abstention ? La réponse semble résider dans le fait qu'en cas d'action, il est possible de savoir si les mesures prises sont juridiques ou matérielles. L'abstention, par définition, ne permet pas de constater le caractère juridique ou matériel de la mesure. Dans ce dernier cas, il

¹⁵⁷. Voir J. MOREAU, P. ASTIE, J.- M. AUBY et al., « *Droit public* », Economica, t1, 3^{ème} éd. 1995, p. 527.

est toujours possible de raisonner au conditionnel : si la personne publique avait agi, son action aurait consisté en de telles mesures précises. Ce raisonnement pourrait conduire à conclure en fonction de la nature de la mesure qui allait être prise que l'abstention est une mesure juridique ou matérielle.

Mais, en sus du fait que ce raisonnement est basé sur la fiction -il n'est pas sûr que s'il y avait eu effectivement action, on aboutirait à la même conclusion-, le contentieux des abstentions n'autorise pas à le retenir. Car, à condition de respecter certaines règles liées notamment au délai pour agir, toutes les abstentions administratives peuvent en principe faire l'objet de recours pour excès de pouvoir. Cela prouve qu'elles sont considérées comme des actes juridiques ou, plus précisément, qu'elles ne peuvent être totalement prises ou comprises comme des agissements intervenus dans le cadre d'une action.

Ce qui distingue vraiment l'annulation de la responsabilité n'est pas les termes « illégalité » et « faute », mais le dommage ou le préjudice¹⁵⁸. Si une abstention est illégale ou fautive, elle ne peut être qu'annulable si cette illégalité ou faute n'a pas causé de préjudice. Dans le cas contraire, l'abstention pourra être annulable et entraîner la responsabilité de son auteur. Le lien de causalité est une condition de la responsabilité, et ne joue, par conséquent, aucun rôle de différenciation entre cette dernière et l'annulation.

En fait, la tentative qui consiste à réserver la notion de faute uniquement au contentieux de la responsabilité s'explique exclusivement par la théorie de l'imputation selon laquelle toute personne, y compris la personne publique, doit réparer les dommages qui sont la conséquence de ses actes. Mais, dans ce cas, fallait-il réserver la notion de faute au contentieux de la responsabilité et celle d'illégalité à celui de l'annulation et ce, sans interpénétration possible ? Ce qui n'est pas le cas dans la réalité puisqu'une même abstention peut être annulée et engager en même temps la responsabilité de la personne publique.

¹⁵⁸. Voir L. DELBEZ, « *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité* », R.D.P. 1932, pp. 448 et 449.

La position selon laquelle, en matière d'abstention, la faute n'est pas toujours une illégalité n'étant pas convaincante, il convient de maintenir que les expressions abstention fautive et abstention illégale sont synonymes. De fait, le recours à une seule de ces expressions, en l'occurrence l'abstention fautive, pour identifier l'obligation d'agir préexistante est parfaitement justifié.

Néanmoins, il convient de souligner que l'abstention fautive révélatrice d'obligation d'agir préexistante peut s'apprécier de manière subjective.

2-L'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir préexistante s'apprécie parfois de manière subjective

La faute en matière d'abstention va au-delà de la simple violation de la légalité; elle ne se limite pas à un pur constat d'un manquement à une obligation d'agir préexistante dans les hypothèses, les plus nombreuses, où le juge porte, à travers elle, une appréciation sur le comportement des personnes publiques.

L'abstention fautive, comme d'ailleurs toute faute administrative, comporte presque toujours un élément subjectif qui se réfère au comportement des personnes publiques ou, plus précisément, de leurs agents. Certes J.-F. Couzinet écrit que la faute administrative est « purement objective »¹⁵⁹, c'est-à-dire qu'elle est une violation pure et simple d'une règle de droit, d'une illégalité. Mais il reconnaît que cette faute peut comporter un aspect subjectif¹⁶⁰, à savoir la conscience de la violation de la règle par un agent¹⁶¹, même s'il est vrai que cet aspect n'est pas nécessaire pour « établir l'existence d'une faute administrative »¹⁶² ou d'une abstention fautive dans la mesure où celles-ci

¹⁵⁹. J.-F. COUZINET, « *La notion de faute lourde administrative* », art. précité, p. 289.

¹⁶⁰. J.-F. COUZINET, *Ibid.*

¹⁶¹. R. CHAPUS va même jusqu'à définir la faute comme étant « la violation consciente d'une obligation » (« *Responsabilité publique et responsabilité privée* », th. précitée, p. 352).

¹⁶². J.-F. COUZINET, « *La notion de faute lourde administrative* », art. précité, p. 289.

peuvent être anonymes. Pour rechercher la faute, le juge administratif s'appuie, en plus de l'illégalité commise, sur des éléments subjectifs¹⁶³.

Par conséquent, l'abstention fautive n'est pas uniquement une violation de la légalité. Peut être cité, à cet égard, l'exemple du défaut d'entretien normal dont L. de Gastines montre qu'il englobe un élément objectif qui est l'état de l'ouvrage et un autre subjectif qui est « le défaut de diligence des agents dans l'entretien de l'ouvrage »¹⁶⁴.

La légalité, elle-même, est parfois empreinte de subjectivité. Cela est évident dans les hypothèses où le juge n'annule pas l'obligation d'agir préexistante pourtant exécutée en méconnaissance de la légalité. Ainsi, n'ont été annulées des obligations d'agir préexistantes exécutées par une autorité incompétente¹⁶⁵ ou en méconnaissance d'une règle de procédure ou de forme¹⁶⁶. Dès lors, C. Lasry et G.-H. George¹⁶⁷ ainsi que B. Kornprobst¹⁶⁸ semblent fondés à soutenir que quand l'action de la personne publique relève de l'obligation d'agir, l'illégalité commise pendant son exécution n'entraîne pas, en principe, son annulation. Dans les exemples cités, si l'illégalité était une notion purement objective, son existence aurait entraîné l'annulation de l'obligation d'agir préexistante.

En fait, la notion même de faute et l'utilisation qui en est faite par le juge administratif permettront enfin de remarquer que la faute en matière d'abstention prend aussi en considération le comportement des personnes publiques et ce, essentiellement dans le cadre du contentieux de pleine juridiction ou de plein contentieux.

¹⁶³. C.E., 21 mai 1954, « *Brodard et Taupin* » ; voir en doctrine, HAURIOU, « *Précis de droit administratif et de droit public* », 8^{ème} éd. 1914, p. 499.

¹⁶⁴. L. de GASTINES, « *La responsabilité extra contractuelle des personnes morales publiques* », art. précité, p. 141 & s.

¹⁶⁵. C.E., 19 novembre 1954, « *Greffe* », Rec., p. 603.

¹⁶⁶. C.E., 3 février 1999, « *Montaignac* », précité, Rec., p. 6 ; C.E., 13 juillet 1962, « *Syndicat des taxis gapençais* », Rec., p. 477.

¹⁶⁷. C.LASRY et G.-H. GEORGE, « *Responsabilité de la puissance publique* », art. précité, p. 801, nos 194 & 195.

¹⁶⁸. B. KORNPBST, « *La compétence liée* », R.D.P. 1961, pp. 950 & 951.

Le juge opère une distinction entre faute simple et lourde dans le plein contentieux uniquement parce que cette notion de faute est destinée à prendre en considération, outre la violation de l'obligation d'agir préexistante, le comportement des personnes publiques. La preuve en est qu'il n'utilise pas cette dichotomie dans le contentieux de l'annulation car les illégalités ne paraissent pas en l'occurrence susceptibles de degrés.

Cependant, des affirmations comme « la faute génératrice de responsabilité, suppose certes d'abord l'illégalité (...), mais elle implique aussi autre chose, à savoir une certaine qualité, une certaine gravité de l'excès de pouvoir, qui se présentera dans certaines hypothèses, mais qui ne se retrouvera pas dans toutes »¹⁶⁹ ou « si une illégalité est toujours une faute, il faut que cette faute, c'est-à-dire l'illégalité elle-même, soit d'un degré de gravité élevé »¹⁷⁰ peuvent laisser penser le contraire. En effet, ne convient-il pas de déduire des expressions comme « une certaine gravité de l'excès de pouvoir » ou « l'illégalité...d'un degré de gravité élevé » que la violation de l'obligation d'agir préexistante est susceptible de degrés ? En réalité, même si dans certains cas, la faute lourde est exigée, cette déduction ne peut être faite car la gravité ne s'applique pas à l'illégalité, mais au comportement, à la conduite qu'il y a derrière elle.

L'illégalité et, plus particulièrement, les manquements aux obligations d'agir ne peuvent être ordonnés sur une échelle¹⁷¹. Sur quels critères, sur quelles bases, est-il possible d'établir des degrés dans ce domaine? Toutes les abstentions d'exécuter des obligations d'agir peuvent normalement faire l'objet de la même sanction. En la matière, les degrés s'expliquent par le fait que le juge porte en même temps une appréciation sur le comportement des personnes

¹⁶⁹. L. DELBEZ, « *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité* », art. précité, p. 461.

¹⁷⁰. Les auteurs des Grands arrêts écrivent cela à propos des hypothèses dans lesquelles la responsabilité des personnes publiques en matière de police n'est engagée que pour faute lourde : obs. sous C.E., 10 février 1905, « *Tomasso Grecco* », G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 89.

¹⁷¹. Cet aspect sera étudié avec précision dans la section suivante.

publiques. C'est en effet un comportement fautif qui est susceptible de plus ou moins et non, théoriquement, la violation de l'obligation d'agir préexistante.

Plus généralement, la faute en matière d'abstention prend en considération les circonstances de l'affaire. Cela est surtout vrai dans les hypothèses où le juge exige une faute lourde pour engager la responsabilité des personnes publiques. A titre d'exemple, il convient de citer l'affaire « *Sieur et dame Pascal* »¹⁷² portant sur la police des bruits. Le juge y déclare qu' « il résulte de l'instruction que la carence des services de la ville de Nice à faire respecter les règlements municipaux relatifs aux bruits et à la salubrité publique n'a pas eu, dans les circonstances de l'espèce, le caractère d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de la ville ». Il est difficile de ne pas admettre que s'abstenir de faire respecter la réglementation constitue déjà une illégalité. Mais si la responsabilité de la commune n'a pas été engagée, c'est sans doute parce que le bruit n'était pas excessif. La preuve est que, dans l'arrêt « *Durringer* »¹⁷³, les nuisances ayant atteint un niveau excessif ont engagé la responsabilité de la commune.

Dans le contentieux de l'annulation ou de l'excès de pouvoir, la violation de la légalité à travers une abstention illégale constitue une faute tout court. Le juge ne semble pas y faire la distinction traditionnelle entre faute simple et lourde. Il se contente d'annuler l'abstention sans même faire mention de la notion de faute¹⁷⁴.

Ainsi, le refus des autorités compétentes de s'opposer à la réalisation d'un lotissement dans des conditions illégales a été annulé : « qu'en refusant d'ordonner les mesures, qu'ils ont qualité à prendre, en vertu de la loi, afin de s'opposer à la réalisation irrégulière du lotissement de *Sieur Roche*, le maire de Grenoble et le préfet de l'Isère ont violé les dispositions de la loi...et excédé

¹⁷². C.E., 4 octobre 1968, « *Sieur et dame Pascal* », R.D.P. 1969, p. 545.

¹⁷³. T.A. de Starsbourg, 29 avril 2004, « *Durringer* », A.J.D.A. 2004, p. 1666, concl. R. Collier.

¹⁷⁴. Ex. C.E. ass., 22 décembre 1982, « *Comité central d'entreprise de la Société française d'équipement pour la navigation aérienne (S.F.E.N.A.)* », Rec., p. 436, R.D.P. 1983, p. 487, Concl. Bacquet.

leurs pouvoirs »¹⁷⁵. Des décisions semblables ont été prises à l'occasion des refus illégaux de procéder à une délimitation du domaine public sur demande du requérant au droit de sa propriété¹⁷⁶ ou à l'assimilation à des catégories existantes, en vue de la péréquation des pensions prévues par la loi, des emplois de receveurs et de chefs de centres, occupés par des agents admis à la retraite avant la création de deux nouvelles classes¹⁷⁷.

Ces différentes espèces montrent que dans le contentieux de l'excès de pouvoir, souvent le seul constat de l'illégalité de l'abstention conduit, en principe, à l'annulation et suffit, parfois, pour identifier une obligation d'agir préexistante. Mais cela n'est pas une raison suffisante pour soutenir que l'illégalité dans ce domaine de l'abstention est, dans certains cas, différente de la faute et que le contentieux de l'excès de pouvoir est essentiellement objectif.

Ce contentieux est empreint de subjectivité pour au moins deux raisons. D'une part, la personne « qui intente un recours contre un acte [ou une abstention] de l'administration a en vue moins la protection de la légalité abstraite que celle de ses propres intérêts »¹⁷⁸. D'autre part et surtout, le juge se livre¹⁷⁹ à une appréciation des illégalités devant entraîner l'annulation des abstentions. Autrement dit, certaines illégalités échappent à l'annulation. Ce qui autorise à penser que le juge estime que certaines sont plus graves que d'autres.

La définition de l'abstention fautive révélatrice d'obligation d'agir préexistante, comme une seule violation de la légalité se révèle donc parfois inexacte. L'abstention fautive est souvent une prise en compte subtile de cette violation, du comportement des personnes publiques et des circonstances des affaires.

¹⁷⁵. C.E., 11 janvier 1935, « *Colombino* », Rec., p. 44.

¹⁷⁶. C.E., 5 janvier 1955, « *Decloitre* », Rec., p. 1.

¹⁷⁷. C.E., 3 décembre 1954, « *Association générale des retraités des P.T.T.* », Rec., p. 643.

¹⁷⁸. P. WEIL, « *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* », th. précitée, p. 22.

¹⁷⁹. Voir paragraphe suivant.

L'abstention fautive, révélatrice d'obligation d'agir préexistante est aussi parfois synonyme d'incompétence négative.

B- La coïncidence entre l'abstention fautive s'analysant comme une incompétence négative et l'obligation d'agir préexistante

Traditionnellement, il existe un vice d'incompétence négative lorsqu'une autorité administrative refuse d'agir parce qu'elle s'estime incompétente alors qu'en réalité, c'est elle qui doit faire l'acte en cause¹⁸⁰, autrement dit, qui doit agir. L'incompétence négative est donc une forme d'abstention fautive. Elle semble révéler une obligation d'agir préexistante dans la mesure où elle est comparable à un refus d'exécuter cette dernière. Néanmoins, si finalement l'obligation d'agir a été exécutée par une autorité incompétente, il est permis de se demander si, dans ce cas, le vice d'incompétence conserve encore une grande utilité.

L'intérêt de sanctionner une obligation d'agir préexistante uniquement parce qu'elle a été exécutée par une personne publique incompétente se pose dans les cas où l'incompétence est relevée à l'intérieur des services d'une même personne publique. Si l'Etat a empiété sur les compétences de la commune par exemple, il est aisé de comprendre que l'action de l'Etat dans cette hypothèse soit sanctionnée quand bien même il s'agirait d'une obligation d'agir car ce sont là deux personnes publiques juridiquement distinctes.

En revanche, si c'est un ministre incompétent qui a exécuté une obligation d'agir préexistante relevant de la compétence d'un autre ministre, il ne semble pas opportun de la sanctionner car c'est la même personne publique qui a agi, c'est-à-dire l'Etat. Mais le juge adopte une solution opposée. Ainsi, dans l'arrêt « Badesapt »¹⁸¹, L'Etat avait l'obligation d'édicter une « réglementation en vue

¹⁸⁰. J. KERNINON, « L'obligation pour l'autorité administrative de prendre réellement ses décisions », *Rev. admin.*, 1981, p. 479 & s.

¹⁸¹. C.E., 28 mai 2001, « Badesapt », *R.F.D.A.* 2001, p. 957.

d'assurer la mise en oeuvre de la gratuité des soins thermaux prévue en faveur des anciens militaires par la loi du 12 juillet 1873 ». Cette mesure qui devait être prise par le ministre de la Guerre l'a été par le ministre chargé des Anciens combattants et Victimes de guerre. Elle a, de ce fait, été annulée pour incompétence alors même que l'Etat était en situation d'obligation d'agir.

R. Chapus critique cette attitude qui relève d' « un excès de formalisme, puisque par hypothèse, la décision prise par l'autorité compétente (...) n'aurait pas été différente de celle qui est intervenue »¹⁸². Du moment que ce n'est pas le ministère compétent pour prendre la mesure, mais l'Etat, qui sera considéré responsable de l'inexécution, pourquoi ne pas valider une obligation d'agir exécutée par un autre ministère relevant de la même personne morale publique ? D'autant plus que, souvent, les mêmes ministres occupent plusieurs portefeuilles ministériels au cours de leur vie. Ils sont donc en principe qualifiés pour agir aux lieux et places d'autres ministres juridiquement compétents.

Une idée assez similaire est soutenue par le commissaire du gouvernement Latournerie¹⁸³ s'agissant de la recevabilité des requêtes devant le juge administratif. Il pense que celui-ci ne doit pas juger irrecevable une requête qui lui a été adressée, au motif que le requérant avait adressé sa demande préalable à un ministre incompétent. Il explique cette tolérance par les remaniements ministériels et les changements d'attributions des services très fréquents, encore observables de nos jours. Il écrit qu'en « un temps ou à peu près tous les changements de cabinets -qui ne sont pas une rareté- s'accompagnent de remaniements dans l'attribution des services, où non seulement les sous-secrétaires d'Etat, mais encore des départements ministériels, changent en quelques années et même en quelques mois, non seulement de titre, mais de consistance, il serait abusif d'exiger des administrés, sur la répartition

¹⁸². R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », 11ème éd. 2004, p. 779, n°930.

¹⁸³. Latournerie, concl. sur C.E., 23 janvier 1931, « *Garcin* », S. 1931, III, p. 97 & s.

des services, des connaissances que les administrateurs eux-mêmes n'arrivent pas sans peine à acquérir »¹⁸⁴.

De même, une demande adressée à un ministre incompétent doit pouvoir, en cas de silence de celui-ci, faire courir le délai au bout duquel l'administré peut saisir le juge¹⁸⁵. C'est la solution retenue par l'actuel état du droit, et notamment par l'article 20 de la loi du 12 avril 2000¹⁸⁶. A ce sujet, il faut souligner que, alors que les anciens textes¹⁸⁷ considéraient que ce délai était de 4 mois, la loi du 12 avril 2000 l'a ramené à 2 mois¹⁸⁸.

Le commissaire du gouvernement souligne que cette idée a été mise en œuvre sur le plan local, notamment par la jurisprudence « Masqueret »¹⁸⁹ dans laquelle, le juge a décidé que si le maire a été saisi d'une demande à la place du Conseil municipal, le silence gardé par celui-ci vaut décision implicite de rejet. En l'espèce, le silence provient en réalité du maire, et non du Conseil. Mais le juge a pu le mettre au passif de ce dernier dans la mesure où ces deux autorités relèvent de la même personne publique : la commune.

Outre le fait qu'une annulation d'une décision implicite de rejet révèle souvent l'existence d'une obligation d'agir, ce rapprochement s'explique surtout par le fait que l'idée que défend Lartounerie trouve son fondement de l'unité de la personne publique. En effet, si Latournerie pense qu'il serait préférable que le juge accepte la recevabilité d'une requête dont la demande préalable a été

¹⁸⁴. Latournerie, *Ibid.*, p. 101.

¹⁸⁵. Latournerie, *Ibid.*, pp. 97 et 101.

¹⁸⁶. Selon l'art. 20 de la loi du 12 avril 2000 : « lorsqu'une demande est adressée à une autorité administrative incompétente, cette dernière la transmet à l'autorité administrative compétente et en avise l'intéressé. Le délai au terme duquel est susceptible d'intervenir une décision implicite de rejet court à compter de la date de réception de la demande par l'autorité initialement saisie... ».

¹⁸⁷. Décret du 2 novembre 1864 ; art. 3 de la loi du 17 juillet 1900 et le décret du 11 juillet 1965.

¹⁸⁸. Art 21 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, J.O. 13 avril 2000, p. 5646. Pour les commentaires de cette loi, voir notamment P. FERRARI, « *Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : commentaire général de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000* », A.J.D.A. 2000, p. 471 ; J.A. de CASANOVA, « *Une nouvelle étape de l'amélioration des relations entre l'Administration et les citoyens : la loi « DCRA » du 12 avril 2000* », R.F.D.A. 2000, p. 725 ; A. PARIENTE, « *Vers une clarification du régime de retrait des décisions implicites d'acceptation ? (art. 23 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations)* », R.F.D.A. 2001, p. 653.

¹⁸⁹. C.E., 30 juillet 1926, « *Mesqueret* », *Rec.*, p. 815.

adressée à un ministre incompetent, c'est parce qu'il estime que cette demande a été plutôt adressée à l'Etat¹⁹⁰. Celui-ci étant compétent et le ministre incompetent relevant de lui, il n'y a, pour ainsi dire, vice d'incompétence. De même, si une obligation d'agir exécutée par un ministre incompetent ne doit pas, en principe, être sanctionnée, c'est principalement parce que, au fond, c'est l'Etat à qui l'obligation incombait, qui a agi.

R. Chapus explique les décisions de refus nées des silences gardés par des autorités administratives incompetentes¹⁹¹ par l'obligation de transmission. Celle-ci consiste pour l'autorité incompetente saisie de transmettre la demande à l'autorité compétente. En cas d'absence de transmission, le silence gardé par l'autorité incompetente fait naître, dans les hypothèses où le silence vaut rejet, une décision de refus. L'obligation de transmission qui ne valait que pour l'Etat¹⁹² a été étendue à toutes les personnes publiques par l'article 20 de la loi précitée du 12 avril 2000.

Néanmoins, cette obligation de transmission pourrait être elle-même fondée sur l'unité de la personne publique à un niveau général, c'est-à-dire sur l'Etat unitaire. Toutes les personnes publiques relèvent du même Etat. C'est la raison pour laquelle la personne saisie à tort, doit transmettre la demande à la personne compétente. Il serait, par conséquent, souhaitable que cette unité puisse conduire, au moins dans certains cas, à la validation jurisprudentielle d'obligations d'agir exécutées par des personnes publiques incompetentes.

Les mêmes remarques peuvent être formulées pour tous les services des autres personnes publiques. Elles sont encore plus vraies s'agissant des cas où les personnes publiques pour agir demandent l'avis de certaines commissions.

¹⁹⁰. Latournerie, concl. précitées, S. 1931, III, p. 101.

¹⁹¹. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 548, n° 661-2. Voir les exemples cités par cet auteur, et notamment C.E., 26 juin 1989, « *Cne de Blanc-Mesnil* », D.A. 1989, n° 467 ; C.E., 29 juillet 1998, « *Delhon* », Rec., p. 1076.

¹⁹². Selon l'art. 7 du décret du 28 novembre 1983 : « Toute autorité de l'Etat ou d'un établissement public administratif de l'Etat, saisie d'une demande dont l'examen relève d'une autre autorité, est tenue, quelle que soit la personne morale dont relève cette autorité, de transmettre la demande à l'autorité compétente ».

Or, concernant cette dernière hypothèse, J. Kerninon remarque qu'à chaque fois qu'une personne publique se borne à reprendre dans sa décision l'avis d'une commission, hormis les cas d'avis conformes, alors que c'est elle, c'est-à-dire la personne publique, qui doit agir, le juge annule sa décision¹⁹³. La raison est que les règles relatives à la répartition des compétences sont d'ordre public¹⁹⁴, ce qui signifie que leur méconnaissance est soulevée et sanctionnée d'office par le juge. En effet, celui-ci censure rigoureusement tout irrespect même partiel de ces règles car, comme le note J. Kerninon, il veut en éviter une dénaturation qui pourrait les réduire « à ne plus être que des moules juridiques dépourvus de toute substance »¹⁹⁵. C'est, au fond, « le souci du juge de ne pas bafouer les textes législatifs et réglementaires » établissant ces règles de compétence.

Mais, comme il a été fait mention antérieurement, le respect de ces règles n'est compréhensible qu'entre des personnes publiques différentes et non au sein d'une même personne publique. La polyvalence des agents publics administratifs¹⁹⁶ rend sans intérêt le respect sans faille de ces règles au sein d'une même personne publique toutes les fois que celle-ci doit agir.

Un tel respect comporte des inconvénients car d'une part, il accentue la lenteur de l'administration. En effet, une obligation d'agir préexistante qui n'est pas valide par le seul fait qu'elle est exécutée par une personne incompétente¹⁹⁷ doit être refaite par la personne compétente. C'est la raison pour laquelle Delbez souligne que l'illégalité liée à l'incompétence *ratione personae*, c'est-à-dire

¹⁹³. J. KERNINON, « *L'obligation pour l'autorité administrative de prendre réellement des décisions* », art. précité, p. 481 ; voir aussi les arrêts « *Chami* » du 9 décembre 1949 (Rec., p. 542) et du 22 janvier 1958 (Rec., p. 37) dans lesquels le Conseil d'Etat interdit de soumettre la validité des contrats administratifs à des organes consultatifs.

¹⁹⁴. Voir J. KERNINON, Ibid., p. 483.

¹⁹⁵. J. KERNINON, Ibid. p. 488.

¹⁹⁶. La polyvalence des fonctionnaires s'explique par plusieurs facteurs ; les concours pour leur recrutement exigent en principe des connaissances larges et variées ; au cours de leurs carrières, ils occupent des postes différents et bénéficient des congés-formation pour des remises à niveau.

¹⁹⁷. C.E., 11 mars 1949, « *Soc. Des Grands Moulins du Nord* », Rec., p. 118 ; C.E., 21 octobre 1949, « *Ministre du Travail c. Berp* », D. 1950, p. 76, note M. Waline.

l'incompétence de l'agent n'est pas grave¹⁹⁸. Mais il en résulte un allongement des délais que le bénéficiaire de l'obligation d'agir qui est souvent l'administré peut mal supporter.

D'autre part, il risque d'accroître les hypothèses de responsabilité et par conséquent, d'appauvrir le patrimoine des personnes publiques ; il en sera ainsi si l'exécution d'une obligation d'agir préexistante par une personne incompétente entraîne un préjudice pour l'administré.

Néanmoins, en ne sanctionnant pas une obligation d'agir préexistante contraire au droit, le juge ferait privilégier l'efficacité de l'action administrative au détriment de l'Etat de droit, une attitude que G. Guiavarc'h condamnerait volontiers car, selon lui elle consisterait au discrédit du principe de légalité¹⁹⁹.

Le lien entre incompétence négative et obligation d'agir préexistante des personnes publiques comporte, au même titre que celui précédemment étudié entre l'abstention fautive et l'obligation d'agir préexistante, des limites.

§2- Les limites de la coïncidence entre l'abstention fautive et l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques

La liaison étroite qui semble exister entre l'abstention fautive et l'obligation d'agir préexistante est à nuancer à cause de trois phénomènes. D'abord, l'abstention fautive qui s'analyse comme une incompétence négative ne peut être totalement confondue avec l'obligation d'agir. La raison est que, le terme d'incompétence négative a une portée beaucoup plus générale. Ensuite, l'obligation d'agir préexistante comporte très souvent une exigence de qualité, la personne publique ne pouvant agir sans égard à des considérations telles que comment, quand, où et par qui agir, autrement dit, sans égard à la légalité. Ces exigences relèvent de l'obligation « simple ». Il convient de noter que la

¹⁹⁸. L. DELBEZ, « *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité* », art. précité, pp. 484 & 488.

¹⁹⁹. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 441.

faute en matière d'abstention sanctionne, parfois, plutôt la violation de cette dernière et non de l'obligation d'agir. Enfin, cette faute s'efface souvent devant des questions d'opportunité.

A-Les limites de la coïncidence entre l'abstention fautive s'analysant comme une incompétence négative et l'obligation d'agir préexistante

J. Kerninon trouve très justement le terme traditionnel d'incompétence négative inadéquat²⁰⁰ en ce qu'il ne concerne que l'hypothèse précise dans laquelle une autorité administrative compétente se décharge de sa compétence sur une autre, autrement dit, uniquement l'incompétence négative formelle, c'est-à-dire par rapport à l'agent.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'incompétence négative peut aussi être matérielle, c'est-à-dire qu'elle peut porter sur l'objet. Sans renvoyer à une autre, une personne publique peut refuser d'agir tout simplement parce qu'elle se considère incompétente pour prendre un acte précis. Elle peut aussi porter sur le temps ; dans ce cas, la personne publique refuse d'agir parce qu'elle estime que la période durant laquelle elle devait prendre l'acte a passé. Elle peut enfin être géographique; la personne publique se dit incompétente dans la mesure où, sans renvoyer formellement à une autre, elle estime que sa localisation géographique lui interdit d'agir. Dans tous ces cas si l'argument n'est pas fondé, le juge sanctionne le refus d'agir. La sanction implique en principe la présence d'une obligation d'agir préexistante.

En clair, le juge sanctionne, à travers le vice d'incompétence négative, tous les refus d'agir basés sur une appréciation erronée de l'étendue des compétences de l'autorité administrative. Il en va ainsi lorsque cette dernière reste par exemple en deçà de sa compétence à cause d'une interprétation

²⁰⁰. J. KERNINON, « *L'obligation pour l'autorité administrative de prendre réellement ses décisions* », art. précité, pp. 479 & s.

restrictive de ses pouvoirs²⁰¹ ou considère qu'elle dispose d'une faculté d'agir alors qu'en réalité elle a une obligation d'agir, et vice versa²⁰². Ce qui compte, dans ce genre de vice, c'est en réalité le motif des décisions prises. Il n'y aurait pas incompétence négative dans les cas précédents si l'autorité administrative rejetait la demande de l'administré tout simplement parce qu'elle estimait que ce dernier n'a pas droit à l'acte. S'il y avait dans cette dernière hypothèse illégalité, ce serait une illégalité qui ne pourrait pas être assimilée à une incompétence négative dans la mesure où elle est fondée non sur une mauvaise appréciation de la compétence, mais sur une erreur de droit. Pourtant, toutes ces situations mènent au même résultat, à des abstentions plus ou moins avérées.

En outre, l'incompétence négative, dans cette acception large, peut ne pas sanctionner une obligation d'agir dans la mesure où ce vice existe aussi dans le cas où l'autorité administrative qui n'agit pas et qui renvoie sa compétence à une autre disposait d'une faculté d'agir²⁰³. Or, cette dernière est l'opposé de l'obligation d'agir. Cela prouve que l'abstention fautive est un moyen d'appréhension de l'obligation d'agir préexistante plus sûr que l'incompétence négative. De plus, alors que l'abstention fautive est apte à prendre en compte aussi bien les hypothèses de refus d'interventions matérielles obligatoires des personnes publiques que celles de refus d'élaboration d'actes administratifs, eux aussi obligatoires, l'incompétence négative, dans les cas où elle révèle une obligation d'agir préexistante, ne vise que cette élaboration²⁰⁴ ou cette « production normative ».

Ces importantes limites expliquent le choix du terme abstention fautive pour tenter une identification de l'obligation d'agir préexistante des personnes

²⁰¹. Ex : C.E., 19 novembre 1971, « *Demoiselle Bruguière* », Rec., p. 692 ; C.E., 3 mars 1976, « *Valette* », Rec., p. 117.

²⁰². C.E., 7 juin 1995, « *Delaunay* » : il s'agissait d'un ministre qui se croyait obligé de refuser de proposer une nomination alors qu'en réalité il jouissait d'une compétence discrétionnaire.

²⁰³. J. KERNINON, « *L'obligation pour l'autorité administrative de prendre réellement ses décisions* », art. précité, pp. 480 & 481.

²⁰⁴. Voir G. GORNU, « *Vocabulaire juridique* », Puf, 1998, p. 431.

publiques. Néanmoins, l'abstention fautive ne coïncide pas toujours avec une obligation d'agir dans la mesure où parfois elle révèle une obligation simple.

B- L'abstention fautive permet parfois de révéler une obligation "simple"

A priori, le parallèle entre l'abstention fautive et l'obligation « simple » peut surprendre. Or, cette dernière s'analyse souvent comme une abstention. Ainsi le mauvais fonctionnement du service qui est soit un mauvais entretien, soit une mauvaise organisation, ou son fonctionnement avec retard traduisant la manière et le moment de l'action et, par conséquent, l'obligation « simple », désignent, en réalité, des actions insuffisantes. Or, le juge traite souvent une insuffisance d'action comme une abstention pure et simple.

Il en est ainsi en matière de police²⁰⁵ où le juge a tendance à exiger la faute (lourde), que ce soit en cas d'absence ou d'insuffisance d'action²⁰⁶. Il en est de même en matière d'urbanisme où la présence de prescriptions insuffisantes pour un permis de construire sur un terrain glissant conduit le juge à engager la responsabilité pour faute de la personne publique²⁰⁷. La raison en est qu'il considère une prescription insuffisante comme une absence de prescription.

Pourtant, la faute qui sanctionne une insuffisance d'action implique l'existence d'une obligation « simple » et celle qui sanctionne une inaction totale traduit en principe l'existence d'une obligation d'agir préexistante. La faute ne peut dans le premier cas sanctionner une obligation d'agir car la personne

²⁰⁵. M. Paillet, obs. sous C.E., 4 décembre 1995, « *Delavallade* », L.P.A., 15 mai 1996, p. 22.

²⁰⁶. C.E., 20 octobre 1972, « *Ville de Paris c. Marabout* », Rec., p. 664 ; A.J.D.A. 1972, p. 625, concl. G. Guillaume ; R.D.P. 1973, p. 832, note Waline ; C.E., 2 juin 1976, « *Latty* », Rec., p. 329 ; C.E., 28 octobre 1977, « *Commune de Merfy* », J.C.P. 1978, II, n° 18814 ; C.E., 8 avril 1987, « *Virmaux c. Ville de Paris* », Rec., p. 140 ; J.C.P. 1987, IV, p.217 ; L.P.A., 14 octobre 1987, p. 4, note F. Moderne et P. Bon ; Gaz. Pal. 1988, IV, tab., p. 280 ; D. 1988, Somm., p. 61, note F. Moderne ; C.E., 25 septembre 1992, « *SCI Le Panorama* », Rec. tab., p. 1160 ; D. 1994, S.C., p. 62, obs. P. Bon et P. Terneyre.

²⁰⁷. C.A.A. de Nancy, 6 août 1993, « *Derlin c. ministre de l'Équipement* », Juris Data n° 051831.

publique a agi. Pour la même raison, l'abstention fautive ne permet pas de révéler une obligation d'agir préexistante dans les hypothèses suivantes.

Dans l'arrêt « Commune de l'Hôpital »²⁰⁸, le juge a condamné l'insuffisance d'un panneau de signalisation qui indiquait un « Verglas fréquent » au lieu de signaler la présence d'une couche de glace. Dans l'arrêt « Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle »²⁰⁹ précité, il a engagé la responsabilité de l'Etat pour faute à cause notamment de « la négligence prolongée des différents services...qui n'ont procédé que tardivement aux investigations de toute nature que l'ampleur anormale des opérations du Crédit municipal de Bayonne leur commandait de faire ». Dans ces deux espèces, la personne publique a agi, mais mal. La faute sanctionne par conséquent non pas l'abstention elle-même, mais la qualité ou la manière d'agir, élément de la légalité ou obligation simple. Celle-ci consistait, dans le premier cas, à délivrer une information exacte eu égard à l'état de l'ouvrage et, dans le second, à agir à temps.

En revanche, dans l'arrêt « S.C.I. Le Panorama »²¹⁰, la responsabilité de la ville de Paris a été engagée à cause de « l'absence de mesures prises pour faire respecter » une réglementation de police. En l'espèce, la faute sanctionne une absence totale d'action et non plus les modalités de celle-ci. Elle implique donc l'existence d'une obligation d'agir préexistante qui est, en l'espèce, l'obligation d'exécuter la réglementation de police²¹¹.

²⁰⁸. C.E., 2 mai 1969, « Cne de l'Hôpital », Rec., p. 241.

²⁰⁹. C.E. ass., 29 mars 1946, « Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle », Rec., p. 100.

²¹⁰. C.E., 25 septembre 1992, « S.C.I. Le Panorama », précité.

²¹¹. Par conséquent, il serait souhaitable de traduire cette distinction entre l'abstention fautive correspondant à une obligation simple et celle correspondant à une obligation d'agir préexistante sur le plan contentieux en exigeant simplement ou, au moins, plus souvent, une faute simple dans le premier cas.

A l'heure actuelle, l'abstention à se conformer à une obligation « simple » est sanctionnée par la faute (simple ou lourde). Autrement dit, il n'y a pas un terme jurisprudentiel spécifique au manquement par abstention à une obligation « simple » et un autre réservé au manquement par abstention à une obligation d'agir. C'est le même terme de « faute » qui est utilisé dans les deux cas, et qui est usité aussi, nous le signalons, en cas de manquements par action à une obligation, quelle qu'elle soit. Par

Cela fait apparaître que l'obligation d'agir comporte une exigence qualitative en ce sens qu'un service public peut avoir fonctionné, mais la responsabilité de la personne publique pourra être engagée parce que le service aura mal fonctionné²¹² ou aura fonctionné avec retard. G. Guiavarc'h a sans doute raison d'affirmer qu'« il ne peut... y avoir retard que s'il y a obligation d'agir »²¹³, mais il convient de remarquer que l'identification de celle-ci peut se faire sans recourir à cette notion de retard. C'est parce qu'il y a au départ obligation d'agir préexistante que le retard mis pour son exécution peut être fautif.

Par conséquent, l'abstention jugée fautive dans les cas où le service a fonctionné avec retard ou mal ne révèle qu'indirectement une obligation d'agir. En effet, s'il y a faute (abstention) dans ces deux cas, cela signifie que si le service n'avait pas du tout fonctionné, il y aurait *a fortiori* faute (abstention). En l'occurrence, l'abstention fautive ne révèle qu'indirectement une obligation d'agir parce que l'exigence qui consiste à demander aux personnes publiques de bien agir est une marque d'obligations 'simples', c'est-à-dire d'obligations que les personnes publiques rencontrent au moment où elles agissent²¹⁴. Il s'agit, principalement, du respect de la légalité.

Cette situation ne semble pas avoir échappée à G. Guiavarc'h pour qui une décision illégale de refus n'implique pas une obligation d'agir, s'il s'agit d'une illégalité externe²¹⁵, c'est-à-dire d'une incompétence²¹⁶ ou d'un vice de forme car, semble-t-il, ces derniers relèvent justement de l'obligation

conséquent et par extension, le fait que nous utilisons pour les deux sortes de manquements susmentionnés la même expression d'« abstention fautive » ne doit pas étonner.

²¹². J.-F. COUZINET, « *La notion de faute lourde administrative* », art. précité, p. 288 & s.

²¹³. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incompétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 411.

²¹⁴ Ce terme d'obligations 'simples' sera davantage expliqué dans le chapitre II du titre suivant.

²¹⁵. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incompétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p.389.

²¹⁶. S'agissant de l'incompétence, il y a des exceptions puisque nous avons vu dans le paragraphe précédent que parfois le vice d'incompétence négative sanctionne ouvertement une obligation d'agir.

« simple »²¹⁷. L'abstention fautive ne révèle directement une obligation d'agir préexistante que dans le cas précis où « le service n'a pas fonctionné »²¹⁸ du tout.

Enfin, il arrive que des refus assimilables à des abstentions soient annulés par le juge sans qu'en l'occurrence la personne publique ait une obligation d'agir puisqu'en fait c'est une obligation 'simple' qui a été méconnue. Cette hypothèse se rencontre souvent à l'occasion d'annulations pour « *erreur manifeste d'appréciation* ». G. Guiavarc'h a cité à cet égard, entre autres, l'arrêt du 25 avril 1980²¹⁹ dans lequel le Conseil d'Etat a annulé le refus du ministre de l'Education nationale de passer un contrat d'association avec un établissement privé car, selon lui, l'appréciation du ministre « était entachée d'une erreur manifeste »²²⁰ sans que cette annulation signifie que l'Etat a l'obligation « de contracter avec l'établissement ».

Cependant, il convient d'observer que l'annulation de ce refus n'a pas valu obligation d'agir car le domaine contractuel relève en principe pour la personne publique de la faculté d'agir au sujet de laquelle, d'ailleurs, le juge contrôle au moins l'erreur manifeste d'appréciation. Par conséquent, il est possible d'expliquer certaines abstentions fautives qui n'impliquent pas obligation d'agir de cette manière.

La faute en matière d'abstention peut parfois tout simplement être éludée par des questions d'opportunité.

²¹⁷. Il convient de remarquer que l'obligation « simple » existe en matière de faculté d'agir. Car si la personne publique décide d'en faire usage, elle doit le faire conformément à la légalité. Cela signifie que les conditions de délai, de forme et de procédure, de compétence etc. peuvent se rencontrer à l'occasion d'exercices d'actes ou actions facultatifs. Dans ce cas, si abstention à se conformer à une obligation « simple » il y a et qu'elle est jugée illégale ou fautive, elle ne sera pas un indice indirect de présence d'une obligation d'agir mais d'une faculté d'agir.

²¹⁸. DUEZ, « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », op. cit., p. 16.

²¹⁹. C.E., 25 avril 1980, « *Ministre de l'Education nationale c. Institut technique privé de Dunkerque* », Rec., p. 196 ; D. 1980, p. 481, note J. Kerninon ; A.J.D.A. 1980, p. 491, concl. J-F. Thery.

²²⁰. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incompétence du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 423, voir aussi p. 424.

C- L'effacement de l'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir préexistante devant des questions d'opportunité

Jèze soutient qu'en principe la faute dans les cas d'abstentions ne doit pas être présumée, mais prouvée eu égard aux faits. Car, dans certains cas, l'abstention peut être un moyen plus efficace que l'action pour se conformer à une compétence obligatoire. Ainsi, l'auteur pense que parfois, pour maintenir l'ordre public, l'abstention convient mieux que l'intervention. Par conséquent, il ne peut y avoir faute dans ce cas²²¹, si la personne publique s'abstient d'intervenir.

Dès lors, l'opinion selon laquelle l'obligation et « l'opportunité d'agir » vont de pair semble fondée. En effet, Jèze explique qu'en cas d'obligation d'agir préexistante, les pouvoirs publics peuvent s'abstenir d'agir si c'est cette seconde attitude qu'ils jugent salutaire pour « la paix sociale »²²². Il s'agit par exemple de l'obligation d'exécution des décisions de justice ou de celle de la police d'intervenir pour faire cesser des troubles à l'ordre public²²³. Jèze y avance, comme principale raison, « le choix du moindre mal ». Ne pas exécuter une obligation d'agir préexistante constitue une abstention fautive, mais l'exécuter en cas de risque de troubles à l'ordre public peut être en contradiction avec la finalité de l'Etat, à savoir assurer à l'individu une permanence de la paix sociale. L'abstention paraît, par conséquent, être la solution souhaitable.

La même idée est partagée par Tezner qui pense que l'administration doit à chaque fois prendre la mesure la plus appropriée dans la mesure où sa mission est de servir au mieux « l'intérêt public »²²⁴. Elle l'est également par R. Romi pour qui l'obligation d'agir préexistante n'est pas absolue dans la mesure où

²²¹. G. JEZE, « *Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public* », art. précité, p. 767 & s.

²²². G. JEZE, « *Appréciation, par les gouvernements et leurs agents, de l'opportunité d'agir* », art. précité, p. 5.

²²³. G. JEZE, *Ibid.*, pp. 5 & s.

²²⁴. Cette opinion de Tezner a été exposée et, dans une certaine mesure, acceptée par L. DI QUAL, « *La compétence liée* », th. Lille, 1963, p. 131 & s.

dans certaines hypothèses, surtout celles d'obligations d'agir indéterminées²²⁵ les personnes publiques disposent du « libre arbitre » afin de « choisir le seuil au-delà duquel » elles doivent intervenir et « en deçà duquel leur inaction est admise ou préférable »²²⁶.

Cette idée est, sans doute juste. Mais, elle ne peut être généralisée. Car, d'une part, la liberté d'apprécier une obligation d'agir préexistante ne peut aboutir à une inaction qu'exceptionnellement. Cette remarque n'a pas échappé à Jèze²²⁷. En effet, la règle est qu'en présence d'une situation d'obligation d'agir, les personnes publiques doivent intervenir juridiquement ou matériellement par voie d'action et, non, par voie d'abstention. D'autre part, si « l'opportunité d'agir » est l'apanage des pouvoirs public, elle est tout de même étroitement contrôlée par le juge pour ce qui est des obligations d'agir.

Néanmoins, de l'opinion de ces auteurs, il convient d'en déduire que les personnes publiques doivent toujours adopter dans n'importe quelle situation la position la meilleure pour l'intérêt général. La conséquence est qu'une obligation d'agir peut être 'neutralisée' parce qu'elle ne sert pas mieux l'intérêt général et être substituée à une abstention, considérée comme étant la solution la plus appropriée. Si cette appréciation est exacte, le juge, au lieu de sanctionner l'abstention, l'approuve. La faute (abstention) disparaît.

Cette thèse n'est pas une hypothèse d'école car le juge en fait souvent application. Ainsi, dans l'arrêt « Couitéas »²²⁸, le refus de l'Etat d'exécuter un jugement n'a pas été sanctionné pour faute car il y avait un risque grave pour l'ordre public alors même qu'il s'agit d'une obligation d'agir préexistante. En

²²⁵. Voir chapitre II du titre suivant.

²²⁶. R. ROMI, « *La responsabilité pour carence des autorités de police administrative* », L.P.A. 1986, p. 29.

²²⁷. G. JEZE, « *Appréciation, par les gouvernements et leurs agents, de l'opportunité d'agir* », art. précité, p. 10.

²²⁸. C.E., 30 novembre 1923, « *Couitéas* », Rec. ; p. 789 ; R.D.P. 1924, pp. 75 et 208, concl. Rivet, note Jèze ; S. 1923. 3. 57, note Hauriou, concl. Rivet ; D. 1923. 3. 59, concl. Rivet ; G.D.J.A., 14^{ème} éd. 2004, p. 252 ; voir aussi C.E., 26 juin 1968, « *Aimé et Louis Martinod* », Rec., p. 399 ; C.E., 30 septembre 1983, « *Maillard* », Rec., p. 858 ; J.C.P. 1984, II, n° 20258, note Debouy et Plaisant.

l'occurrence, la responsabilité de l'Etat a été engagée sur le terrain du risque²²⁹, autrement dit, il s'est agi d'une responsabilité sans faute. Le Conseil constitutionnel ayant estimé que « dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public » la personne publique peut ne pas exécuter une décision de justice²³⁰, a confirmé la jurisprudence « Couitéas ».

Dès lors, dans cette hypothèse et dans d'autres semblables, doit-on admettre que l'obligation d'agir préexistante se voit appliquer une responsabilité sans faute ou, plutôt, penser que l'application de celle-ci est une preuve qu'il n'y avait plus obligation d'agir ? Il semble que c'est cette seconde alternative qui est la bonne. Car, considérer que l'abstention n'est plus fautive peut être expliquée par le fait que le risque de troubles graves à l'ordre public suspend momentanément l'obligation d'agir. C'est donc cette brèche qui permet l'engagement de la responsabilité sur le terrain du risque. La preuve en est que dès que ce risque disparaît, l'obligation d'agir 'revit' dans toute sa vigueur et le risque cède la place à la faute.

Les degrés de la faute en matière d'abstention n'est pas, eu égard à l'identification de l'obligation d'agir préexistante, sans susciter un certain nombre de questions.

Section 2- Les relations entre les degrés de l'abstention fautive et l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques

Déjà l'arrêt « Blanco »²³¹, par sa formule « responsabilité...ni générale, ni absolue », laissait présager la variabilité de la faute. Mais, en cette matière, seule

²²⁹. Voir DUEZ, « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », op. cit., pp. 25 et 54.

²³⁰. C.C., 98-403 DC, 29 juillet 1998, Rec., p. 276 ; R.F.D.C. 1998, p. 765, note Trémeau ; A.J.D.A. 1998, p. 705, chr Schoettl.

²³¹. T.C., 8 février 1873, « Blanco », D. 1873, III, p. 20, S. 1873, III, p. 153, concl. David ; G.A.J.A. 14^{ème} éd., 2003, obs. p. 1.

une distinction semble valable ; c'est celle entre la faute « légère »²³² ou simple et la faute lourde ou grave²³³. Car des expressions comme la faute d'une particulière ou d'une exceptionnelle gravité ou la faute inexcusable sont synonymes²³⁴ ou ne font, tout au plus, que varier la gravité de la faute²³⁵. La

²³². G. LIET-VEAUX, note sous C.E., 24 juin 1949, « *Commune de Saint-Servan* », Rev. Admin. 1949, p. 469, col 1.

²³³. Voir en ce sens R. CHAPUS, « *Responsabilité publique et responsabilité privée* », th. précitée, p. 371.

²³⁴. Ces expressions sont apparues dans des domaines où la responsabilité des personnes publiques, et surtout de l'Etat parce que c'est lui qui est au premier chef concerné par les différentes activités qui vont être évoquées, ne pouvait être engagée, que ce soit dans l'hypothèse de l'abstention ou dans celle de l'action (dès lors, il ne convient pas de faire la distinction), que très rarement du fait du principe de l'irresponsabilité qu'elles jouissaient dans ces domaines. Il en va ainsi de la responsabilité du fait du service fiscal. Le juge y a d'abord exigé une « faute d'une gravité exceptionnelle » (C.E., 1 juillet 1927, « *Demoreuil* », S. 1927, III, p. 105, note Hauriou ; D. 1928, III, p. 21, note L. Troabas ; C.E., 2 juin 1953, « *Briançon* », Rec., p. 317), puis une « faute manifeste et d'une particulière gravité » (C.E., 30 octobre 1954, « *Murat* », Rec., p. 566), ensuite une faute lourde (C.E. sect., 21 décembre 1962, « *Husson-Chiffre* », Rec., p. 701 ; A.J.D.A. 1963, p. 90, chr. M. Gento et J. Fourré ; D. 1963, p. 558, note J. Lemasurier ; C.E., 6 novembre 1968, « *Morel* », R.D.P. 1969, pp. 545 & 546 ; C.E., 14 décembre 1981, « *Bouchon* », Rec., p. 470 ; C.E. sect., 21 janvier 1983, « *Ville de Bastia* », Rec., p. 21, concl. P. Bissara ; D. 1984, IR, p. 15, obs. F. Moderne et P. Bon ; C.E., 27 janvier 1989, « *Chrun* », Rec., p. 37 ; A.J.D.A. 1989, p. 318 ; R.F.D.A. 1989, p. 751, concl. Y. Moreau ; D. 1990, S.C., p. 30, obs. F. Llorens & P. Soler-Couteaux). Celle-ci est une faute « que ne sauraient excuser la jeunesse et l'inexpérience » (P. Albertine, note sous C.E. sect., 7 mars 1980, « *S.A.R.L. cinq-sept et autres* », A.J.D.A. 1980, p. 424, col.3) Cette exigence d'une faute manifeste, c'est-à-dire une faute de l'ordre de celles dont il a été fait allusion, surprend dans la mesure où la première fois, en 1913, que l'activité fiscale a été reconnue fautive, elle l'a été pour faute simple comme le montre le deuxième considérant de l'arrêt : « cons. ... que le préjudice dont la compagnie requérante poursuit la réparation a été occasionné par la faute administrative que les représentants de la Ville de Paris ont commise à son égard en rejetant sa demande d'abonnement par une inexacte application des dispositions réglementaires ci-dessus rappelées ; qu'il appartient au Conseil d'Etat d'apprécier la responsabilité encourue par la ville à raison de cette faute... » (C.E., 21 février 1913, « *Compagnie générale parisienne de tramways c. Ville de Paris* », Rec., p. 248). Le mot « faute » apparaissant, dans ce considérant, seul, c'est-à-dire sans épithète, cela signifie qu'il s'agit d'une faute simple. Bien que marginal à cette époque cet arrêt s'insère bien dans l'état actuel de la jurisprudence. Celle-ci semble aujourd'hui partagée entre la faute simple (C.E. sect., 27 juillet 1990, « *Bourgeois* », Rec., p. 242 ; R.F.D.A. 1990, p. 899, concl. N. Chahid-Nourai ; A.J.D.A. 1991, p. 346, note R. Debbasch ; D. 1991, S.C., p. 287, obs. P. Bon & P. Terneyre ; C.E. sect., 29 décembre 1997, « *Commune d'Arcueil* », C.J.E.G. 1998, p. 159 et R.F.D.A. 1998, p. 97, concl. G. Goulard ; A.J.D.A. 1998, pp. 112, chr. T.-X. Girardot & F. Raynaud ; J.C.P. 1998, I, n° 165, chr. J. Petit ; D. 1999, S.C., p. 53, obs. P. Bon & D. de Bechillon) et la faute lourde (C.E., 13 mai 1991, « *Commune des Garges-lès-Gonesse* », Rec., p. 178 ; A.J.D.A. 1991, p. 750, obs. F. Julien-Laferrière ; D. 1992, S.C., p. 146, obs. P. Bon & P. Terneyre) selon que l'activité fiscale a été facile ou difficile. Il en va de même de la responsabilité de l'Etat du fait du service pénitentiaire qui n'était engagée qu'en cas de « faute manifeste et d'une particulière gravité ». Depuis 1958, elle est engagée de façon constante pour faute lourde (C.E. sect., 3 octobre 1958, « *Rakotoarinovy* », Rec., p. 470 ; J.C.P. 1958, n° 10845, note C. Blaevonet ; C.E., 14 novembre 1973, « *Zanzi* », Rec., p. 645 ; D. 1974, p. 315, note F. Moderne ; J.C.P. 1975, n° 18008, note G. Poulon ; C.E., 26 mai 1978, « *Cons. Wachter* », Rec., p. 222 ; D. 1978, p. 711, note J. Duffar ; C.E., 10 mai 1985, « *Ramade* », Rec., p. 147 ; A.J.D.A. 1985, p. 568, obs. L.R. ; R.D.P. 1986, p. 923 ; J.C.P. 1986, n° 20603, note J.-L. Crozafon ; C.E., 16 novembre 1988, « *Epoux Deviller* », Rec., p. 408 ; D.

faute en matière d'abstention est aussi susceptible de degrés (§1) qui n'entraînent pas pour autant une gradation des obligations d'agir préexistantes (§2).

§1- Les degrés de l'abstention fautive révélant l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques

En dépit du fait que le juge administratif semble recourir en matière d'abstention fautive à sa distinction traditionnelle entre faute simple et faute lourde, cette dichotomie n'a pas d'influence sur l'identification de l'obligation d'agir des personnes publiques.

1989, S.C., p. 352, obs. F. Moderne et P. Bon ; Quot. Jurid., 23 février 1989, p. 2, note F. Moderne) et exceptionnellement pour faute simple (ex : C.E., 15 juillet 1958, « *Dufour* », Rec., p. 458). Enfin, une remarque s'impose, à savoir que les expressions « faute d'une particulière ou d'une exceptionnelle gravité » n'ont pas été employées en matière de responsabilité du fait du service de police sauf exception (C.E., 4 janvier 1918, « *Duchène* » ; C.E., 18 mars 1924, « *Loumi-Daoud* », Rec., p. 354) . Pourtant, c'est un domaine où l'Etat jouissait d'une irresponsabilité sans faille (voir. par ex : C.E., 13 janvier 1899, « *Lepreux* », Rec., p. 18 ; S. 1900, III, p. 1, note Hauriou), à laquelle il n'a pas été mis fin, semble-t-il, qu'en 1905 (C.E., 10 février 1905, « *Tomaso Grecco* », Rec., p. 139, concl. Romieu ; S. 1905, III, p. 113, note Hauriou ; D. 1906, p. 381, concl.). Il convient d'observer que, comme en matière fiscale, le juge chercha dans cette dernière espèce, à engager la responsabilité de l'Etat pour faute simple, sans succès puisque l'accident dont fut victime le Sieur Grecco ne pouvait « être attribué à une faute du service public dont l'administration serait responsable » (extrait du jugement). C'est pourquoi R. CHAPUS n'est pas d'avis que cet arrêt est à l'origine de la faute lourde en matière de police, et encore moins, les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu. Selon cet auteur, ce dernier a voulu tout simplement signifier dans son propos que les services de police n'ont pas commis de faute (« *Responsabilité publique et responsabilité privée* », th. précitée, note n° 5, p. 366). C'est également l'avis de L. RICHER qui situe la naissance de la faute lourde en 1918 (C.E., 26 juillet 1918, « *Lemonnier* », Rec., p. 63 ; confirmé aussi par C.E., 30 mai 1924, « *Société d'assurances mutuelles c. l'incendie « La fourmi »* », Rec., p. 526) alors que l'exigence de la faute lourde n'apparaît véritablement qu'en 1925 dans un arrêt « *Clef* » (C.E., 13 mars 1925, R.D.P. 1925, p. 274, concl. Rivet ; S. 1926, III, p. 37). Depuis, la jurisprudence est en principe partagée entre la faute lourde et la faute simple selon que l'activité de police rencontre ou non de difficultés. Les analyses ultérieures montreront que ce critère est critiquable. Au total, l'évolution de la notion de « faute » sur toutes ses formes montre un recul sensible de la faute manifeste au profit de la faute simple (F. Raynaud & P. Fombeur, obs. sous C.E. sect., 13 mars 1998, « *Améon et autres* », A.J.D.A. 1998, p. 418 & s.). Vu cette évolution, on est en droit de penser que la faute simple gagnera aussi du terrain en matière de responsabilité du fait du service pénitentiaire.

²³⁵. R. CHAPUS, « *Responsabilité publique et responsabilité privée* », th. précitée, p. 357.

A-L'utilisation par le juge administratif des fautes simple et lourde en matière d'abstention fautive

Le juge administratif utilise en cas d'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir préexistante la distinction entre faute simple et faute lourde. Mais les critères habituels destinés à expliquer cette distinction paraissent incertains. Dès lors, une nouvelle démarche d'appréciation de l'abstention fautive sera proposée.

1- Le rejet des critères habituels de distinction entre fautes simple et lourde en matière d'abstention

Déjà en 1948, Montané de la Roque montrait que les abstentions fautives des personnes publiques étaient sanctionnées soit par la faute simple, soit par la faute lourde. Cette dernière était exigée par exemple en cas d'abstention des services de police²³⁶ ou en cas d'inexécution des décisions judiciaires²³⁷ ou encore en matière de défaut d'internement d'aliénés dangereux²³⁸. Le juge administratif exigeait seulement la faute simple par exemple en cas d'inexécution ou de retards d'exécution injustifiés des jugements des juridictions administratives²³⁹. Même si on assiste au fur et à mesure que les années passent à un recul de la faute lourde²⁴⁰, cette distinction est encore d'actualité en matière d'abstention fautive.

²³⁶. Voir MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 326.

²³⁷. Voir MONTANE de la ROQUE, *Ibid.*, p. 214.

²³⁸. C.E., 25 janvier 1931, « *Garcin* », *Rec.*, p. 91 ; S. 1931, III, p. 47.

²³⁹. Voir MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 411 et la décision citée par cet auteur, C.E., 2 février 1938, « *Mary* », *Rec.*, p. 114.

²⁴⁰. La faute lourde a reculé parce que d'une part, elle a disparu de certains domaines comme le domaine hospitalier ou celui de secours (J. RIVERO et J. WALINE, « *Droit administratif* », 20^{ème} éd. 2004, p.413, n° 478), et d'autre part, parce qu'elle coexiste avec la faute simple dans des domaines qui étaient les siens, à savoir les activités policière, fiscale, de tutelle et de contrôle (G. LEBRETON, « *Droit administratif général* », Armand Colin, Paris, 3^{ème} éd. 2004, p. 384, n° 279 & s.)

Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, alors que l'abstention de l'Etat à adopter une réglementation sanitaire²⁴¹ ou le refus d'admission d'une étrangère dans un hôpital public²⁴² n'ont été sanctionnés que pour faute simple par le juge administratif, celui-ci a exigé la faute lourde s'agissant du défaut de surveillance sur une plage²⁴³ ou de contrôle de légalité sur les actes des collectivités territoriales²⁴⁴. Dès lors, surgit une interrogation : sur quel critère le juge se fonde-t-il pour qualifier une abstention de faute lourde ou de faute simple?

G. Guiavarc'h pense qu'en matière d'abstention, le juge tient compte, pour retenir la faute lourde, d'autres éléments que « l'abstention proprement dite »²⁴⁵. En matière d'occupation d'usine par exemple, il vérifie si « l'administration a engagé des négociations ». Dans le cas contraire, il engage sa responsabilité pour faute lourde. Cet auteur ne vise autre chose que le comportement des personnes publiques.

Or, si dans l'action administrative, ce comportement peut être jugé, en matière d'abstention, les données sont différentes puisqu'un tel comportement, dans la majorité des cas, n'existe pas. L'exemple cité par G. Guiavarc'h doit être rangé dans les exceptions. Car en principe, dans les abstentions administratives, le juge ne dispose pas des faits pouvant lui permettre de décider que dans des circonstances précises, la personne publique s'est comportée d'une manière tellement condamnable que son abstention constitue une faute lourde.

En effet, l'abstention étant une attitude passive, elle ne permet pas de juger le comportement de la personne qui l'a adoptée. La question de savoir si les abstentions fautives ne seraient pas, en réalité, des fautes simples peut être

²⁴¹. C.E., 9 avril 1993, « M. G. », A.J.D.A. 1993, p. 381 ; chr. C. Maugué & L. Touvet, même revue, p. 344.

²⁴². CAA de Paris, 9 juin 1998, « Mme B... », D.A. 1998, n° 361.

²⁴³. C.E., 23 mai 1958, « Amoudruz », Rec., p. 301 ; A.J.D.A. 1958, II, p. 309, chr. Fournier et Combarrous.

²⁴⁴. T.A. de Bastia, 3 juillet 1997, « Commune de Saint-Florent », L.P.A. septembre 1997, n° 109, Concl. P. Chiavérini, obs. B. Brenot.

²⁴⁵. G. GUIAVARC'H, « Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes », th. précitée, p. 492.

posée dans la mesure où le juge ne fait, dans la majorité des cas, que les constater en tant que manquements à des obligations préexistantes d'agir ? Quoiqu'il en soit, si frontière il y a en matière d'abstention entre faute (abstention) simple et lourde, elle ne peut être trouvée sur le terrain du comportement des personnes publiques.

Dès lors, pour expliquer la faute lourde, la majorité des auteurs²⁴⁶, recourent habituellement au critère de difficulté qu'« éprouve » le service public. Mais, en ne distinguant pas l'action de l'abstention dans leurs analyses, celles-ci méritent d'être revues. Ainsi, ils arguent de la difficulté pour expliquer la faute lourde en matière de service ou, mieux, d'activité²⁴⁷ de police²⁴⁸. Or, en la matière, le critère de difficulté ne peut justifier tout le temps la faute lourde²⁴⁹ car très souvent il ne peut être retenu dans les hypothèses d'abstention.

Ainsi, dans l'arrêt « *Préfet du Cher c. Mlle Rousseau* »²⁵⁰, L'Etat a été condamné pour faute lourde à cause d'un retard de 11 jours pour prendre un arrêté de placement de Mlle Rousseau dans un hôpital psychiatrique en

²⁴⁶. Ex : C. LASRY et G.-H. GEORGE, « *Responsabilité de la puissance publique* », art. précité, p. 802, n° 205 & s. ; J.-F. COUZINET, « *La notion de faute lourde administrative* », art. précité, p. 294 ; R. CHAPUS, « *Responsabilité publique et responsabilité privée* », th. précitée, p. 365 & s., P.-L. FRIER, « *Précis de droit administratif* », Montchrestien, Paris, 3^{ème} éd. 2004, p. 476, n° 825 & s. ; F. VINCENT, « *Responsabilité en matière de police* », *Juris. Cl. Admin.*, fasc. 912 (2001), n° 63 & s. ; A. De LAUBADERE, J.-C. VENEZIA & Y. GAUDEMET, « *Droit administratif* », L.G.D.J., 17^{ème} éd. 2002, p. 149.

²⁴⁷. J.-F. COUZINET critique les auteurs qui délimitent la faute lourde par « services ». Il fait remarquer à juste titre que seulement certaines activités de ces derniers sont concernées par cette faute (« *La notion de faute lourde administrative* », art. précité, p. 294). Peut-être, cette méthode de délimitation n'est, contrairement à ce que pense cet auteur « la seule correcte » (Ibid., p. 296), mais en tous cas, elle est plus proche de la réalité. Nous aurons à relater cette réalité (infra) en soulignant que la faute lourde en matière d'abstention devrait être appréciée par rapport à l'abstention elle-même.

²⁴⁸. Voir par ex. L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », *op. cit.*, pp. 117 et 121.

²⁴⁹. J.-F. COUZINET n'est pas d'accord avec les auteurs qui pensent que le juge administratif tient compte des circonstances de fait difficiles ou exceptionnelles pour exiger la faute lourde. Pour lui, « la référence faite aux circonstances de fait n'ajoute rien au degré exigé de gravité de la faute, elle indique simplement que le juge se livre à une appréciation concrète de la faute administrative », (« *la notion de faute lourde administrative* », art. précité, p. 298). Or, il semble qu'il n'existe pas, sauf rares exceptions, d'activités difficiles par nature pour lesquelles le juge exigerait toujours la faute lourde. La difficulté provient le plus souvent des circonstances. Par conséquent, si J.-F. Couzinet admet la difficulté comme critère opératoire de délimitation entre faute lourde et simple, il doit en même temps reconnaître que les circonstances de temps et de lieu jouent un rôle dans cette délimitation.

²⁵⁰. C.E., 12 avril 1988, « *Préfet du Cher c. Mlle Rousseau* », *Rec.*, p.929 ; *D.* 1989, S.C., p. 112, obs. F. Moderne & P. Bon, p. 533.

méconnaissance de l'article 344 du Code de la santé publique qui considère qu'il doit agir « sans délai ». De fait, dans cette espèce, on ne peut exciper du critère de difficulté pour expliquer la faute lourde résultant de l'abstention car rien ne faisait obstacle à ce que le préfet agît.

De même, dans l'espèce « Marabout »²⁵¹, la ville de Paris a été condamnée pour faute lourde pour n'avoir pas exécuté son « obligation de prendre des mesures appropriées » en matière d'interdiction de stationnement. Cette espèce, elle aussi, permet de douter du critère de difficulté comme explication de la faute lourde résultant de l'abstention. Pourquoi l'abstention de faire respecter l'interdiction de stationnement dans un hameau peut être difficile alors qu'il n'existait pas d'obstacle à agir. Il est vrai que le Conseil d'Etat évoque des « difficultés que la police de la circulation rencontre à Paris »²⁵², mais des difficultés qui existent en principe en cas d'action et non en cas d'abstention.

Outre le fait que pour faire respecter l'interdiction de stationnement, il aurait suffi « d'interdire l'ouverture à la circulation publique »²⁵³ de la voie en cause, la ville, pour montrer qu'elle a entendu les doléances du requérant, n'a agi que par de « très rares et timides interventions n'ayant eu pratiquement aucun effet »²⁵⁴ ; elle n'a ajouté qu'un panneau d'interdiction de stationnement, n'a fait dresser que quelques contraventions, n'a fait enlever en quatre ans qu'un seul véhicule²⁵⁵. Par conséquent, comme le souligne le commissaire du gouvernement, la ville n'a pas commis de faute lourde parce que les conditions dans lesquelles elle devait agir étaient difficiles ; elle a commis une telle faute

²⁵¹. C.E. ass., 20 octobre 1972, « Marabout », p. 664 ; A.J.D.A. 1972, p. 581, chr. P. Cabanes & D. Leger, p. 625, concl. G. Guillaume ; R.D.P. 1973, p. 832, note M. Waline ; Gaz. Pal. 1973, I, p. 265, note J.-P. Rougeaux ; J.C.P. 1973, II, n° 17313, note B. Odent.

²⁵². Arrêt « Marabout » précité, 2^{ème} considérant.

²⁵³. P. Cabanes & D. Leger, chr. A.J.D.A. 1972, p. 582, 1^{ère} col.

²⁵⁴. P. Cabanes & D. Leger, Ibid., p. 581, 1^{ère} col.

²⁵⁵. Concl. G. Guillaume, A.J.D.A. 1972, p. 627, 1^{ère} col.

plutôt parce qu'elle devait agir, mais ne l'a pas fait ou ne l'a fait que très insuffisamment²⁵⁶.

Dès lors, il est surprenant de constater que la majorité des auteurs soutiennent, dans l'arrêt « Marabout », le critère de difficulté comme justification de la faute lourde²⁵⁷.

Une jurisprudence ultérieure semble confirmer ce point de vue. Le juge a en effet considéré qu'en procédant à « un grand nombre d'interpellations...aux abords immédiats de l'immeuble » du requérant alors même que les activités de racolage n'ont pas totalement disparu, les services de police n'ont pas commis de faute lourde²⁵⁸. Celle-ci a sans doute été écartée parce que la personne publique a vigoureusement réagi afin d'exécuter son obligation d'agir, même si les résultats n'ont pas été satisfaisants.

Ce critère n'est pas non plus défendable dans une affaire²⁵⁹ ayant trait à l'activité de tutelle ou de contrôle. La Caisse départementale d'assurances sociales avait souscrit un bon à ordre à l'occasion d'une opération d'emprunt lancée frauduleusement par certains membres du Crédit municipal de Bayonne. La caisse n'ayant pu obtenir le remboursement des sommes qu'elle avait versées, a cherché à faire engager la responsabilité de l'Etat pour manquement à son devoir de contrôle sur le Crédit municipal.

Le Conseil d'Etat a retenu une faute lourde de l'Etat sans que le contrôle qui devait être effectué fût matériellement ou juridiquement difficile. Il a considéré que « les agissements criminels du sieur Stavisky et ses complices n'ont été rendus possibles que par la faute lourde commise par le préfet (...) dans le choix du personnel dirigeant du Crédit municipal...lors de sa création (...) et dans le maintien en fonction de ce personnel, ainsi que par la négligence

²⁵⁶. Concl. G. Guillaume, Ibid.

²⁵⁷. Voir notamment P. Cabanes & D. Leger, chr. A.J.D.A. 1972, p. 583, 2^{ème} col ; F. Servoin, A.J.D.A. 1975, p. 199, 1^{ère} col. ; R. Chapus, « *Droit administratif général* », op. cit, t1, p. 1306.

²⁵⁸. C.E., 8 avril 1987, « *Virmaux c. Ville de Paris* », précité, Rec., p. 140.

²⁵⁹. C.E. ass., 29 mars 1946, « *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe et Moselle c. Etat* », Rec., p. 100 ; R.D.P. 1946, p. 490, concl. Lefas, note Jèze ; S. 1947, III, p. 73, note Mathiot ; G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 368.

prolongée des différents services de l'Etat qui sont chargés de ces établissements publics communaux et qui n'ont procédé que tardivement aux investigations de toute nature que l'ampleur anormale des opérations du Crédit municipal (...) leur commandait de faire ».

Il est donc clair que le juge, pour retenir la faute lourde, a mis l'accent sur les graves négligences commises par l'autorité de contrôle et non sur la présence de difficultés d'exercer le contrôle. En effet, il n'a signalé la présence d'aucun obstacle que l'Etat pouvait rencontrer dans l'exercice d'un contrôle efficient. Comme dans la précédente espèce, c'est non pas parce qu'il y avait des difficultés à agir, mais parce que la personne publique pouvait facilement agir pour exécuter son obligation d'agir et ne l'a pas fait, que sa responsabilité a été engagée pour faute lourde²⁶⁰.

Le critère de difficulté pour expliquer la faute lourde dans le cas d'abstention est d'autant plus à écarter que la faute simple suffit parfois à engager la responsabilité des services de police pour leur refus d'exécuter une activité obligatoire difficile. Ainsi, dans l'arrêt « S.A. Affichage Niçois »²⁶¹, la responsabilité de l'Etat a été engagée pour faute simple à cause de sa carence à faire respecter la loi sur l'interdiction d'affichages publicitaires sur les monuments naturels et les sites classés, alors que la faire respecter était difficile pour les services de police.

²⁶⁰. En général, l'exigence de la faute lourde s'explique par le fait que la faute simple risque de conduire à une déresponsabilisation de l'autorité sous tutelle ou sous contrôle (Voir F. MELLERAY, « *L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales* », art. précité, p. 75, col.2). En effet, la faute simple qui engage la responsabilité de l'autorité de contrôle signifie que la personne contrôlée n'a plus à être vigilante. Il existe, par conséquent, un risque de transfert de compétence de l'autorité sous contrôle vers l'autorité de contrôle. Liet-Veaux confirme cette hypothèse en soulignant que l'exigence de la faute lourde pour engager la responsabilité de l'autorité de tutelle « est fort opportune pour déjouer, un savant calcul. Les collectivités sous tutelle ont un penchant net à se décharger de leur négligence en se retournant contre l'autorité supérieure qu'elles accusent d'inaction » (note sous C.E., 24 juin 1949, « *Commune de Saint-Servan* », Rev. Admin., 1949, p. 469, col. 1). Il n'est pas certain que cette justification a une relation étroite avec le critère de difficulté, c'est-à-dire que le juge exige la faute lourde pour éviter un transfert de compétences seulement dans les cas où l'activité paraît difficile (Voir F. MELLERAY, « *L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales* », art. précité, p. 75, col.2).

²⁶¹. C.E., 9 février 1983, « *S.A. Affichage Niçois et S.A. Affichage Giraudy* », R.D.P. 1984, p. 832.

D'autres auteurs invoquent, à titre subsidiaire, la distinction entre mesures d'édiction ou de conception pour lesquelles la faute simple suffit à engager la responsabilité des personnes publiques²⁶² et mesures matérielles ou d'exécution pour lesquelles une faute lourde est exigée²⁶³. S'agissant toujours de la responsabilité du fait des services de police administrative qui n'est qu'une illustration parmi d'autres -aussi bien cette distinction que la précédente sont appliquées à des obligations d'agir relevant d'autres services avec, il est vrai, une intensité moindre qu'en matière de police- P. Bon et P. Terneyre²⁶⁴ sont très précis.

Ils montrent qu'en cas d'abstention des services de police, le juge semble exiger la faute simple ou la faute lourde en fonction des 'directives' suivantes : en cas de prescription insuffisante de mesures juridiques, c'est la faute simple qui est exigée, et la faute lourde en cas d'abstention à les appliquer matériellement²⁶⁵ ; s'il y a à la fois « insuffisance des mesures juridiques et défaut dans leur application », c'est seulement la faute lourde qui peut engager la responsabilité de la puissance publique²⁶⁶. Ils sont favorables à l'exigence de la faute lourde dans ce dernier cas car ils pensent, à juste titre, qu'il n'est pas « possible de préciser la part respective de l'une et l'autre de ces deux carences dans la réalisation du dommage. Dans ces conditions, il était pour le moins

²⁶². C.E., 5 mars 1971, « *Le Fichant* », Rec., p. 185 ; A.J.D.A. 1971, p. 680, note J. Moreau ; C.E., 13 mai 1983, « *Lefebvre* », Rec., p. 194 ; A.J.D.A. 1983, p. 476, concl. M. Boyon : il s'agissait dans les deux arrêts d'abstentions de maires de prendre des mesures pour assurer la sécurité de zones de baignade.

²⁶³. Voir D.P. obs. sous C.E., 4 décembre 1995, « *Delavallade* », D.A. 1996, n° 49 ; C.E., 25 septembre 1992, « *SCI Le Panorama* », Rec., p. 1160.

²⁶⁴. P. Bon et P. Terneyre, obs. sous C.E., 25 septembre 1992, « *SCI Le Panorama* », précité, D. 1994, S.C., p. 62.

²⁶⁵. C.E., 23 mai 1958, « *Amoudruz* », Rec., p. 281 ; voir aussi J.-F. COUZINET et les arrêts qu'il cite : « *la notion de faute lourde administrative* », art. précité, pp. 307 & 308 ; cet auteur ajoute que la responsabilité n'est engagée en cas de défaut de « faire respecter la réglementation existante » que pour faute lourde ; voir en ce sens F. Moderne et P. Bon, obs. sous C.E., 25 septembre 1987, « *Commune de Lège-Cap-Ferret c. Martigne* », D. 1988, S.C., p. 376.

²⁶⁶. C.E., 20 octobre 1972, « *Ville de Paris c. Marabout* », précité ; C.E., 12 mai 1976, « *Compagnie d'assurances Zurich* », Rec., p. 246 ; C.E., 25 septembre 1987, « *Commune de Lège-Cap-Ferret c. Martigne* », Rec., p. 296 ; D. 1988, S.C., p. 376, obs. F. Moderne et P. Bon ; C.E., 25 septembre 1992, « *SCI Le Panorama* », précité.

artificiel de se contenter d'une faute simple dans la première hypothèse et d'exiger une faute lourde dans la seconde... »²⁶⁷.

L'analyse de ces deux auteurs montre que le juge administratif raisonne en cas d'abstention, comme s'il y avait action, pour départager faute simple et lourde -en tout cas, dans ce domaine précis de la police administrative- puisqu'il tient compte de la distinction souvent faite en cas d'action entre mesures juridique et matérielle. Un tel raisonnement n'est justifié que dans les rares hypothèses où il est sûr que si la personne publique avait agi, son action aurait consisté dans de telles mesures précises. Sans cette certitude, ce raisonnement repose sur une fiction parce que pour justifier la faute simple et lourde résultant de l'abstention, le juge applique une distinction qui peut se révéler fautive si la personne publique agit effectivement.

Les critères ordinaires de justification de la distinction entre fautes simple et lourde (abstention) révélant l'obligation d'agir ayant montré leurs limites, il convient de proposer une nouvelle méthode d'appréciation de l'abstention fautive.

2- La nouvelle démarche d'appréciation de la faute en matière d'abstention

Pour raisonner en matière d'abstention exactement comme dans le cas de l'action, il faut envisager le conditionnel et, par conséquent, faire du droit-fiction. L. Richer a pu par exemple écrire à propos d'une affaire où il y avait eu abstention²⁶⁸ que la « responsabilité communale est subordonnée par l'arrêt à une faute lourde, alors que les mesures auraient pu être purement juridiques, ce

²⁶⁷. P. Bon et P. Terneyre, obs. sous C.E., 25 septembre 1992, « *SCI Le Panorama* », précité, D. 1994, S.C., p. 62. ; voir dans le même sens M. PAILLET, « *La faute du service public en droit administratif français* », L.G.D.J., 1980, p. 200.

²⁶⁸. Il s'agit de l'arrêt « *Commune de Cilaos* » (C.E., 14 mai 1986, Rec., p. 708 ; R.D.P. 1987, p. 478) dans lequel était en cause l'abstention d'un maire d'empêcher des collégiens internes d'essayer de regagner leur domicile en temps de cyclone. Cette sortie leur fut fatale.

qui confirme que la distinction entre activité matérielle et activité juridique ne peut expliquer dans tous les cas la séparation entre faute lourde et faute simple »²⁶⁹. Comment peut-on savoir *a priori* que s'il y avait eu action, celle-ci se serait résumée dans des mesures « purement juridiques » ?

Dans l'affaire précitée, la personne publique aurait pu prendre des mesures juridiques et matérielles. C'est l'hypothèse dans laquelle les collégiens auraient passé outre une interdiction municipale de sortie et où le maire aurait eu recours aux forces de police. Elle aurait pu aussi intervenir matériellement notamment par un renforcement de la surveillance. Toutes ces hypothèses ne sont que pure spéculation dans la mesure où la réalité est à l'opposé : en l'espèce, l'autorité publique n'a pas agi.

Les mêmes critiques peuvent être formulées au sujet des hypothèses dans lesquelles le juge se base, en cas d'abstention, sur une action qui serait soit difficile pour exiger la faute lourde, soit facile pour se contenter, au contraire, de la faute simple. Pourtant, des auteurs tels que P.-L. Frier²⁷⁰ et R. Romi²⁷¹ soutiennent cette distinction²⁷².

²⁶⁹. L. Richer, obs. sous l'arrêt, « *Commune de Cilaos* », A.J.D.A. 1986, p. 468. Cet auteur démontre par exemple, qu'en matière de police, il ne faut pas réserver la faute lourde aux activités d'exécution et la faute simple à celles de réglementation car, aussi bien dans ces dernières que dans les premières, les deux notions de faute peuvent être retenues par le juge (« *La faute de service public...* », *Economica*, 1978, p.115).

²⁷⁰. P.-L. FRIER, « *Précis de droit administratif* », 3^{ème} éd. 2004, p. 476, n° 825.

²⁷¹. R. ROMI, « *La responsabilité pour carence des autorités de police administrative* », art. précité, pp. 31 et 34.

²⁷². Voir aussi Latournerie, concl. sur C.E., 23 janvier 1931, « *Garcin* », S. 1931, III, p. 101 & s. Néanmoins, R. ROMI pense par ailleurs qu'on ne peut assimiler l'abstention et l'action sur le plan contentieux sans « ...occulter d'éventuels particularités de la responsabilité pour carence... » (« *La responsabilité pour carence des autorités de police administrative* », art. précité, p. 28). Il montre par exemple que le juge administratif examine et apprécie les cas de carence des autorités de police administrative avec plus de souplesse qu'il ne le fait pour les agissements positifs (Ibid., p. 33 & s.). Il écrit, à ce sujet, que « la plus grande imprécision du juge en matière de responsabilité pour carence...lui permet de se réserver une latitude plus importante en la matière que quand il a à juger des fautes constituées par des « agissements positifs » » (Ibid., p. 35, col. 2). Il pense aussi que « le caractère fautif d'une abstention ne se prouvera ni aussi facilement ni de la même manière que le caractère fautif d'un agissement » (Ibid., p. 28, note 6). « Ni de la même manière » certes, mais non « ni aussi facilement », croyons-nous. Car l'obligation d'agir provient généralement de textes clairs et souvent connus. Par conséquent, en cas d'abstention, il suffit que le requérant invoque la violation du texte ou de la jurisprudence instituant l'obligation d'agir pour montrer son caractère fautif. Ce qui n'est pas le cas de la faute en cas d'action. C'est dans ce dernier cas que la faute est plus difficile à

Or, au lieu d'analyser une action qui n'a pas eu lieu, il serait préférable de s'en tenir à la conduite réelle de la personne publique, à savoir son abstention. Une telle démarche est non seulement possible, mais souhaitable.

Très souvent, l'abstention est, dans des circonstances précises, sans ambiguïté une conduite reprochée par le droit. C'est le cas par exemple dans l'espèce « Commune de Cilaos » précitée ; l'article 97-6° du Code de l'administration communale alors en vigueur dispose en effet que « la police municipale comprend notamment (...) le soin de prévenir par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux (...), tels que les (...) inondations (...) ; de pourvoir d'urgence à toutes mesures d'assistance et s'il y a lieu de provoquer l'intervention de l'autorité supérieure »²⁷³.

Cette disposition, faisant apparaître de manière très nette une obligation d'agir, celle de prévenir les accidents et fléaux, montre que le maire ne devait pas, dans les circonstances connues, hésiter à agir. Dès lors, il apparaît normal que son abstention soit considérée fautive. Dans ce cas, l'abstention pouvait, eu égard à la précision du texte, être facilement évitée. Ne l'ayant pas été, la responsabilité de la commune devait être engagée pour faute simple, et non pour faute lourde comme le juge continue souvent à le faire²⁷⁴, afin de ne pas limiter les hypothèses de réparation. En effet, l'exigence de la faute lourde réduit les

établir dans la mesure où la personne publique ayant agi, on peut estimer qu'elle a *a priori* respecté son obligation d'agir ; dès lors, pour l'établir, il faudrait prouver qu'elle a mal agi ou prouver une négligence ; de telles preuves sont difficiles ou faciles à apporter selon les circonstances, mais elles sont généralement plus difficiles à faire que la preuve d'une faute en cas d'abstention. Par exemple, en cas de demande en vue de l'obtention d'un alignement, il est plus difficile de prouver une faute quand l'administration a agi que quand elle a refusé purement et simplement de l'accorder.

²⁷³. Cet article est devenu l'article 2212-2 al. 5 du C.G.C.T.

²⁷⁴. Ainsi, la responsabilité d'une commune a été engagée pour faute lourde à cause de son abstention de déclencher l'état d'alerte et d'avertir les riverains d'un risque d'inondation (C.E., 22 juin 1987, « Ville de Rennes », Rec., p. 223 ; D.A. 1987, comm. n° 452 ; A.J.D.A. 1988, p. 65, Obs. J. Moreau ; D. 1988, somm. P. 163). Pourtant, cette inondation pouvait être facilement évitée car, comme nous l'avons souligné, les textes (à l'époque, le code des communes et, aujourd'hui, le code général des collectivités territoriales) instituant une obligation d'agir dans cette hypothèse sont très clairs. Dès lors aucune hésitation n'était possible quant à la conduite que l'autorité municipale devait avoir.

chances de la victime d'obtenir réparation dans la mesure où la preuve de cette faute est en général difficile à apporter.

Si la responsabilité de la personne publique est engagée pour faute lourde, il faudrait qu'elle le soit dans tous les cas de ce genre, à savoir les cas dans lesquels l'abstention est clairement interdite. Cette solution présenterait un double avantage pour la victime. D'abord un intérêt moral car la condamnation pour faute lourde est plus humiliante pour la personne publique que celle pour faute simple. Ensuite un avantage pratique qui consiste dans la facilité d'apporter la preuve de la gravité de la faute. En effet, si le fait de s'abstenir dans les hypothèses où cette attitude est clairement prohibée constitue déjà une faute lourde, il suffira alors à la victime d'invoquer le texte instituant l'obligation d'agir et de montrer que la personne publique s'en est abstenue. Cette preuve étant en principe facile à apporter, les cas de réparation seront moins limités. Néanmoins, le juge peut hésiter à adopter une telle solution parce qu'elle risque de s'avérer très coûteuse pour les patrimoines des personnes publiques.

Ces deux propositions constituent des moyens d'incitation à l'action. La raison est qu'elles ne laissent pas impunie une abstention fautive préjudiciable qui ne pouvait placer la personne publique devant le doute entre s'abstenir et agir car le choix en faveur de cette seconde alternative était évident, sautait aux yeux.

Au contraire, si le doute était permis -et en matière d'abstention les cas sont rares- soit parce que les textes sont flous ou tout simplement absents, soit parce que la personne publique pouvait hésiter sur la question de savoir si les faits entraient bien dans le champ d'application de tel texte etc., et que finalement le juge décide que l'abstention est fautive, alors dans ce cas seulement, l'exigence de la faute lourde avec sa fonction limitatrice de responsabilité paraît souhaitable.

Il semble logique, lorsque l'application des textes aux faits se révèle délicate²⁷⁵ en ce sens que la personne publique peut se demander si elle est ou non en situation d'obligation d'agir, que le juge tienne compte de cette difficulté dans le régime de responsabilité des personnes publiques pour abstention fautive, et protège ces dernières grâce à l'exigence de la faute lourde.

Certes, l'hésitation rejoint le critère de difficulté qui a pourtant été combattu plus haut. Mais, il y a une différence notable entre ces deux démarches. Ce critère est appliqué à une action hypothétique dans un cas et, dans l'autre, à l'abstention elle-même, autrement dit, à la conduite qui a été réellement adoptée par la personne publique.

Comme il a été mentionné, les critères aujourd'hui employés de délimitation entre faute simple et faute lourde en matière d'abstention reposent largement sur une fiction et qu'un critère ou, plutôt, une démarche plus réaliste est à la fois possible et préférable. Mais cette délimitation ne doit pas laisser penser que les hypothèses de faute lourde conduisent à une négation de la faute simple révélant l'obligation d'agir préexistante.

B- L'exigence de la faute lourde n'exclut pas la faute simple révélant l'obligation d'agir préexistante

G. Guiavarc'h pense que dans les activités où le juge exige une faute lourde, il y a une permission²⁷⁶ ou une tolérance de la faute simple²⁷⁷. En matière d'abstention fautive, cette pensée a pour conséquence de transformer ce qui était une obligation d'agir en une faculté d'agir. Une conséquence aussi néfaste, parce qu'elle transforme radicalement la nature des attributions administratives, ne semble pas avoir échappé à G. Guiavarc'h.

²⁷⁵. Voir D. TRUCHET, « *L'autorité de police est-elle libre d'agir ?* », n° spécial juillet-août 1999, p. 81, col. 2 et p. 82, col. 2.

²⁷⁶. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 490.

²⁷⁷. R. ROMI défend la même idée dans son article « *La responsabilité pour carence des autorités de police administrative* », art. précité, p. 30, note 32.

En effet, cet auteur juge par ailleurs qu'une faute simple résultant d'une abstention peut « échapper à la sanction » sans qu'il puisse être conclu qu'il s'agit d'une « abstention discrétionnaire »²⁷⁸. Mais cette affirmation n'est valable que dans les cas où il faut une faute lourde pour engager la responsabilité de la puissance publique comme dans certaines abstentions de la police à intervenir matériellement. Elle serait contradictoire, voire incompréhensible, s'agissant des obligations d'agir préexistantes dans lesquelles une faute simple résultant de l'abstention suffit pour engager la responsabilité des personnes publiques. Dans ce cas en effet, soit une abstention est une faute simple et elle est sanctionnée sur la base de la faute, soit elle est discrétionnaire, c'est-à-dire qu'elle est révélatrice d'une faculté d'agir, et elle n'est pas en principe sanctionnable. Elle est parfois sanctionnée, mais sur la base de la responsabilité sans faute.

A l'opposé du point de vue précédent, R. Chapus soutient que la commission d'une faute simple qui n'engage pas la responsabilité de l'administration, dans l'hypothèse où toutes les autres conditions de cette responsabilité sont réunies, conduit « à nier la faute »²⁷⁹ et, par conséquent à nier qu'une obligation d'agir préexistante a été violée.

L. Richer défend une position encore plus radicale dans la mesure où elle conduit à une suppression de la gradation de la faute. Selon lui en effet, la distinction entre faute simple et lourde ne permet pas de conclure à une gradation de la faute car, au fond, cette opposition n'existe pas. « L'opposé de la faute lourde n'est pas la faute simple, c'est l'absence de faute »²⁸⁰, écrit-il.

En réalité, l'exigence d'une faute lourde n'est pas une négation de la faute simple. Car de part la logique et la réalité contentieuse, il est impossible de commettre une faute lourde sans commettre une faute simple. La logique parce

²⁷⁸. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 488.

²⁷⁹. R. CHAPUS, « *Droit administratif général* », op. cit., t1, p. 1304.

²⁸⁰. L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., p. 151 & s.

que le manquement à une obligation d'agir préexistante suffit pour constituer une faute simple. Or, la personne publique ne peut commettre une faute lourde sans passer par ce manquement. La réalité parce que la façon dont le juge procède montre que la faute simple existe dans la faute lourde, mais l'inverse n'est pas vrai.

En effet, pour engager la responsabilité des personnes publiques, le juge recourt souvent à plusieurs paramètres comme la nature de l'activité, les moyens du service, les circonstances de temps et de lieu, etc., non pas pour écarter la faute résultant de l'abstention et, partant, une obligation d'agir, mais pour apprécier, dans les hypothèses où il exige une faute lourde, si la faute est suffisamment grave²⁸¹.

La preuve en est que, d'une part, dans les cas où la faute résultant de l'abstention doit être lourde et où le juge estime que ce caractère n'est pas atteint, demeure néanmoins une faute, mais qui « n'est pas de nature à engager la responsabilité » des personnes publiques. Et puisque l'abstention est fautive, c'est une confirmation de l'existence de l'obligation d'agir, mais dont la méconnaissance par ces dernières n'engage pas leur responsabilité, autrement dit, ne mérite pas sanction. C'est peut-être dans ce sens que G. Guiavarc'h a pensé à l'existence d'une tolérance de la faute simple. D'autre part, dans les hypothèses où la faute simple résultant de l'abstention suffit pour engager la responsabilité des personnes publiques, le juge n'utilise pas les paramètres précédemment énumérés.

La présence de la faute simple dans tous les cas d'abstention fautive atteste que celle-ci permet, quel que soit son degré, de révéler l'obligation d'agir préexistante. Ainsi, l'abstention pour appliquer un règlement a constitué une faute simple²⁸² alors que celle pour intervenir en matière de grève avec

²⁸¹. Voir DUEZ, « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », op. cit., p. 28 & s.

²⁸². C.E., 10 décembre 1937, « *Consorts Deniau* », Rec., p. 1022.

occupation d'usine une faute lourde²⁸³. Or, dans les deux cas, on est incontestablement en présence d'obligations d'agir préexistantes. Cette influence n'existant pas sur l'identification de l'obligation d'agir, il faut voir si cette dernière est, néanmoins, susceptible de degrés.

§2- L'absence d'incidence des degrés de l'abstention fautive sur les obligations d'agir préexistantes des personnes publiques

Les relations qui existent entre les degrés de l'abstention fautive et l'obligation d'agir préexistante conduisent à se demander si cette dernière, elle aussi, est juridiquement susceptible de degrés. Il convient de montrer que des degrés en matière d'obligation d'agir ne peuvent être trouvés ni sur la base de la distinction entre la faute simple et lourde, ni sur la base de critères nouveaux.

A- L'insuffisance de la gradation des abstentions fautives pour établir des degrés entre les obligations d'agir préexistantes

La question se pose de savoir si la faute lourde résultant de l'abstention sanctionne des obligations d'agir plus essentielles que celles sanctionnées par la faute simple. Comme il a été fait mention précédemment, une partie de la doctrine a tendance à classer les fautes par rapport aux différents services administratifs²⁸⁴. Or la faute, même si elle est qualifiée de service public, n'est pas appréciée par rapport à un service, mais par rapport à une obligation de ce service.

Ainsi, le service public hospitalier a l'obligation d'organiser et de faire fonctionner l'établissement, celle de soigner, et d'informer leurs patients des dangers que peuvent générer les traitements qui leur sont prescrits. La jurisprudence semble sanctionner différemment ces obligations d'agir

²⁸³. C.E., 3 juin 1938, « Société la Cartonnerie et Imprimerie St- Charles », Rec., p. 529.

²⁸⁴. G. GUIAVARC'H, « Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes », th. précitée, voir. par ex. p. 487 & s.

puisqu'elle exige en cas de violation de l'obligation de soigner, et selon l'expression de R. Chapus²⁸⁵, une faute simple « caractérisée »²⁸⁶, et de celle d'informer, une faute simple²⁸⁷, de celle d'organiser et de faire fonctionner le service, une présomption de faute²⁸⁸. Par conséquent, il serait intéressant de voir s'il existe une certaine rationalité entre les degrés des fautes en matière d'abstention et les différentes obligations d'agir.

L. Richer semble le croire car il montre que la violation d'obligations essentielles de l'administration constitue une faute lourde. Ces obligations essentielles sont, selon lui, l'obligation de l'administration d'assurer sa mission et celle d'assurer les droits fondamentaux des administrés²⁸⁹. Il écrit par exemple s'agissant de cette dernière, que « la faute simple n'est pas concevable » en cas d'atteinte à l'intégrité physique²⁹⁰. Cela signifie, sauf à s'y méprendre, que l'obligation de prévenir ces types d'atteintes est primordiale et que, par conséquent, son manquement doit constituer une faute lourde. *A priori*, cette idée s'applique aussi à la faute lourde résultant de l'abstention dans la mesure où les auteurs n'ont pas, dans les développements qu'ils ont consacrés à la faute, réservé à l'abstention fautive un traitement singulier.

Cet amalgame semble s'expliquer par le fait que sur le plan contentieux, c'est la même notion de faute -simple ou lourde- de service qui est utilisée pour

²⁸⁵. R. CHAPUS, « *Droit administratif général* », t1, 15^{ème} éd. 2001, p. 1306.

²⁸⁶. C.E. ass., 10 avril 1992, « *Epoux V...* », Rec., p. 171, concl. H. Legal ; J.C.P. 1992, n° 21881, note J. Moreau ; L.P.A., 3 juillet 1992, p. 26, note V. Haim ; Quot. Jur., 23 juillet 1992, p. 6, note M. Deguegue ; D. 1993, S.C., p. 146, obs. P. Bon & P. Terneyre ; C.E., 27 juin 1997, « *Guyot* », Rec., p. 266 ; L.P.A. mars 1998, n° 30, note C. Clément ; D. 1999, S.C., p. 49, obs. P. Bon & D. de Béchillon.

²⁸⁷. C.E., 8 avril 1986, « *Cielsa* », Rec., p. 85 ; A.J.D.A. 1986, p. 465, note J. Moreau ; C.A.A. de Paris, 9 juin 1998, « *G...* », D.A. 1998, n° 360.

²⁸⁸. C.E. ass., 7 mars 1958, « *Dejous* », Rec., p. 153 ; R.D.P. 1958, p. 1087, concl. B. Jouvin ; A.J.D.A. 1958, II, p. 220, chr. J. Fournier & M. Combarous ; C.E., 22 décembre 1976, « *Dame Derridj* », Rec., p. 576 ; J.C.P. 1978, n° 18792, note J.-M. Auby ; C.E., 31 mars 1999, « *Assistance publique à Marseille* », p. 114 .

²⁸⁹. L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., p. 162 & s.

²⁹⁰. L. RICHER, *Ibid.*, p. 64.

sanctionner les violations d'obligations aussi bien dans le cas d'actes positifs que négatifs²⁹¹. La position de L. Richer n'est pas isolée.

R. Chapus laisse penser qu'il existerait des obligations moins essentielles et des obligations administratives essentielles et que la faute lourde serait retenue en cas de manquement à ces dernières²⁹². Il prend comme exemple d'obligation importante la prévention de l'écroulement d'un mur²⁹³. La question se pose alors de savoir en quoi reconnaît-on qu'une obligation est importante ou essentielle ? Dans l'exemple cité, l'obligation est-elle essentielle parce qu'il s'agit de la prévention d'un danger ou, tout simplement, comme semble le penser l'auteur, parce que le juge considère qu'elle constitue une faute lourde ? Il n'est pas permis de se prononcer pour une hypothèse ou pour une autre car la jurisprudence n'en confirme aucune.

Dans l'affaire du sang contaminé²⁹⁴, la responsabilité de l'Etat pour abstention de prendre des mesures d'interdiction de la distribution des produits contaminés a été engagée pour faute simple alors même que si l'on raisonne comme les auteurs précités, il s'agit là d'une obligation d'agir essentielle dans la mesure où elle porte sur la santé publique²⁹⁵. Le fait que le juge n'a pas retenu, en l'espèce, la faute lourde autorise à concevoir que leur position est contestable. A l'inverse, le maire en s'abstenant de remédier aux nuisances sonores occasionnées par un club de tir²⁹⁶ ou lors de « spectacles et manifestations

²⁹¹. Voir R. ROMI, « *La responsabilité pour carence des autorités de police administrative* », art. précité, p. 28.

²⁹². J.-P. THERON a défendu lui aussi, dans ces cours (de doctorat, 1993-1994, inédits), l'idée selon laquelle les obligations administratives seraient susceptibles de degrés. Il a cité à cet égard C. EISENMANN qui défend, semble-t-il, la même position. De toutes façons, cette idée est sinon défendue du moins partagée par au moins la majorité des juristes en droit public.

²⁹³. R. CHAPUS, « *Responsabilité publique et responsabilité privée* », th. précitée, p. 359.

²⁹⁴. C.E. ass., 9 avril 1993, « *B., D., et G.* », Le quotidien Juridique, 15 juillet 1993, n° 56, p. 6, note M. Deguerge.

²⁹⁵. La carence à prendre des mesures de prévention des risques liés aux poussières d'amiante pour la santé des travailleurs a également engagé la responsabilité de l'Etat pour faute simple : C.E. ass., 3 mars 2004, « *Consorts Botella* » (1^{ère} espèce) et « *Consorts Thomas* » (2^{ème} espèce), A.J.D.A. 2004, p. 974.

²⁹⁶. C.E. 8 juillet 1992, « *Ville de Chevreuse* », Rec., p. 281.

organisées en plein air »²⁹⁷ commet une faute lourde. S'agit-il en l'espèce d'un manquement à une obligation d'agir tellement importante pour mériter la faute lourde?

La réalité est que des degrés ne peuvent être établis entre les obligations d'agir préexistantes en se basant sur la distinction faute lourde et simple résultant de l'abstention. En clair, l'idée selon laquelle la faute lourde résultant de l'abstention révélerait une obligation d'agir essentielle et la faute simple une obligation d'agir non essentielle semble fautive. Une preuve de plus s'il en était besoin, pour le manquement d'une même obligation d'agir préexistante, le juge retient parfois la faute simple et parfois la faute lourde. Il en va ainsi de l'obligation d'entretien normal²⁹⁸ des services ou d'ouvrages publics.

En outre, A.-M. Le Bos-Le Pourhiet fait très justement remarquer que les notions de mission, d'obligation ou de droit essentiel peuvent apparaître pour certains domaines très relatives. Elle cite l'exemple des problèmes d'environnement « qui revêtent aujourd'hui une importance qu'ils n'avaient pas en 1959 »²⁹⁹. Cette observation confirme que, établir une frontière entre obligations d'agir essentielles et obligations d'agir moins essentielles est une démarche très aléatoire, même si cette frontière est basée sur la distinction entre faute lourde et faute simple résultant de l'abstention.

Cependant, lorsque le juge déclare par une formule classique, que l'administration « n'a pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité »³⁰⁰, ne peut-on pas en déduire un manquement à une obligation d'agir préexistante non substantielle ? Rien ne l'autorise. D'une part, parce que la formule veut simplement dire qu'on est en présence d'un manquement à une

²⁹⁷. C.E., 25 septembre 1987, Gaz. Pal., IV, 1988, tab., p. 279.

²⁹⁸. Voir. L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., p. 151 & s.

²⁹⁹. A.-M. LE BOS-LE POURHIET, « *La substitution de compétence en droit public* », th. Paris 1983, p. 196.

³⁰⁰. C.E., 7 février 1986, « *Cne de Tallard* », Rec., p. 36.

obligation d'agir où le juge exige une faute simple pour condamner la personne publique.

Néanmoins, R. Romi émet des doutes sur la synonymie absolue entre l'expression précitée et la faute simple³⁰¹. Pour lui, existerait une « faute-carence »³⁰² dans laquelle le juge exigerait une sévérité qui irait au-delà de la faute simple, mais qui resterait en deçà de la faute lourde. En clair, l'expression « faute de nature à (...) » renverrait parfois à la « faute-carence » sans que cela signifie qu'il s'agit d'une faute simple. Mais ce point de vue paraît devoir être rejeté. Car conformément à ce qui a été démontré, la « faute-carence » ou « faute-abstention » obéit à la césure jurisprudentielle entre faute simple et faute lourde. Par conséquent, même en matière d'abstention, la formule « faute de nature à (...) » désigne en réalité une faute simple.

D'autre part, parce qu'admettre l'existence d'obligations d'agir moins essentielles, c'est tolérer leur violation et c'est *ipso facto* les nier. Cela porterait atteinte à la nature des attributions administratives. Comme il est contestable de classer les services publics selon un ordre d'importance³⁰³, de même, il est inconséquent d'établir des degrés dans les obligations d'agir basés sur les degrés de la faute résultant de l'abstention.

Cette thèse isolée³⁰⁴ traduit en réalité plus clairement la pensée de L. Richer. Car, malgré la position ci-dessus relatée en faveur de l'existence de degrés entre les obligations administratives, cet auteur a pu écrire que le « critère de l'obligation essentielle n'est utile que dans les cas où une autre obligation que

³⁰¹. L'expression « faute de nature à engager la responsabilité » est jurisprudentielle parce qu'elle est employée par le juge. La « faute simple » est un terme doctrinal car il est plutôt usité par les auteurs.

³⁰². R. ROMI, « *La responsabilité pour carence des autorités de la police administrative* », art. précité, p. 32.

³⁰³. WALINE cité par R. CHAPUS, « *Responsabilité publique et responsabilité privée* », th. Paris, 1957, p. 367.

³⁰⁴ Mais, comme l'a souligné F. Fraysse, « ce n'est pas parce qu'une analyse est minoritairement partagée par la doctrine qu'elle est fautive » (F. Fraysse à l'occasion de la soutenance du 24 juin 1998 de B. BERTHE, « *Les causes exonératoires dans le contentieux administratif de la responsabilité* », th. Toulouse).

l'obligation d'agir est en cause »³⁰⁵. N'est-ce pas une manière d'admettre que l'obligation d'agir n'est pas susceptible de degrés ? Ceux-ci peuvent-ils être trouvés sur la base d'autres critères que celui de la distinction entre fautes lourde et simple d'abstention ?

B- La recherche d'autres critères en vue d'établir d'éventuels degrés entre les obligations d'agir préexistantes

A ce sujet deux critères méritent d'être examinés. Il s'agit du partage et de la fréquence de la responsabilité pour abstention fautive.

Premièrement, le juge administratif procède souvent à un partage de responsabilité lorsque, à la faute de l'administration, s'ajoute la faute ou l'imprudence de la victime³⁰⁶.

L'arrêt « Ville du Touquet-Paris plage »³⁰⁷ est, à cet égard, particulièrement révélateur. Deux enfants moururent noyés dans la zone de baignade de la Ville du Touquet. Le tribunal administratif de Lille condamna cette dernière à des dommages et intérêts à cause d'un défaut de surveillance. Mais l'affaire ne s'arrêtera pas là. Le Conseil d'Etat ayant été saisi condamna certes la Ville pour faute lourde car elle avait le « caractère de station balnéaire », mais cette faute lourde fut atténuée par l'imprudence commise par les responsables des écoliers qui n'avaient pas respecté «les limites de la zone des bains surveillée ». En conséquence, le juge réduisit de moitié les dommages-intérêts de première instance.

Le partage de la faute résultant de l'abstention conduit indirectement à une atténuation partielle de l'obligation d'agir. Le juge ne mettrait en quelque sorte à la charge des personnes publiques qu'une partie de l'obligation d'agir,

³⁰⁵. L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., p. 163.

³⁰⁶. Voir S. RIALS, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », Th. Paris, 1980, p. 461.

³⁰⁷. C.E., 9 février 1966, « *Ville du Touquet-Paris plage* », Rec., p. 91 ; voir aussi, L. Richer, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., p. 52.

l'autre partie reposant sur la victime³⁰⁸. Néanmoins, cela ne peut pas signifier que cette obligation d'agir est moins essentielle pour la raison toute simple que cette hypothèse de partage n'est pas réservée à une catégorie précise d'obligations d'agir qui pourraient, dès lors, être rangées dans les obligations d'agir non importantes. Cette hypothèse peut, en effet, se rencontrer pour toutes les obligations d'agir. La responsabilité a été, par exemple, partagée dans le cas d'omission de signaler un danger sur une piste de ski³⁰⁹.

Deuxièmement, dans la plupart des hypothèses ou circonstances, certaines activités se voient appliquer la faute plus souvent que dans d'autres, comme c'est le cas du sport de ski. La faute du maire pour abstention informelle³¹⁰ à enlever des obstacles qui peuvent être dangereux pour les skieurs est plus fréquemment admise en piste qu'en « hors piste ». Est-ce à dire que l'obligation du maire d'assurer la sécurité est plus importante sur la piste qu'en dehors ? Rien ne permet de l'affirmer. D'autant plus que si sur la piste, l'abstention fautive est plus fréquente, c'est parce que le juge estime que le maire doit être plus vigilant quand sa commune a aménagé exprès une piste destinée à servir pour le ski. Par conséquent, en dehors de cette zone aménagée, sa responsabilité ne doit pas pouvoir être engagée, du moins très souvent.

En effet, comme le montre G.-D. Marillia³¹¹, en dehors de la piste aménagée, l'abstention n'est fautive qu'en cas d'obstacle constituant un « danger exceptionnel »³¹² à un endroit où le skieur pouvait légitimement se

³⁰⁸. Voir S. RIALS, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée, p. 472.

³⁰⁹. C.A.A. de Bordeaux, 20 mai 1995, « *Cne Eaux Bonnes* », Juris Data n° 1995-044938.

³¹⁰. L'abstention informelle ou « non formalisée » (G. GUIAVARCH, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 388 ; J. MASSOT, « *Décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir* », Mél. Braibant, Dalloz, 1996, p. 521 & s.) signifie qu'elle n'a pas été provoquée par une demande expresse d'un administré, auquel cas, elle serait dite formelle. Les abstentions informelles sont très fréquentes en matière de contentieux indemnitaire, comme c'est le cas en l'espèce. En effet, le plus souvent, c'est la réalisation d'un dommage qui révèle un manquement à une obligation d'agir, un manquement qui est, dès lors, interprété comme étant la cause de ce dommage.

³¹¹. G.-D. MARILLIA, « *La responsabilité des communes et des autres collectivités publiques en matière de ski...* », J.C.P. 1987, n° 3285, 9^{ème} et 10^{ème}.

³¹². C.E., 12 mai 1978, « *Consorts Lésigne* », Rec., p. 725.

croire encore dans la piste aménagée³¹³. Même dans les pistes aménagées, l'obligation du maire d'y assurer la sécurité est variable selon que la piste est « bleue », c'est-à-dire ouverte aux skieurs moyennement expérimentés, ou « rouge », c'est-à-dire difficile.

L'activité de baignade peut offrir un enseignement presque identique à celle du sport de ski. Comme le note W. Rabinovitch, la jurisprudence concernant les bains de mer ou de rivières « peut se résumer ainsi : obligation pour la commune de prendre des mesures, à la fois de signalisation et de protection, dans les emplacements aménagés, mais simples mesures de signalisation ailleurs... »³¹⁴.

En clair, ce sont les circonstances qui expliquent que dans un cas l'obligation d'agir préexistante est plus souvent sanctionnée que dans un autre sans qu'elles puissent avoir une quelconque influence sur la valeur juridique de cette obligation.

* *
*
*
*

Ce qui précède autorise à considérer, dans un premier temps, que l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques est révélée, en principe, par une abstention fautive³¹⁵.

Mais, cette coïncidence comporte des limites. D'une part, l'abstention fautive semble parfois révéler non une obligation d'agir, mais une obligation 'simple' c'est-à-dire une simple violation de la légalité. D'autre part, dans certaines occasions ou circonstances qui sont principalement les risques de

³¹³. C.E., 25 février 1976, « *Communes des Contamines-Montjoie* », Rec., p. 1034.

³¹⁴. W. RABINOVITCH, note de jurisprudence, D. 1974, I, p. 83, col. 1.

³¹⁵. MONTANE de la ROQUE souligne cette correspondance en écrivant que la faute d'abstention est un manquement à une obligation d'agir (« *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 338).

troubles graves pour l'ordre public, elle est purement et simplement écartée au profit de la préservation de l'intérêt général.

En dehors de ces limites, l'abstention fautive permet en principe d'identifier l'obligation d'agir préexistante. Néanmoins, un décalage entre ses deux notions a été relevé, non pas pour remettre en cause la relation plus ou moins étroite qui existe entre elles, car ce lien semble solide. Il a été relevé en vue tout simplement d'y apporter des nuances d'ordre épistémologique. En effet, en matière d'abstention fautive, le juge administratif opère sa distinction habituelle entre faute simple et faute lourde. Sur ce point, certains auteurs expliquent la faute lourde par la difficulté que rencontre le service. Mais ce critère n'est pas toujours fiable le juge ayant dans les exemples cités, retenu la faute lourde alors que les personnes publiques se sont abstenues dans des circonstances où l'obligation d'agir préexistante ne pouvait pas être difficile à exécuter.

Quoiqu'il en soit, la faute résultant de l'abstention étant susceptible de degrés, on aurait pu penser que l'obligation d'agir l'est aussi. Or, ce n'est pas le cas. La faute lourde ne correspond pas à une catégorie précise d'obligations d'agir et la faute simple à une autre catégorie. C'est un amalgame qu'il convenait d'écartier. Certains auteurs s'appliquent à montrer qu'il y aurait des obligations d'agir « essentielles » d'un côté et des obligations d'agir moins essentielles de l'autre. Or ni le critère de la faute lourde mis généralement en avant par ces auteurs, ni d'autres critères ne permettent d'établir objectivement cette distinction.

Ce rappel permet de marquer une fois de plus que l'abstention fautive permet d'identifier l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques sans que les degrés de cette faute puissent y jouer une grande importance. Cette identification serait quelque peu, négligée, si elle n'était pas poursuivie dans son aspect particulier d'abstention fautive révélatrice d'obligation d'agir nouvelle.

CHAPITRE 2 :

L'ABSTENTION FAUTIVE, REVELATRICE D'OBLIGATION D'AGIR NOUVELLES DES PERSONNES PUBLIQUES

La faute est généralement définie comme étant « un manquement à une obligation préexistante... ». Mais L. de Gastines montre avec raison que l'obligation ne préexiste pas toujours à la faute³¹⁶ dans la mesure où c'est le juge qui, la plupart du temps, dégage la règle et la sanctionne.

En fait, le juge administratif procède ainsi pour ne pas méconnaître l'article 4 du Code civil, qui ne lui permet pas de « légiférer », contrairement à ce que pense S. Belaid³¹⁷, mais de trancher les litiges qui lui sont soumis quel que soit l'état du droit. « L'obligation pour le juge de juger, écrit cet auteur³¹⁸, implique en sa faveur le pouvoir de créer le droit ». En réalité, le juge a le pouvoir de créer du droit ou, plus exactement, des règles jurisprudentielles, et non celui de faire la loi³¹⁹, comme nous aurons l'occasion de le faire apparaître.

L'abstention fautive révélatrice d'obligation d'agir nouvelle³²⁰ s'inscrit, par conséquent, dans ce cadre plus général de création normative par le juge. C'est pourquoi les problèmes ou les débats juridiques autour de ces deux phénomènes sont presque similaires. D'ailleurs, et les développements à suivre le montreront, les auteurs évoquent habituellement le pouvoir créateur de règles

³¹⁶. L. de GASTINES, « *La responsabilité extracontractuelle des personnes morales publiques* », R.D.P. 1992, p. 158.

³¹⁷. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 38.

³¹⁸. S. BELAID, *Ibid.*, p. 271.

³¹⁹. La loi constitue seulement une partie du droit. Celui-ci regroupe en effet l'ensemble des règles applicables (la loi, la jurisprudence, la règle coutumière, etc.) dans un ordre juridique donné. Par conséquent, en écrivant que « le droit, entendu au sens large, est, non pas ce que décide la loi mais ce que décident les tribunaux », S. BELAID en donne une fausse définition (*Ibid.*, p. 290).

³²⁰. L'adjectif « nouvelle » a été employé notamment par P. RAIMBAULT pour caractériser le pouvoir dont dispose le juge administratif de créer des normes (« *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français* », th. Toulouse, 2002, p. 18.

jurisprudentielles. Or, il conviendra de montrer que cette création n'est pas toujours synonyme de création jurisprudentielle d'obligations d'agir.

Ainsi Waline souligne que « l'enrichissement par la jurisprudence, de la règle de droit écrit est une création normative car la règle ainsi enrichie a un contenu plus complexe, ne peut plus se formuler en des termes aussi brefs, laconiques que le texte légal »³²¹. Pour cet auteur, le développement par le juge de notions comme la « faute » ou l'« ordre public » peut être considéré comme une création normative s'il « y ajoute des éléments nouveaux qui sont son œuvre, et non plus celle du législateur »³²².

Cependant, une telle création ne génère pas forcément des obligations d'agir nouvelles. Il sera soutenu dans les pages qui suivent que, pour qu'il y ait obligation d'agir d'origine jurisprudentielle, il faut que le juge soit l'initiateur de l'obligation. Les précisions ou enrichissements apportés à une obligation d'agir de nature législative ne permettent pas d'inférer l'existence d'une obligation d'agir jurisprudentielle ou nouvelle. D'ailleurs, la création normative dans ce sens courant rappelé par Waline a un impact surtout sur la compétence liée dont il a été souligné dans l'introduction de cette étude qu'elle n'est pas tout à fait l'obligation d'agir.

L'opportunité donnée au juge de créer des normes juridiques en général et des obligations d'agir en particulier ne doit pas faire oublier que sa mise en œuvre revêt un « caractère exceptionnel ». Car non seulement les premières, mais surtout les secondes « supposent, ou bien qu'il y ait vraiment une lacune du droit »³²³, situation qui est rare, « ou bien que le droit positif choque tellement le sentiment que le juge se fait du droit naturel ou de l'équité, qu'il agit délibérément comme s'il y avait lacune du droit »³²⁴, circonstance qui est également rare. Le caractère exceptionnel de l'abstention fautive révélatrice

³²¹. WALINE, « *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », Mél. G. Scelle, 1950, t2, p. 623.

³²². WALINE, *Ibid.*, p. 622.

³²³. WALINE, *Ibid.*, p. 623.

³²⁴. WALINE, *Ibid.*

d'obligation d'agir nouvelle se ressentira au cours de ce chapitre à un niveau, celui des illustrations qui se feront rares.

Bien qu'elle fasse figure d'exception, l'abstention fautive permet de révéler une obligation d'agir nouvelle. Malgré le fait qu'elle fera l'objet d'une analyse critique (Section 1), il sera montré qu'elle est justifiée (Section 2).

Section 1- L'analyse critique de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques

Nombreux sont les auteurs qui critiquent dans son principe même l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles. Il faut rappeler que leurs critiques sont généralement indirectes dans la mesure où ce qu'ils visent c'est le pouvoir normateur du juge. Mais l'abstention fautive, révélatrice ou créatrice d'obligations d'agir est un aspect de ce pouvoir normateur. Il est certain que tous ces auteurs ne peuvent être mentionnés. Néanmoins, ce n'est pas tant leur nombre que leurs arguments, qui s'articulent autour de quelques axes facilement identifiables, qui sont intéressants à analyser.

Par conséquent, il convient dans un premier temps d'aborder les arguments de rejet de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles (§1) avant de montrer que cette faute est aujourd'hui largement admise (§2).

§1- Le rejet de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques

Il y a au moins deux raisons qui expliquent le rejet par certains auteurs de l'abstention fautive, créatrice d'obligation d'agir. La première est la conception rigide de la séparation du juge et du législateur, et la deuxième l'inexistence de lacunes dans le droit³²⁵.

³²⁵ Une autre raison qui sera examinée dans le dernier chapitre de cette étude semble être l'interdiction au juge d'adresser des injonctions à l'administration. On peut citer à cet égard B. KORNPROBST qui

A- Une conception rigide de la séparation du juge et du législateur

Cette conception est le résultat d'une lecture rigide de la séparation des pouvoirs d'une part, et d'une définition stricte du rôle du juge d'autre part.

1- Une lecture rigide de la séparation des pouvoirs

Selon B. Genevois, le juge constitutionnel entend la séparation des pouvoirs³²⁶ comme « une indépendance réciproque »³²⁷ des trois pouvoirs, à savoir l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Cette indépendance est généralement comprise de façon absolue³²⁸, c'est-à-dire que chacun de ces pouvoirs doit être indépendant aussi bien au niveau organique qu'au niveau fonctionnel. Cela implique par exemple que le juge ne peut être un jour juge et le lendemain

ne reconnaît pas au juge le pouvoir d'obliger une personne publique pour la simple raison qu'il « ne peut (lui) adresser d'injonctions » (« *La compétence liée* », R.D.P. 1961, p. 946). Mais cet argument est à rejeter ; d'une part, parce qu'il semble confondre obligation d'agir et injonction, or ce sont deux notions différentes ; d'autre part, parce que cette interdiction est de nos jours très souvent remise en cause comme nous le montrerons.

³²⁶. Sur le problème de l'origine de la séparation des pouvoirs, il n'y a pas de vérité établie. La pensée commune considère que Montesquieu est le père de la séparation des pouvoirs (voir M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 11). Mais en réalité, il n'en est que son illustre théoricien. D'ailleurs, cet auteur n'a jamais revendiqué expressément la paternité de cette notion. R. DERATHE souligne dans son édition de l'« *Esprit des lois* », (op. cit., t1, intro. p. LIX, note 6 du livre XI, p. 476) qu'avant l'arrivée de cet ouvrage en Amérique vers 1750, la séparation des pouvoirs était déjà connue des américains. Cela ne paraît pas invraisemblable dans la mesure où MONTESQUIEU lui-même montre que les romains, entre le 3^{ème} et 7^{ème} siècle, connaissaient les trois pouvoirs et avaient tenté de les distribuer (Ibid., pp. 189 à 200) Mais la forme la plus embryonnaire semble remonter au gouvernement spartiate. En effet, MACHIAVEL écrit que Sparte, sous l'influence de Lycurgue (9^{ème} s. av. J.-C), a connu une sorte de séparation de pouvoirs entre « roi, grands et peuple » (« *Le Prince-Discours-La Mandragore* », op. cit., p. 127). Par conséquent, il s'agit peut-être là de la première forme de séparation des pouvoirs dans la mesure où le gouvernement spartiate est historiquement antérieur à la République romaine (Ibid., p. 135 & s.). Toutefois, selon J.-M. CROUZATIER, la « première formulation » de cette théorie remonte à Aristote (« *Les institutions politiques françaises de 1789 à nos jours* », Publisud, Paris, 1986, p. 44) qui vécut entre 384 et 322 avant Jésus-Christ.

³²⁷. B. GENEVOIS, « *Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administrative et judiciaire* » (à propos de la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989), R.F.D.A. 1989, p. 679.

³²⁸. ROUSSEAU par exemple milite pour un législateur absolument indépendant par rapport à l'institution étatique afin de garantir, selon lui, « la sainteté » des lois (« *Du contrat social* », op. cit., p. 261).

législateur et vice versa, et que même s'il demeure seulement juge, il ne peut exercer même exceptionnellement la fonction législative ou s'immiscer dans les affaires législatives. Il doit se contenter seulement d'appliquer les dispositions législatives et le cas échéant de les interpréter. C'est cette conception rigoureuse de la séparation des pouvoirs qui prétend entre autres que le juge ne doit pas, à l'occasion des abstentions des personnes publiques, créer des obligations d'agir.

J. Roche adopte cette conception puisqu'il n'admet pas l'existence d'un pouvoir normatif au profit du juge sur le plan formel, c'est-à-dire au regard des règles de compétence relevant strictement du droit positif. Selon lui, « le peuple (constituant ou exceptionnellement législateur), le parlement, le président de la République et le gouvernement »³²⁹ peuvent en principe édicter des règles de droit. Autrement dit, ce sont eux qui ont un pouvoir normatif, le juge étant exclu. Il pense par conséquent que dans « un système où toute règle doit émaner d'une autorité compétente pour l'édicter, celles qui n'ont pas de filiation légitime ne peuvent être accueillies dans l'univers restreint du droit formel »³³⁰.

Une telle conception de la séparation des pouvoirs aboutit à une définition stricte du rôle du juge.

2- Une définition rigide du rôle du juge

Entre autres, Ripert dénie au juge³³¹ le pouvoir de créer des règles juridiques, y compris par conséquent celui de créer des obligations d'agir à l'occasion des abstentions des personnes publiques. Il base son argumentation

³²⁹. J. ROCHE, « *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence* », A.J.D.A., 1962, p.533, col.2.

³³⁰. J. ROCHE, Ibid., p. 539, col. 2.

Cet auteur ne reconnaît au juge un pouvoir normatif que sur le plan sociologique. Selon lui, un jugement « bien que n'ayant aucune valeur de règle autonome, est néanmoins reçu avec d'autant plus d'attention par la société -en particulier les juristes- qu'il émane des juridictions les plus élevées » (Ibid.)

³³¹. Ripert vise en l'occurrence le juge judiciaire. Mais son argumentation est valable aussi pour le juge administratif.

sur les caractères d'une décision de justice : celle-ci « n'a pas un caractère général et permanent : elle ne comporte de sanction que pour le défendeur condamné ». Il ajoute que « si le juge avait le droit de faire la loi il aurait celui d'abroger une loi existante »³³². Or cela est insoutenable.

De plus, pour certains auteurs, le juge doit se borner à l'application de la loi. Montesquieu était allé plus loin puisqu'il voulait que les juges fussent : « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »³³³.

De telles positions ont contribué à la naissance et au développement de la doctrine classique. Au vu de celle-ci, le juge n'a en aucun cas un rôle créateur, mais uniquement celui d'appliqueur du droit dans la mesure où il est dépourvu de toute « volonté »³³⁴. Selon cette doctrine, le juge n'a pas pouvoir de création du droit ou d'obligations d'agir car ses décisions ne sont que des décisions « d'espèce » dotées, qui plus est, « d'effet relatif » -autorité relative de la chose jugée- à l'exception des décisions d'annulation pour excès de pouvoir. Cette doctrine était allée jusqu'au bout de sa logique en dépouillant le juge de tout pouvoir interprétatif de la loi à travers ce qu'on appelait le « référé législatif ».

Ce dernier signifiait en effet que le juge ne devait pas interpréter la loi³³⁵. Son rôle devait se résumer à une « application mécanique » de celle-ci dont la

³³². RIPERT, « *Les forces créatrices du droit* », L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1955, p. 383.

³³³. MONTESQUIEU, « *De l'Esprit des lois* », op. cit., t1, p. 176.

³³⁴. Voir exposé de cette doctrine par S. BELAID, « *Essai sur le créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 13 & s ; voir aussi M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 50 & s.

³³⁵ C'étaient la méfiance des révolutionnaires à l'égard des juges et la doctrine de la séparation stricte des pouvoirs qui expliquaient l'instauration du « référé législatif ». En effet, la pensée dominante en 1789 fut que la loi ne pouvait être faite que par le législateur et en aucun cas par le juge. Par conséquent, si celui-ci était confronté à une carence législative ou purement et simplement à une absence de loi, il devait saisir le législateur.

C'est la disparition de ces causes qui semble expliquer l'abandon de ce système. En effet, la confiance que les juges ont fait inspirer dans les institutions post-révolutionnaires et les entorses incessantes au système de séparation absolue des pouvoirs -nous aurons l'occasion de revenir sur ce dernier point- ont conduit à une disparition progressive du « référé législatif » d'abord en 1804 par l'instauration du déni de justice et le 19 avril 1834 « par l'attribution d'une compétence d'interprétation » au juge. G. GUIAVARC'H fait, à juste titre, remarquer que si ce référé était maintenu, il en serait résulté un

« qualification des faits »³³⁶ faisait partie. Par conséquent, si la loi posait problème, le juge devait surseoir à statuer jusqu'à l'avis du législateur³³⁷. La justification de cette procédure résidait non seulement dans le fait que c'est l'organe auteur d'une norme qui est le mieux placé pour l'interpréter³³⁸, mais aussi dans le règne de la loi³³⁹.

B- L'inexistence de lacunes en droit

La thèse de l'inexistence de lacunes en droit est une conséquence logique de l'école ou doctrine classique précédemment examinée. En consacrant la loi comme la principale sinon la seule manifestation du droit, elle a, par là même, sous entendu que la loi ne peut présenter de « lacunes »³⁴⁰. Aussi le juge doit-il se contenter de sanctionner les manquements aux obligations d'agir préexistantes, et non se servir du contexte des abstentions pour en créer des nouvelles ? Mais soutenir la thèse de l'inexistence de lacunes en droit, c'est prétendre à la plénitude de l'ordre juridique. Or, comme il va être souligné, cette dernière repose largement sur une fiction que le juriste ne peut avaliser sans dénaturer profondément le droit administratif.

Kelsen, le théoricien le plus illustre de la plénitude de l'ordre juridique, pense qu'il ne peut y avoir de « lacune » dans le droit dans la mesure où l'ordre juridique envisage tous les comportements en ce sens que ceux qui ne sont pas

encombrement du Parlement (« *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 24).

³³⁶. M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 170.

³³⁷. Voir M. BOUVIER, « *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt* », op. cit., p. 45.

³³⁸. ROUSSEAU n'a-t-il pas écrit que « celui qui fait la loi sait mieux que personne comment elle doit être interprétée », (« *Du contrat social* », op. cit., p. 280).

³³⁹. Le règne de la loi, c'est en réalité le règne de la volonté du législateur. Le référé législateur était donc une procédure qui s'expliquait par le fait que le juge ne devait jamais se tromper sur cette volonté.

³⁴⁰. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 19.

règlés positivement le sont négativement³⁴¹. « Ce qui n'est pas juridiquement défendu est juridiquement permis »³⁴². Autrement dit, est permis tout ce qui n'est pas formellement interdit³⁴³. Dans l'esprit kelsénien, « ce qui n'est pas juridiquement défendu » ne signifie pas uniquement qui n'est pas juridiquement interdit. Car Kelsen entend aussi bien une obligation négative que positive au sens large. En effet, en employant cette expression, il vise tout simplement la conduite à laquelle l'ordre juridique n'attache pas un acte de contrainte, c'est-à-dire, une sanction³⁴⁴. Cette conduite qui n'est ni interdite ni prescrite peut valablement être considérée comme permise. Cette interprétation *a contrario* rend impossible la lacune en droit car tout est prévu. Dès lors apparaît clairement le caractère fictif de cette thèse dont Kelsen n'a pas bien mesuré les conséquences néfastes.

§2- L'admission de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques

A partir des années 1950, la fonction créatrice du droit du Conseil d'Etat a commencé à être ouvertement reconnue par la doctrine³⁴⁵ et ce, à juste titre. Eisenmann démontre que, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, celle du Conseil d'Etat est une source importante de légalité et, plus

³⁴¹. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 329 & s.

³⁴². KELSEN, Ibid., p. 326.

³⁴³. KELSEN, Ibid., p. 57 & s.

³⁴⁴. Plus exactement, Kelsen définit l' « acte de contrainte » comme « un mal qui doit être infligé à » une personne, « même contre son gré, et, si besoin est, en employant la g physique » (« *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 46).

³⁴⁵. M. WALINE, « *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, p. 631 & 615 ; RIVERO, « *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?* », D. chr. 1951, p. 21 ; L. DI QUAL, « *la compétence liée* », th. Lille, op. cit. , p. 28 ; B. SEILLER, « *Droit administratif: les sources et le juge* », Flammarion, Paris, 2001, p. 117. O. DUPEYROUX, « *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit* », Mél. Marty, univ. Des sc. Soc., Toulouse, 1978, p. 474.

S. BELAID pense même, que si le droit a préexisté au juge (« *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 263 & s.), il ne faut pas croire que la tâche de ce dernier s'est résumée à la pure application du droit. Le juge a toujours participé à « *faire le droit* ». Sa jurisprudence fait partie « *des sources* » les plus anciennes de celui-ci. Antérieurement à ces auteurs, Hauriou écrivait déjà en 1903 que le juge administratif « cesse d'être un simple exécuter de formules, esclave des conceptions d'un législateur qui vivait un siècle avant lui ; il devient l'interprète chargé de faire vivre le droit en le modelant selon les besoins de la collectivité » (« *La déclaration de volonté dans le droit administratif français* », R.T.D. civ., 1903, p. 583, voir aussi p. 578).

spécialement, d'obligation d'agir³⁴⁶. G. Guiavarc'h fait remarquer, néanmoins, que cette source d'obligation d'agir a, au moins, une limite que constitue l'intervention « a posteriori » du juge. En effet, c'est au contentieux et non avant que ce dernier peut ou, parfois même, doit³⁴⁷ exercer son pouvoir créateur³⁴⁸ d'obligations d'agir et ce, dans des conditions acceptables par l'ordre juridique.

En fait, ce sont des raisons inverses aux précédentes, c'est-à-dire à la conception rigide de la séparation des pouvoirs et au dogme de l'inexistence de lacunes en droit qui ont conduit à l'admission de l'abstention fautive créatrice d'obligations d'agir.

A- La relativité de la séparation du juge et du législateur

Il convient de rappeler qu'en dehors de tout texte, l'abstention de la personne publique peut être jugée fautive. Dans cette hypothèse, l'interdiction de l'abstention ne peut être rattachée à un texte, mais à la jurisprudence. C'est pourquoi il est permis de considérer qu'en l'occurrence l'obligation d'agir est créée par le juge. Dès lors, les conceptions rigides de la séparation des pouvoirs et du rôle du juge, sont à rejeter.

³⁴⁶. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 237 & s ; voir aussi p. 298 & s.

³⁴⁷. On peut estimer que l'article 4 du Code civil qui fait obligation au juge de se prononcer dans toutes les espèces, même dans celles où le législateur n'a pas pris position, institue dans une certaine mesure une obligation de « *production normative* » par le juge.

³⁴⁸. G. GUIAVAR'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 79.

Cet auteur voit le fondement de la source jurisprudentielle dans ce qu'il appelle « *la pérennité de l'Etat* » (Ibid., p. 77) ; ce sont les limites du droit positif pour assurer la sauvegarde de l'Etat qui donnent, de facto, au juge un pouvoir de création « *de principes juridiques supérieurs à toutes les normes en vigueur* ». Mais « *la pérennité de l'Etat* » n'est pas le seul fondement du pouvoir normatif du juge. Celui-ci use de ce pouvoir dans le but de protéger aussi les individus. Cependant, ces deux finalités ne sont pas contradictoires dans la mesure où la protection de l'individu et celle de l'Etat semblent aller dans la même direction.

Pour EISENMANN, c'est la généralité de la règle qui justifie le rôle normatif du juge, car si la règle est suffisamment précise, ce rôle n'a plus de raison d'être (« *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p 281 & s.)

1-La relativité de la séparation des pouvoirs

La conception rigide de la séparation des pouvoirs est à rejeter car Montesquieu, qui a systématisé cette théorie, ne l'entend pas de cette façon. Pour lui en effet, la séparation des pouvoirs est une théorie forcément relative.

Si Montesquieu semble prôner une séparation absolue des pouvoirs au niveau organique³⁴⁹, il admet en revanche, dans son aspect fonctionnel, une certaine relativité. Il préconise par exemple que les nobles soient jugés non par « les tribunaux ordinaires »³⁵⁰, mais par le « corps législatif » des nobles. Or, s'il avait une conception rigoureuse de la séparation des pouvoirs, il n'aurait pas admis que le « corps législatif » pût juger. C'est la raison pour laquelle, semble-t-il, R. Derathé souligne que Montesquieu est le théoricien, non de la *séparation des pouvoirs*, mais de leur distribution et Eisenmann fait remarquer qu'il admet leur interpénétration, c'est-à-dire qu'un pouvoir puisse exercer des fonctions qui ne relèvent pas des siennes³⁵¹. Quoiqu'il en soit, dans un Etat unitaire comme la France où l'unité implique « une hiérarchie »³⁵² entre les organes et les fonctions, la séparation des pouvoirs ne peut être absolue.

Cette mise au point est importante car elle permet d'accepter que le juge ne se limite pas à une application « mécanique » de la loi³⁵³. Dans le cas

³⁴⁹. MONTESQUIEU, « *De l'Esprit des lois* », op. cit., t1, p. 168 & s.

³⁵⁰. MONTESQUIEU, Ibid., p. 176.

³⁵¹. Voir « *De l'Esprit des lois* », op. cit., t1, note 6 du livre XI et p. 474 & s.

³⁵². Voir M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 15.

³⁵³. En fait, par rapport au principe de la séparation des pouvoirs, le problème de la création d'obligations d'agir par le juge se pose dans des termes voisins par rapport à celui du contrôle de la constitutionnalité des lois. Concernant celui-ci en effet, Duguit montre qu'on soutient souvent que le fait que le juge empiète sur les pouvoirs du législateur en écartant une loi qu'il considère comme inconstitutionnelle et méconnaît ainsi le principe de la séparation des pouvoirs. Mais Duguit, en s'appuyant sur d'éminents juristes tels que Jèze, Barthélemy, Hauriou, etc., démontre de façon tout à fait magistrale que le contrôle de constitutionnalité des lois effectué par le juge, même ordinaire, se déduit logiquement de la théorie de la séparation des autorités juridictionnelles et législatives, et du principe de la hiérarchie des normes. En effet, devant une contradiction entre une loi ordinaire et une loi supérieure, c'est cette dernière qui prime. Et le juge en l'appliquant n'annule pas pour autant la loi inférieure. On ne peut donc pas dire qu'il intervient dans le travail législatif (DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 714 & s.). Dans l'abstention fautive créatrice d'obligation d'agir

contraire, cela le conduirait fatalement à ne pas trancher les litiges, dans les hypothèses où la loi n'a pas prévu de solutions. C'est cette éventualité d'une lacune de la loi qui explique et qui justifie certaines abstentions fautives créatrices d'obligations d'agir. Ces créations jurisprudentielles sont une preuve de la conception relative de la séparation des pouvoirs.

Néanmoins, Montesquieu ne reconnaît pas au juge la fonction de poser des normes et, partant, de créer des obligations d'agir. Cette position est d'autant plus surprenante qu'elle est contraire à sa conception relative de la séparation des pouvoirs. Il déclare en effet que si la puissance de juger « était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire »³⁵⁴. Or, une expérience plus que bicentenaire en France montre que le juge administratif et, à un degré moindre, le juge privé, ont usé à chaque fois que cela était nécessaire de la « fonction législative »³⁵⁵ sans que cet usage tourne à l'arbitraire ou au détriment des citoyens.

Il faut en outre observer que ce n'est pas uniquement le juge qui a ouvert une brèche à la séparation fonctionnelle stricte des pouvoirs. En effet, n'a-t-on pas vu des parlementaires juger³⁵⁶ et des administrateurs légiférer³⁵⁷ ou même juger³⁵⁸. Mais cette distribution des pouvoirs semble se passer bien en France dans la mesure où elle est faite de façon exceptionnelle à tel point que le principe de la séparation des pouvoirs demeure, mais d'une manière relative. Ce principe n'est dès lors pas un obstacle insurmontable à la création jurisprudentielle d'obligations d'agir. Il ne doit pas empêcher « le juge de

non plus, le juge n'écarte ni n'annule la loi. Il pare seulement à ses lacunes. Par conséquent, le principe de séparation des pouvoirs est sauvegardé.

³⁵⁴. MONTESQUIEU, « *De l'Esprit des lois* », op. cit., p. 169.

³⁵⁵. Ces guillemets s'expliquent par le fait que le juge n'a pas une fonction législative au vrai sens du terme. Nous aurons l'occasion de remarquer que la création jurisprudentielle d'obligation d'agir ne peut être assimilée à tous les points à l'exercice d'une fonction législative.

³⁵⁶. Par exemple, dans le procès du sang contaminé de février 1999, la Cour de justice de la république a été constituée, conformément à l'article 68-2 de la constitution, de 12 parlementaires contre seulement 3 magistrats.

³⁵⁷. En effet, l'article 38 de la constitution permet de légiférer par ordonnances.

³⁵⁸. Certaines administrations et, plus spécialement, les autorités administratives indépendantes comme la COB sont investies de pouvoirs de sanctions.

participer dans une certaine mesure à la législation »³⁵⁹. Cette relativité de la notion de séparation des pouvoirs permet une meilleure compréhension du rôle du juge.

2-La souplesse du rôle du juge

Ce n'est pas parce que le jugement qui est avant tout une norme a une portée individuelle qu'elle compromet définitivement le rôle créateur du juge, y compris son aptitude à considérer une abstention administrative comme étant fautive.

D'une part, parce que, entre une norme individuelle et générale, il n'y a qu'une différence de degré ; dans les deux cas, il s'agit en réalité de la même norme. La norme est générale parce qu'elle ne concerne personne ou, ce qui revient au même, parce qu'elle est susceptible de s'appliquer à n'importe qui. C'est cette même norme générale qui, lorsqu'elle concerne une personne déterminée, c'est-à-dire lorsqu'elle est appliquée à cette dernière, est appelée norme individuelle. Kelsen semble exprimer ce rapport quand il écrit que « les normes générales ne sont jamais qu'un cadre à l'intérieur duquel les normes individuelles doivent être créées »³⁶⁰.

Cet auteur pense que le juge peut poser une norme générale dans deux cas : lorsque la décision individuelle qu'il a prise a un contenu différent de celui d'une norme générale dans la mesure où celle-ci n'est pas univoque et lorsque la décision individuelle n'a pas un contenu considéré comme déjà existant dans une norme générale³⁶¹. A cet égard, deux observations s'imposent.

Premièrement, Kelsen considère que cette fonction du juge est exactement semblable à celle du législateur. Or, cette appréciation n'est pas tout à fait vraie.

³⁵⁹. Voir S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 312.

³⁶⁰. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 328.

³⁶¹. KELSEN, *Ibid.*, p. 335 & s.

Car le législateur peut créer une norme générale, en principe, à tout moment, à la différence du juge qui doit attendre un cas propice pour créer ce que Kelsen appelle un « précédent », c'est-à-dire une décision individuelle qui n'est pas valable seulement pour le cas qu'elle concerne, mais pour des cas « semblables » ultérieurs³⁶². Alors, force est de constater que la démarche pour créer ces normes n'est pas la même dans ces hypothèses : le législateur pose d'abord une norme générale qui va ensuite s'individualiser et le juge une norme individuelle qui se généralise par la suite. Il faudra revenir sur ce point afin d'écarter tout amalgame entre le pouvoir du juge administratif de créer des obligations d'agir à travers l'abstention fautive et la fonction législative.

Deuxièmement, il faut remarquer qu'il ne peut y avoir création jurisprudentielle d'obligations d'agir que dans le cas où la décision individuelle prise par le juge n'a pas un contenu déjà existant dans une norme générale. Cette nuance n'a pas échappé à Eisenmann qui considère qu'il y a obligation jurisprudentielle d'agir lorsque l'administration est contrainte par le juge de « suivre des règles qui ne sont pas (...) posées par la législation »³⁶³. Néanmoins, définir l'obligation jurisprudentielle d'agir de cette façon, c'est la confondre avec la compétence liée. Or, il convient de rappeler qu'elle n'est qu'une partie de cette dernière. La preuve en est que l'obligation contentieuse de non agir qui est l'antipode de l'obligation d'agir fait partie, elle aussi, de la compétence liée.

En vérité, l'obligation jurisprudentielle d'agir existe lorsque dans une affaire précise le juge administratif, en condamnant l'administration pour ne pas avoir agi alors qu'aucun texte ne formule une obligation en la matière, institue de son propre chef cette obligation³⁶⁴. Mais il ne le fait pas clairement apparaître. Il fait comme si cette obligation d'agir existait déjà dans le droit non

³⁶². KELSEN, *Ibid.*, p. 335 & s. Kelsen, lui-même, semble nuancer le pouvoir créateur du juge en le plaçant sur un degré moindre par rapport à celui du législateur (*Ibid.*, p. 122).

³⁶³. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », *op. cit.*, t2, p. 237 & s.

³⁶⁴. Nous citerons des exemples d'obligations d'agir jurisprudentielles dans la section suivante.

écrit. Mais il ne faut pas perdre de vue que c'est lui qui en est le véritable créateur. Cette façon de procéder est somme toute semblable à celle qui conduit généralement à l'affirmation des principes généraux du droit à propos desquels Rivero écrit que « le juge ne crée pas les principes ; il en parle comme des règles objectives, dont il constate l'existence, et qui ne dépendent nullement de sa volonté »³⁶⁵. « Mais, continue l'auteur, se croyant serviteur des principes, il en est, en fait, le créateur ».

D'autre part, parce que, selon la pyramide kelsénienne, une norme, à l'exception des cas très limités qui sont la « norme fondamentale »³⁶⁶ et l'« acte de contrainte », c'est-à-dire la sanction, est toujours application et création d'autres normes ; application car elle applique une norme qui lui est supérieure, création dans la mesure où elle engendre une norme qui lui est inférieure³⁶⁷. Ce schéma s'applique aux décisions juridictionnelles³⁶⁸ puisque, selon Kelsen, « l'acte par lequel une norme est annulée a signification de norme »³⁶⁹. En outre, pour lui, le juge ne peut ne pas être « applicateur » de norme dans la mesure où

³⁶⁵. RIVERO, « *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?* », art. précité, p. 22.

³⁶⁶. KELSEN présente « la norme fondamentale » comme le fondement de la validité des ordres juridiques. Elle est un produit de la connaissance. Elle est pensée, et une science du droit ne peut s'en passer, sinon elle serait sociologique (« *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 253 & s. et p. 294). Mais, plus que la validité des normes, cette « norme fondamentale » a pour vocation d'expliquer en fait leur origine. Or aussi bien sur ce dernier plan que sur le premier, la théorie de « la norme fondamentale » laisse sceptique. D'une part, des ordres juridiques ont existé avant la « *théorie pure du droit* », et donc sans la conscience d'une norme fondamentale. D'autre part, et ceci est l'argument le plus fondé contre cette théorie, certaines normes ne peuvent s'expliquer par le haut. Il en va ainsi de l'obligation d'agir créer par le juge. Il en va de même de la coutume que Kelsen considère comme une norme fondamentale alors qu'elle est née de la pratique sociale. En effet, selon l'Ecole historique allemande, le droit est né de « l'esprit du peuple ». La « législation » et la « coutume » ne sont qu'une traduction d'un droit déjà existant dans le peuple (voir KELSEN, Ibid., pp. 306 et 308). Une pratique coutumière, avant d'être générale, a été d'abord particulière. Plus généralement, c'est la société elle-même qui semble être l'explication, le fondement le plus solide du droit, puisque celui-ci est social. Pourtant, Kelsen reproche à Duguit de tirer la validité du droit du peuple en tant que sa notion de « solidarité sociale » est imaginaire, et de ce fait, elle est une variante du droit naturel (KELSEN, Ibid., pp. 306 & s.). Or, il n'y a rien de plus imaginaire que la norme fondamentale. Kelsen, lui-même, pense qu'elle est imaginaire dans la mesure où elle n'est que « supposée ». Il semble, par conséquent, que chercher le fondement et la validité du droit sur le social, qui est d'ailleurs l'unique objet de ce même droit, est plus réaliste que les chercher sur une prétendue « norme fondamentale ».

³⁶⁷. Comme son Maître kelsen, EISENMANN considère que la norme est la pièce maîtresse de l'ordre juridique (« *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 214).

³⁶⁸. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 314 & s.

³⁶⁹. KELSEN, Ibid., pp. 192, 195 & s.

le seul fait qu'il est 'créé', habilité par une norme suffit à lui faire jouer ce rôle. Néanmoins, le rôle général de création de normes qu'il octroie au juge est contestable.

En effet, dans sa pensée, dès que ce dernier pose un « acte de contrainte », il crée par là même une norme³⁷⁰. Or, on ne peut admettre une définition aussi large du rôle ou du pouvoir créateur du juge du moins s'agissant de son rôle créateur d'obligations d'agir à travers la sanction des abstentions aussi bien pour des raisons factuelles que juridiques.

Dans les faits en effet, l'exercice de ce dernier rôle est exceptionnel. Il conviendra de voir que le problème de l'abstention fautive créatrice d'obligations d'agir ne se pose que quand la norme individuelle, c'est-à-dire la sanction juridictionnelle contre la personne publique, n'est pas une application du contenu d'une norme générale et supérieure ou même égale, mais est une création *ex nihilo* d'une nouvelle norme.

De même dans l'esprit du droit, ce rôle doit demeurer exceptionnel. La juridiction administrative est instituée généralement pour sanctionner des obligations d'agir préexistantes et non pour les créer. La création jurisprudentielle d'obligations d'agir est accidentelle, et doit juridiquement le rester. Par conséquent, le système dit de la libre découverte du droit est à rejeter car il fait du juge le centre de la création normative en tant qu'il en écarte le législateur. En effet, ce système considère que chaque espèce qu'ont à résoudre les tribunaux est unique et a besoin d'une solution qui lui est adaptée. Dès lors, une norme générale posée par un législateur n'a pas lieu d'être car elle suppose qu'il y ait une « identité » entre les différentes espèces³⁷¹.

Enfin, la doctrine classique qui interdit notamment l'érection d'abstentions en faute créatrice d'obligations d'agir doit globalement être combattue et ce, pour au moins deux raisons. La première est que l'autorité

³⁷⁰. KELSEN, *Ibid.*, voir par ex. p. 98.

³⁷¹. Ce système de la libre découverte du droit est exposé par KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 336 & s.

relative de la chose jugée ne peut être un argument contre le pouvoir créateur d'obligations d'agir du juge. Car elle est non une « mesure de l'autorité »³⁷², mais une « limite d'efficacité » du pouvoir du juge. La deuxième est que, comme le montre M. Troper, l'interprétation des lois est un travail qui relève normalement, non de la fonction législative, mais du rôle du juge³⁷³. Car, selon lui, la qualification des faits, qu'on admet volontiers relever de la fonction juridictionnelle, est aussi une interprétation de la loi, et même, une interprétation très poussée de celle-ci³⁷⁴. Pourquoi donc séparer cette dernière interprétation que l'auteur qualifie de « in concreto » de l'interprétation abstraite de la loi alors que dans le processus qui conduit au jugement, le juge doit, presque toujours, interpréter à la fois l'abstrait, à savoir la loi, et le concret, c'est-à-dire les faits. Bien plus, ce travail d'interprétation peut parfois conduire le juge à considérer certaines abstentions comme étant des fautes créatrices d'obligations d'agir³⁷⁵.

Les thèses en faveur de l'admission de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles sont confortées par le fait que le droit comporte des lacunes.

B- L'existence de lacunes en droit

La thèse de la plénitude de l'ordre juridique signifiant que ce dernier ne comporte pas de lacunes, conduit à le considérer comme étant complet. Elle suppose au moins d'une part que le droit ait tout prévu et, d'autre part et par

³⁷². E.-J. Couture cité par S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 28.

³⁷³. M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 63 à 68. Cependant, même de nos jours, se manifestent souvent des prises de position, peut-être nostalgiques d'un passé voué tout entier à la loi, qui dénie au juge tout pouvoir d'interprétation de la loi. Ainsi un député a pu dire que « les juges n'ont pas à interpréter la loi, mais à l'appliquer. S'ils veulent légiférer, ils n'ont qu'à se présenter aux élections pour être élus » (Propos recueillis au cours d'une émission de télévision « *Polémiques* », consacrée à la délinquance juvénile sur la 2, le 17 mai 1998) représentants de la nation.

³⁷⁴. M. TROPER, *Ibid.*, p. 170.

³⁷⁵. Voir paragraphe 1 de la section suivante.

voie de conséquence, que le juge n'ait qu'à appliquer le droit puisque tout y est. Or ces deux hypothèses, qui n'en font en réalité qu'une, sont à rejeter.

La première parce qu'il est faux d'affirmer que tout ce qui n'est pas interdit est permis car cette formule ne se vérifie pas tout le temps. Supposons par exemple que le droit positif n'attache pas au mauvais fonctionnement des services publics une sanction. Cela voudrait-il dire que les personnes publiques peuvent se permettre ce mauvais fonctionnement en toute impunité ? La réponse paraît négative. Ainsi, en dehors de toute obligation d'agir formulée par un texte, l'absence d'édiction d'un texte d'application peut constituer une faute³⁷⁶. Mais le cas le plus significatif que L. Richer³⁷⁷ a cité est celui des édifices de culte. Alors que la loi n'oblige pas les communes de les entretenir, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Chanoine Vaucanu du 26 octobre 1945³⁷⁸, institue cette obligation en cas d'offre de concours procurant des ressources suffisantes pour les travaux d'entretien.

Cette formule est d'autant plus fallacieuse que le législateur ne peut tout prévoir³⁷⁹, sauf à pouvoir « rapprocher (...) les lieux et les temps »³⁸⁰. Le législateur ne pouvant embrasser de manière instantanée l'espace et le temps, son œuvre restera toujours imparfaite. Celle-ci ne peut être exempte de toute lacune ou comme l'écrit G. Guiavarc'h de toute « incomplétude »³⁸¹. Rousseau paraît fondé de rappeler que, pour avoir des lois complètes et parfaites, « il faudrait des dieux pour les dicter aux hommes »³⁸². En clair, la plupart du temps, l'absence *a priori* de sanction pour une conduite négative d'une personne publique, ne signifiera pas forcément que le droit permet cette conduite. Car cela

³⁷⁶. C.E. sect., 10 mars 1967, « Soc. Les Ardoisières d'Angers », A.J.D.A. 1967, p. 430.

³⁷⁷. L. RICHER, « la faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », op. cit., pp. 52 et 69.

³⁷⁸. C.E., 26 octobre 1945, « Chanoine Vaucanu », Rec. , p. 212 ; S. , 1946-3-34.

³⁷⁹. S. BELAID, « Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge », op. cit., p. 22 & s.

³⁸⁰. ROUSSEAU, « Du contrat social », op. cit., p. 260.

³⁸¹. G. GUIAVARC'H, « Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes », th. précitée, pp. 12 & 13 ; voir aussi p. 65.

³⁸². ROUSSEAU, « Du contrat social », op. cit., voir par ex. p. 260 & s.

peut vouloir dire tout simplement que le législateur n'en avait pas connaissance et que, concernant cette conduite, il y a en réalité un vide juridique que le juge doit souvent combler en procédant à la création d'obligation d'agir à l'encontre de la personne publique.

La deuxième hypothèse, qui n'est que la conséquence de la précédente, est à combattre en tant qu'elle enlève au juge tout pouvoir créateur. En effet le droit positif semble nuancer cette hypothèse. L'article 4 du Code civil en interdisant « au juge de refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité de la loi » ne fait pas de lui uniquement un applicateur infatigable de la loi, mais lui permet éventuellement de créer des normes juridiques. Cela signifie que le juge administratif peut ériger une abstention de la personne publique en faute révélant une obligation d'agir, alors même que celle-ci ne découle d'aucun texte.

Néanmoins, sans la cautionner, Waline trouve une autre signification à cet article. Selon lui, il ne signifie pas nécessairement que le droit peut dans certains cas être lacunaire car il peut sous-entendre aussi tout à fait le contraire, c'est-à-dire qu'« il n'y a pas de lacune dans le droit positif ; si le juge croit le contraire, il se trompe ; il doit creuser le sens des règles du droit positif jusqu'à ce qu'il trouve celle qui donnera la clef du procès qu'il a à juger »³⁸³. Waline rejette cette dernière signification car, comme nous, il pense que la thèse de l'inexistence de lacunes dans le droit a pour base une pure fiction, par ailleurs sans aucune utilité. Il est vrai que le droit utilise très souvent des fictions, mais essentiellement pour un but utilitariste³⁸⁴ et non pour une fin spéculative.

Ainsi, toutes les prises de position qui tiennent compte et de la réalité du droit administratif et du rôle particulier de son juge militent pour l'admission de l'abstention fautive créatrice d'obligation d'agir. En effet, la défaillance de l'ordre juridique ou, parfois, le caractère trop général de la loi³⁸⁵ commande cette création. Aussi l'avis de G. Guiavarc'h selon lequel en cas de défaillance

³⁸³. WALINE, « *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, p. 616.

³⁸⁴. J-A. MAZERES, « *L'acte unilatéral et la décision exécutoire* », Cours inédits précités.

³⁸⁵. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 232.

du droit positif pour régler une question dont le juge a été saisi, celui-ci doit intervenir³⁸⁶, paraît fondé. Mais toute intervention juridictionnelle dans cette hypothèse n'implique pas comme il a déjà été souligné création d'obligation d'agir. La création jurisprudentielle d'obligation d'agir, même si les hypothèses de cette création demeurent rares, doit être justifiée.

Section 2- La justification de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques

C'est le rôle du juge administratif d'interpréter les lois qui semble être la justification essentielle de l'abstention fautive, créatrice d'obligations d'agir des personnes publiques. Plus qu'un contrepoids au pouvoir du législateur³⁸⁷, l'interprétation des lois par le juge s'impose d'elle-même pour au moins deux raisons.

D'une part et d'après l'auteur de l'« *Esprit des lois* »³⁸⁸, la confection de celles-ci exige la prise en compte de facteurs aussi divers que « la nature et (le) principe du gouvernement », la nature et l'étendue du territoire, la nature du peuple et sa position sur le globe, etc., par conséquent, des facteurs tellement nombreux qu'ils demandent au législateur des connaissances immenses qu'il n'a pas. D'autant plus que les lois les plus précises restent toujours ouvertes à « des interprétations constructives non prévues »³⁸⁹.

D'autre part, l'interprétation permet d'éviter des conflits entre normes³⁹⁰. Dès 1943, Jèze reconnaissait et acceptait même, que le juge administratif pût

³⁸⁶. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 64.

³⁸⁷. D'après M. TROPER, l'interprétation des lois permet au juge de freiner le pouvoir du législateur. Elle serait, par conséquent, un élément d'équilibre des institutions (« *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 143).

³⁸⁸ MONTESQUIEU, « *De l'esprit des lois* », op. cit., t1, intro. R. Déathé, p. XXXIV.

³⁸⁹. Voir P. RICOEUR, « *Le juste* », op. cit., p. 167 ; voir aussi KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 456 & s

³⁹⁰. Cette fonction de l'interprétation a été justement soulignée par KELSEN (« *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 275 & s.).

être à l'origine de normes juridiques, et donc, d'obligations d'agir nouvelles à l'encontre des personnes publiques. Cela arrive non seulement à l'occasion d'interprétation (§1) mais aussi en cas d'absence pure et simple de lois (§2). C'est d'ailleurs ce qui explique que les tribunaux ne sont pas, « des distributeurs automatiques de sentences »³⁹¹ ou des exécuteurs « de formules administratives »³⁹².

§1- La justification de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques par le pouvoir d'interprétation du juge

Selon la définition de P. Ricoeur, l'interprétation est une recherche d'adéquation entre les faits et la norme³⁹³. Mais le sens de celle-ci doit être précisé. Dans son sens général, la norme est « une règle de droit douée d'un minimum de généralité, en ce sens qu'elle est susceptible d'applications dans un nombre indéterminé de cas »³⁹⁴. Dans sa signification étroite, elle est « un précepte indiquant la conduite à tenir même par un seul sujet, et même dans une situation juridique déterminée »³⁹⁵. Ces deux définitions montrent que la norme est une règle du droit positif. Or, le contentieux relatif aux abstentions fautives, créatrices d'obligations d'agir autorise à donner à cette notion une signification plus large.

Néanmoins, plus que la signification de la norme, c'est la signification de l'interprétation créatrice elle-même, son fondement et sa mise en oeuvre qui doivent être examinés.

³⁹¹. JEZE, « *Appréciation, par les gouvernements et leurs agents, de l'opportunité d'agir* », art. précité, p. 10 & s.

³⁹². HAURIOU, « *La déclaration de volonté dans le droit administratif français* », art. précité, p. 578.

³⁹³. P. RICOEUR, « *Le juste* », op. cit., p. 178 & s., voir aussi p. 181 et p. 217 & s.

³⁹⁴. M. WALINE, « *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, p. 613.

³⁹⁵. Voir M. WALINE, Ibid.

A-La signification de l'interprétation créatrice d'obligations d'agir

Contrairement à ce que pensent certains auteurs, l'interprétation créatrice d'obligations d'agir doit être entendue de manière stricte. Il en est ainsi notamment lorsque l'interprétation est suscitée par une hypothèse d'abstention. S. Belaid estime que toute interprétation qui vise à donner le sens d'un texte ou d'une expression ou d'un mot doit être rangée dans l'« activité créatrice » du juge³⁹⁶. Par conséquent, selon ce point de vue, fait partie de cette activité ou de cette œuvre, l'interprétation des notions comme « l'ordre public » ou l'« abus de droit »³⁹⁷. Cette position rejoint celle de Kelsen car celui-ci souligne qu'interprétation créatrice du droit ne veut pas forcément dire que c'est un droit totalement nouveau qui est créé. En effet, pour lui, il y a création de droit quand une norme individuelle est posée dans le respect du cadre d'une norme générale³⁹⁸.

Cependant, Ripert n'est pas du même avis que les auteurs précédents. Pour lui, l'interprétation et la création sont deux choses différentes. En effet, il pense que le pouvoir d'interprétation du juge se limite à la recherche du « sens du texte »³⁹⁹. En revanche, le pouvoir créateur consiste à créer des règles nouvelles. Ripert établit cette distinction pour dénier ce dernier pouvoir au juge ou, plus exactement, au juge civil. Or, il faut observer que, s'agissant du juge administratif, l'optique est différente ; l'interprétation et la création, comme les définit Ripert, sont souvent mêlées ; c'est parfois à l'occasion d'interprétation de normes positives, surtout des normes positives contradictoires que le juge administratif crée des règles nouvelles, y compris donc des obligations d'agir qui ne peuvent être rattachées directement à des textes existants.

³⁹⁶. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 277 & s.

³⁹⁷. S. BELAID, *Ibid.*, p. 320.

Pour des notions comme la « bonne foi », l'« équité », la « faute lourde », voir EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p.316.

³⁹⁸. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p.461.

³⁹⁹. RIPERT, « *Les forces créatrices du droit* », op. cit., p. 384.

Aussi existe-t-il deux sortes d'interprétations : comme l'a noté Ripert, il y a des interprétations qui restituent le sens des textes et qui en restent proches ; mais, contrairement à la pensée de cet auteur, il y en a d'autres qui, voulant fixer le sens des textes, aboutissent à des résultats très éloignés, voire même opposés à leur esprit. Il est clair que, contrairement aux positions sus-rappelées de S. Belaid et de Kelsen, ce sont seulement ces dernières interprétations qui ont le caractère de créateur de droit et d'obligations d'agir. Une interprétation créatrice suppose en effet que le juge, sous prétexte d'interprétation du droit existant, élabore une règle absolument nouvelle par rapport au droit en vigueur.

Il faut enfin, souligner que l'interprétation créatrice n'est pas spécifique à l'obligation d'agir. Ce genre d'interprétation permet aussi au juge de créer à l'occasion des abstentions fautives des personnes publiques aussi bien des obligations simples que des obligations de non agir. Mais ce qui importe, c'est qu'il peut aboutir à la création d'obligations d'agir nouvelles.

B- Les fondements de l'interprétation créatrice d'obligations d'agir

Lorsque le juge administratif dégage une obligation d'agir à travers l'érection d'une abstention d'une personne publique en faute, il se réfère, sinon explicitement, du moins implicitement, à des valeurs. Celles-ci peuvent être résumées autour de deux axes : d'une part, la notion de justice ou le droit naturel et, d'autre part, la cohérence de l'ordre juridique.

1- Justice ou droit naturel ?

M. Villey souligne que « le droit n'est pas le fruit d'une raison vide ou de la volonté arbitraire d'un législateur (...) mais de la nature des choses,

qu'interprète la jurisprudence »⁴⁰⁰. Selon ce point de vue, l'obligation d'agir d'origine jurisprudentielle viendrait du droit naturel. S. Belaid semble croire que celui-ci ou, selon sa propre expression, le « droit idéal », est indispensable au juge pour son travail d'interprétation⁴⁰¹. Or en réalité, dans celui-ci, le juge ne recourt pas au droit naturel, c'est-à-dire aux lois de la nature. Il use plutôt de la conception qu'il se fait de la justice dans une société donnée, à un moment donné. Car la justice varie selon les peuples, leurs positions sur le globe, leur époque, leurs cultures, philosophies, religions... Jèze a pu justement écrire que « la justice est une de ces formules magiques, sans signification précise, avec lesquelles on mène les foules. Les hommes ont un besoin de « justice », mais aucun homme ne peut dire ce qu'est la Justice »⁴⁰².

Néanmoins, Ripert écrit que « les plus grands philosophes ramènent la justice à l'égalité »⁴⁰³. En fait, ce point de vue n'est pas l'apanage des philosophes puisque le juge administratif, lui aussi, crée des obligations d'agir à travers notamment l'interprétation, en fonction de ce qui lui semble être juste, équitable au moment où la personne publique s'est abstenue. Cette justice humaine ou, plus exactement, cette justice jurisprudentielle est différente du droit naturel. En effet, tandis que celui-ci repose sur des « lois immuables et universelles »⁴⁰⁴, la justice s'appuie, comme il a été souligné, sur des lois sociales qui sont par définition contingentes et relatives. Les lois naturelles s'appliquent à la nature, les lois sociales à l'homme. D'ailleurs, un droit idéal n'est applicable qu'à un homme idéal. Or, le bon sauvage de Rousseau n'existe pas.

⁴⁰⁰. M. VILLEY, Préface de l' « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », de S. BELAID, op. cit., p.3.

⁴⁰¹. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 330 & s. Dans le même sens, KELSEN montre qu'il est difficile, voire impossible, de séparer le droit de la nature, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 2 & s.

⁴⁰². JEZE, « *Appréciation, par les gouvernements et leurs agents, de l'opportunité d'agir* », art. précité, p. 11.

⁴⁰³. G. RIPERT, « *Les forces créatrices du droit* », op. cit., p. 414.

⁴⁰⁴. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p.330 & s.

Si le juge, dans son travail d'interprétation, puise parfois en dehors du droit positif, cela ne signifie pas pour autant qu'il a recours au droit naturel⁴⁰⁵. Il puise, en réalité, dans le droit non écrit qui, dès lors, devient le droit positif non écrit. Les principes généraux du droit sur lesquels le juge administratif fonde parfois des obligations d'agir illustrent bien ce phénomène. L'arrêt « Compagnie Alitalia »⁴⁰⁶ est à cet égard particulièrement révélateur.

Malgré l'utilisation par le Conseil d'Etat dans cette espèce, seulement du mot « principe », les auteurs des « Grands arrêts de la jurisprudence administrative » montrent qu'il a mis en place un principe général du droit qui est « l'obligation de faire droit à une demande d'abrogation d'un règlement illégal »⁴⁰⁷. Cette obligation a été déjà formulée avant l'arrêt « Alitalia » par l'article 3 du décret du 28 novembre 1983⁴⁰⁸, mais l'interprétation qui y a été mise en œuvre montre, néanmoins, qu'il existe un droit non écrit dans lequel le juge cherche des principes justes.

En effet, le juge a repris dans l'arrêt « Alitalia » à peu près les termes de l'article 3 du décret en les posant comme principe, puis a déclaré que cet article s'en inspire⁴⁰⁹. Par conséquent, comme l'ont écrit les auteurs des « Grands arrêts... », les dispositions de l'article 3 étaient « inutiles » dans la mesure où

⁴⁰⁵. L'expression « droit naturel » est employée par M. WALINE dans le sens de la justice et non dans celui du droit de la nature, semble-t-il (« *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, voir par ex pp. 621 & 623). C'est peut-être dans ce sens là que la majorité des juristes l'utilisent.

⁴⁰⁶. C.E. Ass., 3 février 1989, « *Compagnie Alitalia* », Rec., p. 44 ; R.F.D.A. 1989, p. 391, concl. Chahid-Nouraï, notes Beaud et Dubois, R.T.D.E., 1989, p. 509, note Vergès ; A.J.D.A., 1989, p. 387, note Fouquet ; G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 685.

⁴⁰⁷. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT et al., G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 691 ; voir aussi G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th., précitée, p. 542 & s.

⁴⁰⁸. Cependant, M. BAILLY défend une position opposée qui, dès lors, confirme le pouvoir de création jurisprudentielle d'obligations d'agir. En effet, selon cet auteur, c'est plutôt le décret du 28 novembre 1983 qui s'est inspiré de la jurisprudence car la règle de la disparition des actes administratifs illégaux est une œuvre prétorienne qui a été initiée bien avant ce décret (« *L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983* », R.D.P. 1985, p. 1516) par la jurisprudence « *Despujol* » (C.E. sect., 10 janvier 1930, Rec., p. 30 ; S. 1930, II, p. 41, note Alibert ; D. 1930, III, p. 16, note P.L.J. ; G.A.J.A. 14^{ème} éd. 2003, p. 267, obs.

⁴⁰⁹. On peut en effet lire dans la décision « Alitalia » : « qu'en se fondant sur les dispositions de l'article 3 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, qui s'inspirent de ce principe... » (1^{er} considérant).

elles n'ajoutaient « rien à l'état du droit préexistant »⁴¹⁰. Par conséquent, le principe existait quelque part dans le droit virtuel, c'est-à-dire non écrit. Il n'a fait que passer dans le droit réel ou positif. C'est somme toute un processus normal auquel obéit le droit, processus qui consiste à passer du virtuel au réel, et du réel au virtuel.

En réalité, la formule de l'obligation d'abrogation des règlements illégaux a été posée par l'article 3 du décret. Mais sa reformulation en principe général du droit a eu pour conséquence d'affermir cette obligation d'agir⁴¹¹ ; elle a transformé une obligation d'agir de valeur réglementaire en une obligation jurisprudentielle d'agir⁴¹², de valeur législative⁴¹³. En effet, les principes généraux du droit, comme d'ailleurs, toutes les règles jurisprudentielles, ont une valeur législative ou, plus exactement, une valeur « infra-législative » mais « supra-décrétale » comme l'a bien montré R. Chapus⁴¹⁴. L'obligation

⁴¹⁰. G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 692.

⁴¹¹. Voir G.A.J.A., Ibid.

⁴¹². La formulation d'un principe général du droit à partir d'un texte déjà existant, pour un auteur comme M. WALINE, est synonyme de création de principes jurisprudentiels. Dans ce cas, pour paraphraser cet auteur, il n'y a pas « création de règle de droit » par l'Administration ou le législateur car le juge « s'est hâté de reprendre la direction des opérations » (« *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, p. 627, voir aussi p. 628).

⁴¹³. RIPERT soutient que la jurisprudence a une valeur égale à celle de la loi, « *Les forces créatrices du droit* », op. cit., p. 382 ; de même S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 300 ; voir aussi RIVERO, « *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?* », art. précité, p. 22.

⁴¹⁴. Pour R. CHAPUS, toutes les règles d'origine jurisprudentielle, qu'elles soient des principes généraux du droit ou non, ont une « identité de valeur juridique », (« *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif* », D. 1966, p.100). Elles occupent le même rang dans la hiérarchie des normes juridiques à savoir, un rang à la fois inférieur à la loi et supérieur au décret. Prétendre le contraire serait, selon ses propres termes, « grave, pour l'intelligibilité du droit administratif » (Ibid.).

S'agissant plus particulièrement des principes généraux du droit d'origine jurisprudentielle, l'éminent auteur a montré que leur attribuer une valeur législative et, *a fortiori*, constitutionnelle, n'est pas nécessaire au juge pour contrôler les actes administratifs par rapport à eux, « pourvu qu'elle (cette valeur) soit supra-décrétale » (Ibid., p. 100 & s.). C'est en fait le contrôle des règlements autonomes, des décrets-lois et ordonnances, actes que certains auteurs plaçaient au même rang que la loi, par rapport aux principes généraux du droit qui acculait à octroyer à ces derniers une valeur législative ou constitutionnelle pour permettre la censure juridictionnelle de ces différents actes. Mais R. CHAPUS a montré (Ibid) qu'il n'était pas nécessaire d'aller jusque là dans la mesure où tous ces actes ont non seulement la nature, mais aussi la valeur des actes administratifs, c'est-à-dire une valeur inférieure à la loi (Pour les règlements autonomes, voir. C.E., 26 juin 1959, « *Syndicat général des ingénieurs conseils* », A.J.D.A., 1959.I. 153, Chr. Combarnous et Galabert ; R.D.P., 1959, p. 1004, concl. Fournier ; Rev. admin. 1959, n° 70, p. 381 ; D. 1959, p. 541, note J. L'Huillier. Pour les décrets-lois et

d'abrogation des règlements illégaux ne peut donc faire l'objet de modifications réglementaires.

Enfin, une question se pose sans qu'une réponse catégorique puisse y être apportée ; on pourrait se demander pourquoi la Haute juridiction considère qu'une règle existante révélant une obligation d'agir est précédée d'un principe général du droit⁴¹⁵, alors qu'il peut se contenter de transformer cette même règle ou obligation d'agir en principe général du droit comme elle l'a fait dans sa

ordonnances, voir C.E., 7 mars 1947, « *Société Entreprise Joulard et Cgie* », Rec., p. 103). Toutefois, l'ordonnance du 2 janvier 1959 est aujourd'hui considérée comme ayant une valeur supra-législative (V. DUSSART, P. ESPLUGAS et al., « *L'ordonnance du 2 janvier 1959 : 40 ans après* », Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2000, p. 14 & s.).

R. Chapus n'est pas le premier à soutenir que les règles jurisprudentielles occupent un rang inférieur à celui des lois puisque déjà, en 1950, M. WALINE avait la même position ; il invoquait entre autres le fait qu'une création jurisprudentielle n'a pas besoin de la loi pour être abrogée, « une nouvelle décision de jurisprudence suffit » (« *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, p. 628).

C'est au sujet du rang de ces règles par rapport aux règlements administratifs que le point de vue de Waline diffère légèrement de celui de R. Chapus. En effet, Waline ne cautionne pas totalement l'idée de l'« identité de valeur juridique » des règles jurisprudentielles. Car pour résoudre le problème de leur rang par rapport aux règlements, il fait une distinction entre les règles jurisprudentielles nouvelles créant notamment des obligations d'agir et les règles jurisprudentielles interprétatives. S'agissant de ces dernières, il pense, sauf à s'y méprendre, qu'elles ont un rang supérieur à celui des règlements si elles ont interprété une loi : « une règle jurisprudentielle qui se présente (...) comme interprétative des lois ou d'une loi, ne peut être renversée par une simple disposition réglementaire postérieure » (Ibid., p. 630). En revanche, si elles ont interprété un règlement, elles occupent alors par rapport à celui-ci un rang inférieur, comme cela ressort clairement de sa plume : « si, au contraire, la règle jurisprudentielle prétendait interpréter un simple règlement, elle disparaît avec celui-ci, ou par simple modification de la disposition réglementaire interprétée » (Ibid., p. 631). Concernant les règles jurisprudentielles nouvelles, WALINE, en écrivant à leur sujet que « tout porte à croire que le Conseil d'Etat ne reconnaîtrait aucune valeur à un règlement prétendant renversé la jurisprudence » (Ibid., p. 632), prend clairement position en faveur de la supériorité de ces règles par rapport aux règlements.

A priori, ces distinctions sont séduisantes. Mais celle qui place les obligations jurisprudentielles d'agir en deçà des règlements est quelque peu inquiétante car elle aboutit à faire échapper ces derniers du contrôle du juge ou, du moins, d'un contrôle juridictionnel efficace. En effet, dans cette hypothèse, en cas de contrariété entre l'obligation jurisprudence d'agir et le règlement, celui-ci l'emporterait, ce qui est inadmissible dans un Etat de droit. Par conséquent, la position de R. Chapus qui ne fait pas de distinction entre les règles jurisprudentielles créatrices ou non d'obligations d'agir et qui les place toutes au-dessus des actes administratifs semble plus convenable et plus logique. Il faudrait donc affirmer que les obligations d'agir dégagées par le juge doivent être exécutées par les personnes publiques, au même titre que les obligations d'agir d'origine législative ou constitutionnelle.

⁴¹⁵. Dans l'arrêt « *Ville de Toulouse c. Aragnou* » (C.E. sect., 23 avril 1982, Rec., p. 152, concl. D. Labetoulle ; D. 1983, p. 8, note J.-B. Auby ; A.J.D.A. 1982, p. 440, chr. Tiberghien & Lasserre) notamment, le juge déclare que la règle de l'article L. 141-2 du code du travail selon laquelle la rémunération des salariés doit être au moins égale au SMIC est un principe général du droit dont cet article s'inspire.

décision « Dame Peynet »⁴¹⁶. Dans celle-ci, elle a élevé l'interdiction du code du travail de licencier une employée en état de grossesse au rang de principe général du droit. Elle a donc transformé une règle d'application particulière en une règle ou, plutôt, en un principe⁴¹⁷ juste d'application générale ; l'obligation de maintenir dans leurs postes les femmes enceintes est donc valable pour la fonction publique aussi. Cela montre en outre que les principes généraux du droit ne sont pas toujours « des notions abstraites et dépourvues (...) d'une signification précise »⁴¹⁸. Par conséquent, il s'agirait peut-être dans l'affaire « Alitalia », de la volonté du juge d'affirmer son indépendance normative par rapport à l'administration. Mais cela peut faire douter dans la mesure où cette indépendance, la Haute juridiction de l'ordre administratif l'a depuis longtemps.

Quoiqu'il en soit, le recours aux principes généraux du droit, c'est-à-dire à une sorte de justice que se fait le juge administratif, pour révéler des obligations d'agir nouvelles montre que les normes par rapport auxquelles ce dernier fonde son interprétation ne se limitent pas aux seules normes écrites. Parfois même, la cohérence de plusieurs normes écrites peut avoir le sens d'une norme révélatrice d'obligations d'agir nouvelle des personnes publiques.

⁴¹⁶. C.E. ass., 8 juin 1973, « Dame Peynet », Rec., p. 406, concl. Grévisse ; J.C.P. 1975. II. 17957 ; A.J.D.A. 1973, p. 587.

⁴¹⁷. Selon DWORKIN (étudié par P. RICOEUR dans « *Le juste* », op. cit., p. 170), la règle est celle qui est dégagée par un texte clair. Tandis que le principe, lui, est fixé par le juge à l'occasion d' « affaires difficiles », c'est-à-dire, comme nous le verrons, des affaires pour la résolution desquelles il n'existe pas de texte.

⁴¹⁸. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 282.

En effet la plupart du temps, les principes généraux du droit sont très précis et peuvent instituer des obligations d'agir comme c'est le cas dans l'exemple précité, mais aussi dans celui du principe général du droit selon lequel l'Administration doit garantir ses agents contre les condamnations arbitraires.

2- Le recours à la cohérence normative

« La cohérence normative » est définie par G. Guivarc'h comme étant « la cohérence globale de l'ordre juridique »⁴¹⁹. Celle-ci est surtout recherchée lorsque le juge administratif interprète un « ensemble de règles juridiques »⁴²⁰. La création d'obligations d'agir jurisprudentielles peut donc être le résultat d'une interprétation d'une norme ou de plusieurs normes comme c'est le cas dans l'hypothèse envisagée ici. Dworkin⁴²¹ pense justement que l'interprétation doit se faire non seulement par rapport à un texte donné, mais aussi par rapport à l'ensemble de l'ordre juridique. En réalité, le problème de la « cohérence normative » ne se pose que dans le cas précis où le juge se trouve confronté à des normes contradictoires comme dans l'espèce « Dehaene » du 7 juillet 1950⁴²².

Il ne faudrait pas perdre de vue que cette espèce concerne l'action et non l'abstention. Mais, il est loisible de penser qu'en l'espèce une abstention gouvernementale aurait été annulée, et l'interprétation des dispositions en présence aurait abouti à une création jurisprudentielle d'obligation d'agir. Autrement dit, l'arrêt « Dehaene » est utilisé *a contrario*. Dans cette affaire, des chefs de bureau des préfectures qui avaient participé à la grève du 13 juillet 1948 s'étaient vu sanctionner par un blâme. Certains ont alors formulé auprès de la Haute juridiction un recours pour excès de pouvoir contre cette sanction disciplinaire, l'estimant contraire au préambule de la constitution de 1946 qui dispose que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Le Conseil d'Etat s'est donc trouvé devant cette disposition constitutionnelle qui octroie le droit, entre autres, aux fonctionnaires de faire

⁴¹⁹. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 512.

⁴²⁰. WALINE, « *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, p. 626.

⁴²¹. Dworkin cité par R. RICOEUR dans « *Le juste* », op. cit., p. 168.

⁴²². C.E, « *Dehaene* », Rec., p. 426 ; D. 1950, p. 538, note Gervais ; J.C.P., 1950. II. 5681, concl. Gazier, R.D.P., 1950, p. 691, concl. Gazier, note Waline ; Rev. admin. 1950, p. 366, concl. Gazier, note Liet-Veaux ; G.A.J.A, 14^{ème} éd. 2003, p. 414.

grève dans le but de défendre leurs intérêts professionnels, et les lois du 27 décembre 1947 et 28 septembre 1948 qui interdisent la grève aux personnels des compagnies républicaines de sécurité (CRS) et de la police. Aussi ces dispositions constitutionnelles et législatives s'opposent-elles clairement. Cette opposition conduit d'ailleurs à affirmer que l'idée de « l'unité de l'ordre juridique » défendue fermement par Kelsen⁴²³ n'est pas tout à fait fondée⁴²⁴

Le Conseil d'Etat a interprété les lois précitées de façon à les concilier approximativement au préambule de la constitution de 1946⁴²⁵. Il les a interprétées restrictivement ; elles ne s'appliquent qu'aux personnels des CRS et de la police. Mais le problème n'était pas résolu dans la mesure où il n'existait pas des lois réglementant le droit de grève dans les autres services administratifs comme le souhaitait le constituant. Or, le Conseil d'Etat a estimé indispensable l'existence de cette réglementation afin de concilier « la défense des intérêts professionnels » et « la sauvegarde de l'intérêt général », une exigence qui est conforme à la Constitution.

⁴²³ KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., 1962, p. 355 & s.

⁴²⁴ Kelsen soutient qu'une norme inférieure ne peut être contraire à une norme supérieure, comme c'est le cas dans la doctrine juridique traditionnelle. Pour cet auteur, affirmer qu'un conflit puisse exister entre normes, c'est mettre en danger « l'unité de l'ordre juridique ». Mais sa démonstration n'est pas, à certains points, convaincante.

D'une part, il pense que si une loi contraire à la Constitution est appliquée, cela veut dire que cette constitution n'a plus cours, c'est une Constitution révolutionnaire qui est en vigueur ; l'unité du droit est donc sauvegardée (Ibid., p. 366). Or cela semble faux car en vertu de la théorie de la « loi écran », la disposition contraire à la Constitution n'est pas appliquée sans que l'unité du droit soit sauvegardée. En effet, cette théorie implique que si un acte administratif pris conformément à une loi est contraire à la Constitution, le juge administratif refuse de le sanctionner (P.-L. FRIER, « *Précis de droit administratif* », 3^{ème} éd. 2004, p. 44, n° 60 ; G. LEBRETON, « *Droit administratif général* », 3^{ème} éd. 2004, p. 33, n° 26 ; J. RIVERO et J. WALINE, « *Droit administratif* », 20^{ème} éd. 2004, p. 271, n° 326) parce qu'il s'estime incompétent d'opérer un contrôle de constitutionnalité des lois. Cette hypothèse montre que c'est l'ancienne Constitution qui est en vigueur et qu'il existe bien une contradiction entre elle et la loi.

D'autre part, Kelsen explique « l'unité de l'ordre juridique » par le fait que les décisions des juridictions et, plus exactement, du tribunal suprême, ont la force de la chose jugée, force conférée par l'ordre juridique. Par conséquent, même si une norme législative et juridictionnelle sont d'apparence contradictoires, elles sont toutes deux valables, conformes à l'ordre juridique. Or, cette validité n'a pas de sens dans la mesure où une seule de ces deux normes peut être appliquée, ou les deux peuvent être écartées au profit d'une autre norme. Par conséquent, dans ces deux dernières hypothèses aussi, l'idée de l'unité du droit apparaît inexacte.

⁴²⁵. Il convient de signaler que cette question conserve encore aujourd'hui une certaine actualité dans la mesure où ce préambule a été repris par la Constitution de la 5^{ème} République.

Néanmoins et contrairement au souhait du constituant, il a investi le gouvernement d'une véritable obligation d'agir qui a consisté à élaborer la réglementation en cause⁴²⁶. Le considérant en la matière mérite d'être cité : « Cons. qu'en l'absence de cette réglementation (législative) la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation, il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ».

Selon J- L. Quermome, ce considérant octroie au gouvernement un « droit »⁴²⁷, on pourrait alors comprendre une faculté, de réglementer l'exercice du droit de grève des agents publics. Or, il s'agit en réalité d'une obligation d'agir puisque l'utilisation de l'expression « il appartient » le prouve. Dès lors, Y. Gaudemet a dans une certaine mesure, raison de soutenir que le droit de grève a une origine exclusivement jurisprudentielle⁴²⁸ car il ne peut être directement rattaché ni à la Constitution ni à la loi. Dans cette espèce, le 'service minimum' qu'a voulu instaurer le gouvernement était donc légal⁴²⁹. Enfin, il faut remarquer que cet exemple vaut aussi en partie pour le paragraphe suivant puisque la Haute juridiction n'avait pas affaire uniquement à des dispositions contradictoires, mais aussi, comme l'a montré le considérant précité, à une absence de réglementation du droit de grève pour la majorité des services.

⁴²⁶. Nous rappelons en effet que le constituant de 1946 avait prévu une réglementation législative du droit de grève et non une réglementation administrative.

⁴²⁷. J- L. QUERMOME, « *Le droit prétorien de la grève* », D. 1959, p. 17.

⁴²⁸. Y. GAUDEMET, « *Les méthodes du juge administratif* », th., 1972, p. 205.

⁴²⁹. Voir aussi C.E., 14 mars 1956, « *Hublin* », Rec., p. 117.

C- Les raisons de la mise en œuvre exceptionnelle des pouvoirs d'interprétation créatrice d'obligations d'agir

Certains auteurs attribuent au juge de larges pouvoirs d'interprétation, des pouvoirs dont J. Rivero s'est fait l'écho dans un célèbre article : « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? »⁴³⁰. Il y montre⁴³¹ notamment que le Conseil d'Etat, pour affirmer un principe général du droit, peut être amené à rendre la loi, pourtant générale, comme une exception juridique⁴³² ou à la rendre purement inapplicable⁴³³. S. Belaid pense même que le juge peut presque tout faire « sous couvert de l'interprétation »⁴³⁴.

Certes, le juge possède de larges pouvoirs d'interprétation créatrice, mais il ne faut pas perdre de vue que leur mise en œuvre est assez exceptionnelle. Cela est normal dans la mesure où le juge n'a pas pour rôle de contrebalancer la loi et, encore moins, de la faire. En plus et sauf exception, il n'interprète pas les dispositions claires de la loi d'une part et, d'autre part, pour les dispositions obscures, il ne cherche dans la majorité des cas que la volonté du législateur et non la création d'une nouvelle obligation d'agir.

Ainsi, dans l'espèce « *Sieur Le Fichant* »⁴³⁵, il a interprété l'article 97 du code des communes⁴³⁶ relatif aux pouvoirs de police du maire sans créer quoi que ce soit. Il a en effet décidé que le maire doit prévenir les accidents par une signalisation appropriée aussi bien dans les baignades aménagées que dans

⁴³⁰. J. RIVERO, « *Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?* », art. précité, p.23.

⁴³¹. J. RIVERO, *Ibid.*, pp. 23 et 24.

⁴³². Il s'agit des lois de Vichy.

⁴³³. Il s'agit de l'arrêt du 17 février 1950, « *Dame Lamotte* », (D. 1950, p. 282) dans lequel le Conseil d'Etat instaure un recours pour excès de pouvoir dans un contexte où la loi l'excluait.

⁴³⁴. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 293. Concernant les relations entre l'interprétation et le pouvoir discrétionnaire, voir par ex. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, pp. 316 et 670 ; P. FOILLARD, « *Droit administratif* », op. cit., pp. 165 & 166. Cette question n'est pas dénuée de tout intérêt par rapport à notre problématique dans la mesure où la diminution par le juge du pouvoir discrétionnaire de l'Administration peut être le fait d'une création d'obligation à travers l'effort d'interprétation.

⁴³⁵. C.E., 5 mars 1971, « *Sieur Le Fichant* », Rec., p. 185.

⁴³⁶. Ce code s'appelle aujourd'hui le « code général des collectivités territoriales » et l'article visé par cet arrêt est devenu dans le nouveau code, l'article L 2212.

celles non aménagées⁴³⁷. Dans le même sens, il a jugé que l'obligation du maire d'assurer la sécurité des skieurs est valable même en dehors des pistes balisées habituellement fréquentées⁴³⁸. Il est clair que, dans ces espèces, le juge s'est contenté de restituer la volonté du législateur ou du moins d'éclaircir le sens de la loi. Par conséquent, même si l'abstention du maire dans ces deux exemples a été jugée fautive, elle ne peut être considérée comme étant révélatrice d'obligations d'agir nouvelles.

Il est permis d'affirmer que ces dernières sont révélées lorsque le juge est confronté à une absence de textes.

§2- L'absence de textes et la création d'obligations d'agir des personnes publiques

Il convient de rappeler que la thèse de l'absence de lacunes dans le droit n'est qu'une pure fiction qui ne rend pas compte de la réalité de la jurisprudence. L'absence de texte qui n'est qu'une des manifestations des lacunes du droit constitue une délégation de création jurisprudentielle d'obligations d'agir. C'est en ce sens que Hauriou semble penser quand il écrit que le juge administratif dispose d'un « pouvoir semi-prétorien »⁴³⁹ pour combler « les vides laissés »⁴⁴⁰ par la déclaration de volonté des pouvoirs publics. Cette thèse de délégation est néanmoins combattue par S. Belaid puisque selon lui, une délégation de pouvoir peut déboucher sur son retrait. Or il constate que le pouvoir créateur du juge n'a jamais été retiré par le législateur⁴⁴¹. Mais s'il est vrai que ce pouvoir n'a jamais été retiré au juge administratif, cela ne signifie pas que celui-ci le détient de son propre chef ou de sa propre autorité.

⁴³⁷. Voir aussi C.E., 2 juillet 1976, « *Cgie d'assurance La Nationale* », Rec., p. 347.

⁴³⁸. C.E., 22 décembre 1971, « *Commune de Mont-de-Lans* », Rec., p. 789 ; J.C.P. 1973- II-17289.

⁴³⁹. HAURIOU, « *La déclaration de volonté dans le droit administratif français* », art. précité, p. 582.

⁴⁴⁰. HAURIOU, Ibid.

⁴⁴¹. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., pp. 272 & 273.

Waline démontre pertinemment que l'absence de textes justifie la création par le juge de nouvelles règles et, notamment, d'obligations d'agir. Il écrit, en effet, que « saisie d'une action en responsabilité contre l'Etat, à raison de faits ne constituant par eux-mêmes la violation d'aucune règle de droit, aucune faute, la juridiction administrative, partant de l'idée qu'il n'y a pas de lacunes dans le droit, aurait dû constater l'absence de toute règle fondant la responsabilité et en conclure *a contrario* que cette responsabilité n'était pas engagée, et, en conséquence, rejeter l'action »⁴⁴². Il ajoute que si « la jurisprudence, comme le fait souvent celle du Conseil d'Etat, admet la responsabilité de l'Etat dans des cas où il n'y a aucune illégalité ou faute quelconque prouvée contre lui (...), et où il n'existe d'ailleurs aucun texte fondant cette responsabilité, c'est que cette jurisprudence, ou bien suppose l'existence d'une règle de droit en réalité inexistante, fondant cette responsabilité, ou bien crée elle-même de sa propre autorité, une telle règle »⁴⁴³.

L'auteur choisit la seconde alternative et reconnaît donc au juge administratif un pouvoir de création de normes juridiques en cas d'absence de textes, un pouvoir qui implique aussi celui de création d'obligations d'agir. Il convient de citer deux cas d'abstentions fautives confirmant cette opinion. Ainsi, le fait de ne pas avoir avisé dans les meilleurs délais la famille, d'un grave accident survenu à un de ses proches, constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat⁴⁴⁴. Or, aucun texte n'a institué l'obligation d'aviser les proches d'accidents de la circulation. De même, en matière de promesses non tenues par les personnes publiques, le juge engage souvent la responsabilité de ces dernières pour faute⁴⁴⁵ alors même que l'obligation de tenir ses promesses paraît absente des textes.

⁴⁴². WALINE, « *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, p. 620.

⁴⁴³. WALINE, *Ibid.*

⁴⁴⁴. T.A. de Lyon, 8 mars 1994, « *Chatel* », *Juris-Data*, n° 1994-048476.

⁴⁴⁵. Voir les décisions citées par J.-A. MAZERES, « *La responsabilité de la puissance publique du fait des services d'intervention économique* », *op. cit.*, p. 42 & s. ; voir aussi J.-P. DEMOUEVAUX & B.

Par conséquent, il existe souvent dans l'ordre juridique une absence de règles⁴⁴⁶, pouvant conduire le juge à créer des obligations d'agir. Il en est ainsi lorsqu'une question quelconque n'a pas été réglée par le droit positif. Dans ce cas, la réglementation de la question revient implicitement au juge qui, en posant une norme dans la matière, comble le vide juridique, lequel est inévitable. Rousseau écrit, à juste titre, qu'« il peut se présenter mille cas auxquels le législateur n'a point prévu »⁴⁴⁷. Ces cas peuvent être qualifiés « d'affaires contentieuses »⁴⁴⁸ ou « d'affaires difficiles »⁴⁴⁹. Il y a affaire contentieuse quand survient un fait qui n'a pas été réglé par le droit positif « par une convention générale et antérieure ». Une affaire est difficile en ceci qu'il n'existe aucune disposition légale pour la résoudre. Ainsi définies, on se rend compte que les affaires difficiles ou contentieuses acculent le juge à créer des normes juridiques et, le cas échéant, des obligations d'agir.

Le législateur pouvait très bien obliger le juge, en cas d'absence de textes, de surseoir à statuer et de lui soumettre le problème pour qu'il pose la norme en vue de sa résolution. Cette procédure est quelque peu compliquée, mais elle est possible juridiquement. En effet, le « référé législatif » permet ou, plus exactement, permettait au juge de « surseoir à statuer en cas de silence ou d'obscurité de la loi »⁴⁵⁰ jusqu'à la parution d'un décret *déclaratoire* de la loi, c'est-à-dire une décision du corps législatif énonçant « la véritable volonté du législateur »⁴⁵¹. Une procédure semblable excluant le législateur existe aujourd'hui, à savoir la question ou le renvoi préjudiciel. Cette procédure permet à une juridiction qui est confrontée à un problème de droit pour la résolution duquel elle n'est pas compétente, de surseoir à statuer jusqu'à ce que la

LAMOLETTE, « *Responsabilité en matière d'urbanisme* », *Juris cl. Admin.*, fasc. 870 (1998), n° 155 à 161.

⁴⁴⁶. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 311 & s.

⁴⁴⁷. ROUSSEAU, « *Du contrat social* », op. cit., p. 323.

⁴⁴⁸. ROUSSEAU, *Ibid.*, p. 254.

⁴⁴⁹. R. DWORKIN, « *Une question de principe* », P.U.F., Paris, 1996, p. 203.

⁴⁵⁰. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 291.

⁴⁵¹. S. BELAID, *Ibid.*, p. 36.

juridiction compétente se prononce⁴⁵². Le législateur n'ayant pas imposé au juge administratif de recourir à lui en cas de lacunes, il est permis de déduire qu'il a donné à ce dernier délégation pour créer des obligations d'agir dans cette hypothèse.

Cependant, l'absence de texte n'explique pas à elle seule la délégation au juge d'un pouvoir créateur notamment d'obligations d'agir car elle n'est pas à détacher du délit de déni de justice. Le juge doit se prononcer sur toutes les affaires qui lui sont soumises, même sur celles qui ne peuvent avoir un fondement textuel pour être tranchées. Tel est le sens de l'article 4 du code civil selon lequel le juge « qui refusera de juger, sous prétexte du silence (...) de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». S. Belaid définit ce dernier comme étant « le refus ou la négligence de juger... »⁴⁵³. Ce délit, bien que tiré du Code civil, s'applique aussi au juge administratif même si au moment où il a été institué, « il n'existait pas de juridiction administrative indépendante »⁴⁵⁴. Le législateur ayant érigé en délit l'abstention du juge à se prononcer sur les contentieux qui lui sont soumis sous prétexte d'absence de textes, il peut logiquement être déduit que c'est lui, législateur, qui l'a obligé à juger dans cette hypothèse et, par conséquent, l'a autorisé à créer, même dans les hypothèses d'abstentions des personnes publiques, des obligations d'agir. Il s'agit donc d'une sorte de délégation législative⁴⁵⁵.

Aujourd'hui, il faut avoir une « conception extensive » de la fonction jurisprudentielle dans la mesure où celle-ci ne se limite plus seulement à l'exécution de la volonté du législateur, mais surtout, au règlement des litiges⁴⁵⁶.

Enfin, la délégation pour créer des obligations jurisprudentielles d'agir en cas d'absence de textes ne doit pas être confondue avec une délégation pour

⁴⁵². G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », 7^{ème} éd. 1998, Puf, p. 640.

⁴⁵³. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 266.

⁴⁵⁴. J. ROCHE, « *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, p. 534, col. 1.

⁴⁵⁵. J.-M. PERITCH, « *Quelques observations sur le problème des sources du droit et la fonction législative* », *Mél. Gény*, II, 1934, p. 235.

⁴⁵⁶. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 264 & s.

faire la loi telle celle de l'article 38 de la constitution de 1958 dont peut bénéficier le gouvernement. Car la création jurisprudentielle d'obligations d'agir doit normalement rester exceptionnelle. En effet, l'article 5 du Code civil, en disposant que le juge ne peut « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises », lui interdit en principe de prendre des arrêts de règlement⁴⁵⁷, c'est-à-dire des décisions ayant sensiblement force de loi⁴⁵⁸

* *
*
*

Dans ce chapitre, l'abstention fautive est synonyme de création d'obligations d'agir jurisprudentielles ou nouvelles. La différence avec le chapitre précédent, c'est que cette dernière est à mettre, non pas au crédit de la loi, mais à rattacher exclusivement à ce qui fait le prestige du juge administratif, à savoir son rôle créateur.

Il convient en outre de rappeler que le rôle créateur d'obligations d'agir du juge administratif n'est pas aussi général que le pensent certains auteurs comme Kelsen. En effet, ce n'est pas en rajoutant ou en retranchant à la loi que le juge crée une norme en général, et une obligation d'agir en particulier. Car, l'interprétation de la loi revient, comme le soutient M. Troper, de droit au juge. Par conséquent en interprétant la loi, le juge ne crée pas, au vrai sens du terme, d'obligations d'agir dans la mesure où celles-ci existent déjà dans la loi. Néanmoins, il faut réserver les cas étudiés et dans lesquels, sous couvert d'interprétation, le juge dégage des obligations d'agir qui ne peuvent être rattachées à la loi. C'est là que gît la vraie création jurisprudentielle

⁴⁵⁷. J. ROCHE, « *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence* », art. précité, p. 534, col. 1.

⁴⁵⁸. Voir M. CHRETIEN, « *Les règles de droit d'origine jurisprudentielle, leur formation, leurs caractères* », th. Lille, 1936, p. 99 ; G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », op. cit., p. 68

d'obligations d'agir. L'analyse de l'obligation d'abrogation des règlements administratifs illégaux à travers l'arrêt « Alitalia » l'a bien montré.

Cependant, comme le laisse apparaître la lecture du présent chapitre, les hypothèses de ce genre sont rares. La raison est que le rôle du juge de créer des obligations d'agir par le truchement de l'abstention fautive est une fonction juridictionnelle secondaire. Sa fonction principale est de sanctionner les obligations d'agir préexistantes.

Du reste, la création jurisprudentielle d'obligations d'agir s'explique essentiellement par le fait que l'ordre juridique présente des lacunes en ce sens qu'il est souvent insuffisant ou inadéquat pour régler certains litiges d'une part et, d'autre part, dans certains cas il ne prévoit rien pour ce faire. L'abstention fautive révélatrice d'obligations d'agir nouvelles remet donc en cause le dogme kelsénien de la plénitude de l'ordre juridique et, partant, son normativisme.

CONCLUSION DU TITRE I :

A priori, le contentieux des abstentions des personnes publiques appelle certaines remarques.

D'une part, aussi bien le juge administratif que la doctrine traitent à peu près de la même manière l'abstention et l'action. Par conséquent, malgré les réserves émises, la faute en cas d'abstention ne jouit pas d'une autonomie par rapport à la faute inhérente à l'action. Le juge lui applique, comme en cas d'action, sa distinction duale entre faute simple et faute lourde.

En outre, l'abstention fautive créatrice d'obligations d'agir n'a pas été traitée à part par le juge et la doctrine. Si un chapitre spécial lui a été réservé, c'est pour pouvoir discuter les arguments des auteurs qui conduisent à la nier ou, au contraire, à l'approuver.

L'abstention fautive créatrice d'obligation d'agir est contestée à travers ce que doit être le rôle du juge. Pour certains auteurs, ce rôle doit se résumer à

l'application « mécanique » de la loi et non à la création de règles juridiques dont l'obligation d'agir ferait partie. Toutefois, il a été montré que définir ainsi le rôle du juge, c'est avoir une vision étriquée de sa fonction. L'ordre juridique étant souvent lacunaire, la création d'obligations d'agir jurisprudentielles par le biais de la faute abstention fait partie de cette fonction, même si elle revêt un caractère secondaire, voire exceptionnel, par rapport à l'application de la loi.

A cet égard, il faut rappeler qu'en appliquant la loi, le juge peut interpréter celle-ci sans créer quoi que ce soit, ou créer des normes sans que cette création ait le sens de création d'obligations d'agir au vrai sens du terme. Dès lors, il ne faut pas faire l'amalgame entre l'interprétation de la loi qui revient de droit au juge, c'est-à-dire qui relève de sa fonction normale d'application de la loi, et l'interprétation créatrice d'obligations d'agir dont l'abstention fautive est le moteur. Dans le premier cas, le juge précise, éclaircit la loi ou une obligation d'agir de source textuelle. Dans le second, sous couvert d'interprétation, le juge crée, à travers l'érection de l'abstention de la personne publique en faute, une obligation d'agir qui ne peut être considérée comme provenant de la loi.

D'autre part, il n'y a pas d'obstacle juridique à employer la notion de faute et pour le contentieux de l'annulation et pour celui de l'indemnité car, même s'il a été montré que la faute consécutive à l'abstention est plus qu'une illégalité, il faut admettre qu'elle est avant tout une illégalité. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ces deux contentieux n'ont pas été traités séparément. La faute résultant de l'abstention, qu'elle relève de l'un ou de l'autre contentieux, révèle en principe une obligation d'agir.

Néanmoins, l'abstention fautive ne coïncide pas toujours avec l'obligation d'agir. En effet, parfois elle révèle une obligation simple dans les cas où elle sanctionne une simple violation de la légalité. Cela ne veut pas dire que l'obligation d'agir ne relève pas de cette légalité. Elle en fait partie, mais il existe deux sortes de légalités dans ce domaine : une légalité liée à l'obligation d'agir elle-même et, une autre, qui concerne son exécution.

En dehors de cette exception, l'abstention fautive, qu'elle crée ou qu'elle sanctionne une obligation d'agir, permet l'identification de celle-ci. Dans cette identification, il a été rappelé que la nature de la faute ne compte pas ; la faute résultant de l'abstention, qu'elle soit qualifiée de simple ou de lourde, révèle indifféremment, en principe, une obligation d'agir des personnes publiques.

Toutefois, la délimitation de l'obligation d'agir montrera au moins une lacune de l'identification par l'abstention fautive. En effet, l'abstention d'exécuter une obligation contractuelle constitue une faute. Or la délimitation de l'obligation d'agir qui sera fondée notamment sur l'analyse des sources du droit montrera qu'il n'y a pas en la matière toujours obligation d'agir, car il existe une distinction entre celle-ci et l'obligation de faire. Comme le montreront les développements futurs, parmi les obligations contractuelles des personnes publiques, certaines seulement sont des obligations d'agir, les autres étant des obligations de faire ou des obligations simples.

Enfin, il y a une idée, qui est sous-jacente dans les analyses précédentes, à savoir que l'obligation d'agir a une source unilatérale. En effet, à travers l'abstention fautive, le juge administratif sanctionne soit une obligation d'agir qui a été mise à la charge des personnes publiques unilatéralement par la loi soit une obligation d'agir qu'il a lui-même créée. Par conséquent l'unilatéralité doit être prise en compte pour identifier l'obligation d'agir. La suite de cette étude le fera apparaître.

TITRE II :

LA DELIMITATION DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES

L'obligation d'agir des personnes publiques vient d'être identifiée dans le titre précédent. Mais souvent en droit, et plus particulièrement en droit administratif, l'identification pure et simple d'une notion n'est pas, à elle seule, suffisamment éclairante pour saisir toute sa dimension. Il en va ainsi des notions d'actes ou de contrats administratifs, de service public... Pour ces notions en effet, il faut au moins préciser en ce qui concerne leur identification ce qu'elles ne sont pas. Ainsi, le fait d'admettre qu'il existe des actes administratifs conduit automatiquement à penser que certains actes n'ont pas ce caractère ; et pour appréhender ces derniers, une définition *a contrario* n'est pas la plupart du temps suffisante. De plus, dans une démarche d'identification, on doit aussi chercher si une notion donnée regroupe des catégories ou pas.

Cette façon traditionnelle de définir les termes juridiques est *a fortiori* applicable à l'identification de l'obligation d'agir des personnes publiques. En effet, l'identification précédente ne peut pas permettre de juger, en présence d'une action obligatoire, si on a affaire à une obligation d'agir ou à une obligation de faire. Or ce sont deux notions différentes. Une délimitation de l'obligation d'agir par sa source permettra de le montrer. Néanmoins, une telle délimitation ne sera pas suffisante car elle ne permettra pas de déterminer les contours de l'obligation d'agir.

Il convient, par conséquent, de procéder à une délimitation par la source de l'obligation d'agir des personnes publiques (chapitre 1). A cette occasion, la démonstration sera faite du caractère exclusivement unilatéral de la source de l'obligation d'agir. Néanmoins, la source unilatérale n'engendre pas uniquement des obligations d'agir. Elle génère aussi des obligation d'une autre nature. En

outre, la notion d'obligation d'agir n'est pas uniforme dans la mesure où elle a des composantes. Ces considérations doivent conduire à une délimitation des contours de l'obligation d'agir (chapitre 2).

CHAPITRE 1 :
LA DELIMITATION PAR LA SOURCE DE L'OBLIGATION
D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES

L'identification de l'obligation d'agir par l'intermédiaire du contentieux a montré qu'en général, lorsqu'une abstention est considérée comme étant une faute, cela signifie que la personne publique doit agir. Autrement dit, il y a obligation d'agir. Cette identification ne permet donc pas de distinguer celle-ci de l'obligation de faire car la faute résultant de l'abstention sanctionne indifféremment les deux types d'obligations. C'est la raison pour laquelle le recours à la source ou à l'origine des obligations permettra de mieux délimiter l'obligation d'agir. Cette délimitation résultera de la distinction suivante : alors que l'obligation d'agir provient d'une source unilatérale, l'obligation de faire naît d'une source contractuelle.

Il est toutefois permis de se demander si cette dernière n'est pas arbitrairement exclue. La réponse paraît être négative. La raison en est entre autres que l'obligation d'agir correspond à des actions dont le caractère obligatoire provient de l'autorité de la loi, acte unilatéral. L'obligation de faire, quant à elle, coïncide avec des actes dont la portée est souvent limitée entre les parties à un contrat.

Il faut en outre noter que la source -unilatérale- de l'obligation d'agir possède diverses manifestations qu'il conviendra de saisir. En effet, les développements ultérieurs montreront que non seulement des règles nationales, mais aussi internationales peuvent être à l'origine d'obligation d'agir à la charge des personnes publiques

Il convient d'abord de montrer que l'obligation d'agir se distingue de l'obligation de faire (section 1), avant d'étudier les diverses sources unilatérales de l'obligation d'agir (section 2).

Section 1- La distinction entre obligation d'agir et obligation de faire

Il apparaît, *a priori*, discutable d'opposer l'obligation d'agir à l'obligation de faire car il s'agit, au fond, dans les deux cas, de faire un acte obligatoire. En outre, le terme obligation (*obligatio*) conserve, dans les deux cas, le même sens. L'obligation « est un lien de droit (c'est-à-dire qui n'est, ni matériel, ni purement moral) qui met le débiteur dans un certain état de dépendance vis à vis du créancier, mais dont le but est d'amener le débiteur à exécuter au profit du créancier une prestation déterminée qui le libérera »⁴⁵⁹. Elle comporte deux éléments qui sont le devoir ou la dette (la *Schuld*) d'un côté et l'engagement ou la responsabilité (la *Haftung*) de l'autre⁴⁶⁰. Comme l'écrit R. Monier, « au devoir s'ajoute l'engagement pour constituer l'obligation juridique, l'*obligatio* par excellence »⁴⁶¹. Ces analyses civilistes de l'obligation sont valables pour l'obligation d'agir des personnes publiques car celles-ci ne peuvent limiter leurs préoccupations au seul devoir, mais doivent s'attendre à des sanctions en cas de manquement à ce dernier.

Dès lors, la question se pose de savoir s'il est pertinent d'opposer l'obligation d'agir à l'obligation de faire, d'autant plus que R. Chapus montre que souvent le droit public et le droit privé emploient des expressions différentes pour désigner une même idée⁴⁶². Sans vouloir séparer droit public et droit privé, il semble que les notions qui nous préoccupent ne peuvent être utilisées indifféremment pour ces deux disciplines sans les dénaturer profondément.

⁴⁵⁹. R. MONIER, Cours de Pandectes (*Histoire de la notion d'obligation et la classification des obligations d'après leurs sources*), Paris, 1948-49, p. 10 ; voir J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », Etudes offertes à J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 431.

⁴⁶⁰. R. MONIER, Ibid., p. 10 & s. ; F.K. COMPARATO, « Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé », th. Paris, 1963, p. 17 ; N.M.K. GOMAA, « Théorie des sources de l'obligation », th. Paris, 1968, p. 251.

⁴⁶¹. R. MONIER, Ibid., p. 12.

⁴⁶². L'auteur a pris l'exemple de l'utilisation par le droit public de la notion de prérogative là où le droit privé emploie celle de droit. De même, dans le premier apparaît la notion de détournement de pouvoir là où le second recourt à celle d'abus de droit (« Responsabilité publique et responsabilité privée », th. précitée, p. 379 & s.

Il convient de montrer non seulement que des raisons notamment historiques et sémantiques militent en faveur de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire (§1) mais aussi que cette distinction repose sur un fondement solide (§2).

§1- Les raisons de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire

Il convient de distinguer l'obligation d'agir et l'obligation de faire car elles ont des sources différentes. Alors que l'obligation d'agir possède une source unilatérale, l'obligation de faire naît d'une source contractuelle. En outre, il est à noter que de cette distinction résultent des effets différents.

A- La distinction entre obligation d'agir et obligation de faire, conséquence de l'opposition entre sources unilatérale et contractuelle

Le contrat étant un accord de volonté⁴⁶³, il ne peut être source d'obligations d'agir. S'il y a des éléments communs entre les contrats privés et les contrats administratifs, l'accord de volontés occupe sans doute la première place. Selon Duguit, le contrat est « un accord de volonté » dans lequel « il naît une situation subjective de créancier et de débiteur, dont l'accord détermine

⁴⁶³. Le contrat a sans doute existé dans les faits chez les premiers hommes, les primitifs. Ceux-ci concluaient des contrats instantanés quand ils faisaient du troc, c'est-à-dire des échanges d'objets. Mais l'utilisation du concept de contrat par le droit n'est apparu que plus tard. Il semble, en effet, qu'il vient de Labéon qui vécut au début du 1^{er} siècle après J.-C. En effet, on rapporte qu'il a dit que certaines choses « sont contractées » pour désigner des opérations d'échanges qui généraient des obligations entre les individus tel « l'achat-vente » (Voir N. M. K. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », th. précitée, p. 53.).

La vision moderne qui définit le contrat comme un accord de deux ou plusieurs volontés vient de Théophile (5 et 6^{ème} siècles). Selon lui, le contrat est « l'accord et le consentement de deux ou plusieurs personnes sur une même chose, en vue de créer une obligation et de rendre une partie débitrice envers l'autre ». Avant lui, Sabinus (1^{er} siècle) avait déjà défini le contrat comme un accord de volontés, mais uniquement bilatérales, c'est-à-dire deux volontés (Voir N.M.K. GOMAA, Ibid., p. 56). D'après R. Monier, c'est à Pedius (2^{ème} siècle) « que paraît revenir l'honneur d'avoir découvert ce qui constitue la base et l'élément commun à tous les contrats : à savoir une convention, un accord de volonté » (R. MONIER, Cours de Pandectes (*Histoire de la notion d'obligation et la classification des obligations d'après leurs sources*), précitées, p. 49).

l'étendue et la portée »⁴⁶⁴. L'accord de volontés est bien préservé par le Code civil de 1804, et notamment par son article 1101 qui définit le contrat comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres... ». L'emploi du verbe pronominal « s'oblige » sous-entend une volonté ; une personne s'oblige par sa propre volonté (et non par une volonté étrangère), et le contrat n'est formé que si sa volonté rencontre une autre volonté qui, dès lors, s'accordent. Or, le terme traditionnellement employé pour désigner les obligations positives nées du cadre contractuel a été l'obligation de faire.

Le contrat étant défini comme un accord de volontés, l'opinion de Gaïus (2^{ème} siècle) selon laquelle les mécanismes de création d'obligations sans que les parties concernées les aient voulues doivent être exclus du domaine du contrat⁴⁶⁵, mérite approbation. Par conséquent, l'obligation d'agir supportée en principe par la personne publique sans qu'elle l'ait nécessairement voulue, ne peut provenir du contrat. Le cadre de création de ce type d'obligation est plutôt l'acte unilatéral.

L'acte unilatéral connaît aujourd'hui deux définitions comme le montre J.-A. Mazères dans ses cours précités. Ces définitions ont, au moins, un point commun : elles visent à distinguer l'acte unilatéral du contrat et, finalement à les opposer. Cette tentative prouve bien qu'il y a là deux sources différentes du droit et, partant, d'obligations.

Dans une perspective organique, l'acte unilatéral est l'acte qui émane d'un seul auteur. Il « se reconnaît à l'unicité de son auteur », alors que le contrat ou l'acte contractuel « naît de la rencontre ou de la conjonction de plusieurs volontés »⁴⁶⁶, c'est-à-dire qu'il a plusieurs auteurs⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴. DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 126.

⁴⁶⁵. Voir N.M.K. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », th. précitée, p. 56.

⁴⁶⁶. A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », t1, 2^{ème} éd. 1983, pp. 55 & 56.

⁴⁶⁷. *A priori*, la notion d'auteur paraît problématique : en effet qu'est-ce qu'un auteur ? Cette question est d'autant plus légitime que la loi qui est reconnue comme étant l'acte unilatéral par excellence est

Dans une perspective matérielle, l'unilatéralité est liée au fait que l'acte s'impose à son destinataire sans son consentement. Il est, au contraire, contractuel s'il règle « la conduite de sujets qui ont donné leur consentement »⁴⁶⁸. Certains auteurs paraissent mettre l'accent sur le critère de consentement. Ainsi, B. Seiller écrit que l'acte unilatéral « peut provoquer des modifications de l'ordonnement juridique en créant des droits ou en imposant des obligations » aux personnes « sans leur consentement »⁴⁶⁹. Dans les cas où ce dernier n'est pas requis, l'acte « n'est alors pas unilatéral mais contractuel, puisque issu de la rencontre de deux volontés »⁴⁷⁰. C'est le cas aussi de M. Hecquard-Théron pour qui la différence fondamentale entre acte unilatéral et contrat porte sur le consentement⁴⁷¹ du contenu de l'acte car si celui-ci est déterminant pour qu'il y ait contrat⁴⁷², en revanche, l'acte unilatéral existe sans ou malgré lui⁴⁷³.

faite en France par plusieurs personnes, autrement dit, par plusieurs auteurs ou, du moins, par le concours de plusieurs personnes. Pour résoudre ce problème, la doctrine recourt généralement à la notion de volonté. Un acte fait par plusieurs auteurs est néanmoins un acte unilatéral si les volontés de ses auteurs convergent vers un même but. En revanche, il est contractuel si les volontés sont divergentes.

⁴⁶⁸. A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t1, pp. 55 & 56.

⁴⁶⁹. B. SEILLER, « *Droit administratif : 2. L'action administrative* », Flammarion, Paris, 2001, p. 103.

⁴⁷⁰. B. SEILLER, *Ibid.*

⁴⁷¹. M. HECQUARD-THERON, « *Essai sur la notion de réglementation* », th. Toulouse, L.G.D.J., Paris, 1977, p. 248.

⁴⁷². Voir sur ce point, M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, « *Recherche sur la coopération entre personnes publiques* », th. Toulouse, 1979, p. 609 & s.

⁴⁷³. En effet, contrairement à l'obligation positive des contrats qui est en principe négociée et nécessairement consentie par son débiteur, celle de l'acte unilatéral existe, même en dehors de cette acceptation ou de ce consentement. Cela ne signifie pas que « toute situation créée avec l'acceptation de son destinataire » ou grâce à sa sollicitation est un contrat (A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t1, p. 57). Ainsi, les autorisations des universités d'inscrire les étudiants qui en ont fait la demande ne sont pas des contrats. Pourtant, ce sont des situations sollicitées et consenties par les intéressés. D'ailleurs, c'est parce qu'il n'y a pas contrat dans cette hypothèse qu'on peut dire que l'obligation des présidents d'universités d'accorder de telles autorisations a une origine unilatérale. En fait, l'obligation positive d'origine unilatérale étant mise à la charge de son débiteur de façon unilatérale, le refus de ce dernier ou son consentement importe peu. Une obligation positive d'origine unilatérale qui doit être acceptée n'en est, en réalité, pas une pour la simple raison qu'un consentement sous-entend qu'un refus est possible ; ce qui est inconcevable en la matière, sous peine de transformer ce qui était une obligation en faculté.

Contre cette évidence, il peut être objecté qu'une obligation positive des contrats est obligation alors même que la notion de consentement y est présente. Mais il faut voir que c'est un consentement de toute autre nature. En effet, dans un contrat, il y a au moins deux consentements d'obligations. Dans

Il faut toutefois noter qu'aucune de ces définitions ne peut, à elle seule, expliquer toutes les situations. Ainsi, si on se base sur le consentement pour établir le caractère unilatéral ou contractuel d'un acte, on serait conduit à considérer « la situation juridique du fonctionnaire » comme étant contractuelle dans la mesure où il l'a acceptée. Or, il est connu que cela n'est pas le cas puisque sa situation est légale et réglementaire⁴⁷⁴. Par contre, en se basant sur l'unicité de l'auteur, il est aisé de comprendre pourquoi sa situation est

un contrat de vente par exemple, le vendeur accepte une obligation de livrer la chose et l'acheteur celle de payer. Par conséquent, une obligation positive des contrats cache presque toujours une autre. L'une ne va pas sans l'autre. La preuve, c'est que le refus de l'une fait tomber l'autre, l'extinction de l'une « emporte extinction de l'autre » (R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général-Effets des obligations* », t6, 1931, p. 139).

Car, le principe qui règne en la matière est celui de la réciprocité : une partie à un contrat peut ne pas exécuter l'obligation qui lui incombe si son cocontractant n'a pas respecté ses engagements. Or, un tel système, même s'il est connu du droit public dans le domaine particulier des engagements internationaux (Voir art. 55 de la Constitution de 1958), est sans effet pour l'obligation positive de source unilatérale. Celle-ci, une fois instituée, doit être exécutée sauf si un texte vient y déroger, ou si le juge vient la tempérer. Elle reste indifférente au consentement ou au refus de son débiteur. Dès qu'elle existe valablement, elle doit être en principe exécutée sans autre condition. En outre, l'obligation de faire des contrats privés se traduit pour son débiteur « par une charge particulière, figurant au passif de son patrimoine ». Il convient de citer à nouveau l'exemple du vendeur qui doit livrer une chose qui en principe, lui appartient, à l'acheteur. Or, une telle définition ne saurait s'appliquer à toutes les obligations d'agir. Il est vrai que certaines de ces dernières se traduisent par un appauvrissement du patrimoine administratif. Il en va ainsi de l'obligation de verser les traitements des fonctionnaires après des services faits, ou de celle de l'organisation d'un service public obligatoire, etc. Mais d'autres n'ont pas cet effet. Ainsi, on ne peut pas dire que l'obligation de prendre un texte d'application d'une loi ou celle d'abroger un acte administratif illégal sur demande d'un administré se traduisent par un appauvrissement, au vrai sens du terme, du patrimoine administratif. Ce sont là des obligations qui ne coûtent, en principe, aux agents concernés que le seul effort physique et intellectuel de les exécuter. Les obligations positives d'origine unilatérale se révèlent donc plus stables que celles nées des contrats privés.

⁴⁷⁴. On pourrait penser qu'il en est ainsi parce que le fonctionnaire n'a pas consenti à l'élaboration et à l'édiction de son statut. Certains auteurs, notamment S. Théron, paraissent soutenir ce point de vue. Selon cette dernière, lorsque l'administré « doit donner son consentement, l'acte est déjà pris, il a été élaboré par l'administration ; la volonté du particulier n'influence pas le contenu de l'acte, elle se produit seulement au moment de son application » (S. THERON, « *La notion de condition, contribution à l'étude de l'acte administratif* », th. précitée, p. 297).

Cette analyse paraît critiquable car, pour déterminer la nature du statut du fonctionnaire, ce n'est pas tant le consentement à l'édiction de ce statut que le consentement à son application qui importe. Si le fonctionnaire avait participé à l'élaboration du statut mais que celui-ci ne lui était pas applicable sans son consentement, la situation ne nous paraîtrait pas pour autant unilatérale et réglementaire. Au contraire, si le fonctionnaire n'avait pas contribué à la création de son statut, mais avait consenti à son application, il serait néanmoins dans une situation contractuelle.

Par conséquent, la distinction entre consentement à l'édiction et consentement à l'application pour déterminer le caractère unilatéral ou contractuel semble fallacieuse car c'est le consentement à l'application qui se révèle déterminant. En effet, c'est ce dernier qui engage l'administré. L'édiction d'un statut qu'il a consenti, ne l'intéresse guère si, par ailleurs, il ne lui est pas appliqué.

réglementaire. En effet, son statut est, en principe, le fruit d'actes d'auteurs disposant de volontés convergentes, à savoir les organes de l'Etat⁴⁷⁵.

A l'inverse, en s'en tenant au critère de l'unicité, on serait amené à requalifier le contrat d'adhésion en acte unilatéral car son « contenu n'est pas élaboré à la suite d'une libre et réelle discussion des parties mais est établi à l'avance unilatéralement par l'une des deux »⁴⁷⁶. L'autre partie « se soumet volontairement à un droit objectif préexistant »⁴⁷⁷. Or, en l'occurrence, le critère de consentement est apte à expliquer la qualification de contrat en ce sens que l'adhérent a le choix de conclure ou non.

Par conséquent, une valeur explicative de la source unilatérale est accordée aux deux définitions précédentes, même si elles ne sont pas toujours valables en même temps. En clair, l'obligation d'agir aura une source unilatérale, soit parce qu'elle aura été élaborée par un auteur unique, soit parce qu'elle aura la vertu de pouvoir s'imposer aux personnes sans leurs

⁴⁷⁵. Par rapport à la situation du fonctionnaire, Duguit défend une position tout à fait originale, mais non exempte de toute critique. Pour lui en effet, cette situation n'est ni unilatérale, ni contractuelle ; elle n'est pas unilatérale parce qu' « il y a dans la nomination du fonctionnaire (...) deux actes de volonté » (DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 125). Elle n'est pas contractuelle parce qu' « aucun des éléments du contrat n'existe dans la nomination (...) Il n'intervient aucun accord entre le gouvernant qui nomme et le fonctionnaire qui est nommée » (Ibid., p. 126). Elle relève « des actes-conditions », c'est-à-dire des actes qui conditionnent « l'application de certaines dispositions du droit objectif » (DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », t1, 3^{ème} éd. 1927, p. 328, v. aussi p. 122).

En réalité, la situation du fonctionnaire est hybride car elle emporte deux aspects contradictoires : il y a un aspect unilatéral car son statut est élaboré sans son accord. Il existe aussi un aspect contractuel dû au fait qu'il a consenti. Or, il ne faut pas oublier que le Code civil, dans son article 1108, fait du consentement un élément important du contrat.

Néanmoins, l'analyse de Duguit a le mérite de montrer la limite de la distinction binaire entre acte unilatéral et contrat. En effet, aussi bien la situation du fonctionnaire que la reconnaissance d'un enfant naturel ou le mariage que cet auteur a cités (DUGUIT, Ibid., p. 328) dans la catégorie d'actes-conditions sont des situations qui ne sont ni entièrement unilatérales, ni entièrement contractuelles. Pourtant, la notion d'acte-condition n'a pas été mise en œuvre dans le droit positif. La division qui subsiste encore est celle entre acte unilatéral et contrat. La conséquence est que toutes les obligations positives qui apparaissent mixtes sont liées par application soit du critère de l'unicité de l'auteur, soit de celui du consentement, à l'acte unilatéral ou au contrat.

⁴⁷⁶. A. de LAUBADERE F. MODERNE et P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », op.cit., t1, p. 67.

⁴⁷⁷. DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t1, p. 371.

consentements⁴⁷⁸. Néanmoins, cette deuxième définition nous paraît plus adéquate que la première car un acte unilatéral qui n'a pas d'effets obligatoires à l'égard de ses destinataires -à cet égard, il faut remarquer que l'auteur de l'acte peut être lui aussi destinataire, en ce sens qu'il est souvent lié par ses propres actes- ne peut être source d'obligations d'agir. Pour traduire l'origine unilatérale de l'obligation d'agir, l'expression « extériorité de l'obligation ou de sa source » sera souvent utilisée dans des situations où celle d'unilatéralité paraîtra inadaptée. Ce sera le cas par exemple lorsque l'obligation d'agir proviendra de la jurisprudence.

Il convient de noter que cette opposition marquée, issue du droit positif, entre acte unilatéral et contrat aboutit à la délimitation suivante. Seul l'acte unilatéral génère des obligations d'agir, les obligations positives créées par le contrat étant des obligations de faire. Eisenmann⁴⁷⁹ semble être le précurseur de cette dichotomie. Selon lui, tandis que l'obligation d'agir a pour origine un acte unilatéral qui est en principe la loi, l'obligation de faire provient d'un acte multilatéral qui est le contrat. Par conséquent, l'origine de la distinction entre ces deux obligations repose sur la nature de leurs sources qui est différente dans les deux cas. En effet, l'obligation de faire a pour source un contrat fait par des personnes directement ou indirectement concernées par elle⁴⁸⁰. En revanche, l'obligation d'agir a une source unilatérale ; elle peut être considérée comme provenant de l'extérieur car c'est la Constitution ou la loi qui l'imposent.

⁴⁷⁸. Pour distinguer l'acte unilatéral du contrat, B. SEILLER met l'accent sur un troisième critère : la notion de destinataire (« *Droit administratif* », op. cit., vol.2, p. 104). D'après lui, un acte qui concerne d'un côté des auteurs et de l'autre des destinataires est unilatéral. En revanche, un acte qui ne connaît que des auteurs est contractuel. En réalité, pour définir l'acte unilatéral, ce n'est pas tant la situation du destinataire de l'acte que son consentement qui importe. La seule situation du destinataire ne suffit pas parce qu'il y a des cas dans lesquels le consentement de ce dernier ne compte pas pour la naissance de l'acte et d'autres dans lesquels le consentement y joue un rôle primordial. Dans cette dernière hypothèse, même s'il y a un auteur et un destinataire, l'acte n'est pas, contrairement à ce que soutient B. Seiller, unilatéral mais contractuel. Tel est le cas des contrats d'adhésion.

⁴⁷⁹. Voir EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 201 & s.

⁴⁸⁰. Voir KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 344 & s.

Kelsen souligne qu'en fait la loi ne se distingue pas vraiment du contrat⁴⁸¹. Par conséquent il est inutile de distinguer et opposer les obligations positives qu'ils génèrent. Cette position est la conséquence de son normativisme. En effet, du moment que l'ordre juridique est un système, une superposition de normes, la fonction du législateur est assimilable à celle des parties à un contrat dans la mesure où dans les deux cas il y a création de normes⁴⁸² et, partant, d'obligations.

Toutefois, il ne faudrait pas perdre de vue que ces deux sources du droit sont de nature très différente et les obligations qu'elles mettent en place n'ont pas la même portée. Montané de la Roque n'a-t-il pas écrit dès les premières pages de sa thèse que « la notion(...)d'obligation de faire(...)va se révéler incapable de rendre compte de toutes les obligations d'exécuter susceptibles d'être mises à la charge des pouvoirs publics »⁴⁸³ ? Dans ce même esprit, l'obligation de faire et l'obligation d'agir doivent être séparées. Par conséquent, toutes les obligations positives ne sont pas des obligations d'agir. Seule la source unilatérale est susceptible de faire naître des obligations d'agir. Les obligations positives provenant du contrat sont des obligations de faire. Cette délimitation apparaît délicate à mettre en œuvre dans les contrats administratifs car, étant dans le domaine contractuel, l'obligation d'agir semble *a priori* exclue.

En effet, A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé montrent que pour que les contrats administratifs soient source d'obligations juridiques, autrement dit, pour qu'ils soient des vrais contrats, il faut, comme leurs homologues de droit privé, qu'ils contiennent « des engagements fermes des parties »⁴⁸⁴. Ils écrivent clairement que « le problème de principe qui devait être examiné (...)

⁴⁸¹. KELSEN, Ibid., p. 197 à 200 et p. 203 & s. ; voir aussi BONNARD, « *Les droits subjectifs des administrés* », R.D.P. 1932, pp. 697, 711 & s.

⁴⁸². KELSEN, Ibid.

⁴⁸³. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 37.

⁴⁸⁴. A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t1, p. 35.

était seulement celui de savoir si, en droit administratif, le contrat peut échapper à l'exigence de la présence d'engagements fermes »⁴⁸⁵ ; ils donnent une réponse négative à ce questionnement⁴⁸⁶.

Ce point de vue qu'il faudrait partager dans la mesure où il ne dénature pas la définition du contrat en général, et du contrat administratif en particulier, ne conduit-il pas à déduire que ce dernier est porteur uniquement d'obligations de faire, et en aucun cas d'obligations d'agir ? En d'autres termes, comment est-il possible de séparer les obligations positives contenues dans les contrats administratifs alors qu'elles sont le fruit d'engagements identiques ? En réalité, il convient de dévoiler que certaines de ces obligations ont certes une source contractuelle, mais que d'autres dont l'obligation d'agir ont une origine unilatérale.

L'obligation d'agir en matière de contrat administratif se situe nécessairement en dehors de celui-ci ou dans son voisinage. Elle provient parfois du contrat, mais alors elle n'est pas négociée. Ainsi, dans certaines procédures de passation de marchés comme l'adjudication, c'est la personne publique qui fixe le prix. Par conséquent, même si le marché est conclu sur la base de ce prix, la personne publique aura l'obligation de le payer, mais il ne peut pas être soutenu qu'il s'agit là d'une obligation positive d'origine contractuelle au vrai sens du terme car ce prix n'a pas fait l'objet de négociation entre les parties. Il s'agit d'une obligation d'agir. Celle-ci apparaît sur un aspect du contrat qui n'est pas régi par une source contractuelle, mais par une source unilatérale.

Les obligations d'agir, qu'elles viennent de l'extérieur du contrat administratif, de son voisinage ou, de façon factice, du contrat, peuvent avoir des conséquences sur le contrat lui-même. Il convient de supposer l'existence d'un fait de prince, c'est-à-dire une mesure prise par une administration, partie

⁴⁸⁵. A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *Ibid.*, p.39.

⁴⁸⁶. A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *Ibid.*

ou non au contrat, et ayant pour effet d'alourdir les charges du cocontractant⁴⁸⁷. Entrent dans ce cadre les mesures de police dont l'édiction est obligatoire et qui imposent par exemple de nouvelles mesures de sécurité (signalisation, dimension des mailles des clôtures...) dans les chantiers. De telles mesures ont pour corollaire d'accroître les charges des cocontractants en matière des travaux publics et d'obliger les personnes publiques à les indemniser. Malgré le fait que ces mesures -de police et d'indemnisation- concernent le contrat, elles sont des obligations d'agir.

Mais cela ne doit pas faire oublier qu'il est possible d'opérer, au sein des contrats, la distinction entre ces dernières et les obligations positives d'origine essentiellement contractuelle qui sont qualifiées d'obligations de faire pour la même raison qu'elles proviennent exclusivement du contrat. Par conséquent, la distinction est possible en s'en tenant à la nature des sources. A cet égard, il convient de se référer aux contrats de délégation de service public et aux contrats de recrutement d'agents publics.

Comme leur nom l'indique, les contrats de délégation de service public sont des contrats par lesquels les personnes publiques délèguent, c'est-à-dire confient la gestion des services publics à des personnes privées généralement. La majorité des clauses de ces types de contrats administratifs ont une nature réglementaire, autrement dit, unilatérale. Elles génèrent par conséquent des obligations d'agir. Il s'agit essentiellement des clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service⁴⁸⁸, qu'elles figurent dans un cahier des charges ou dans le contrat lui-même, et celles portant sur la durée du contrat. L. Richer fait, à juste titre, observer que celle-ci doit être fixée par la personne publique elle-même⁴⁸⁹. Cela révèle bien son caractère unilatéral. Les négociations

⁴⁸⁷. M. LOMBARD et G. DUMONT, « *Droit administratif* », 5^{ème} éd. 2003, p. 238 ; voir aussi C. DEBBASCH et F. COLIN, « *Droit administratif* », Economica, 7^{ème} éd. 2004, p. 491 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, « *Droit administratif* », Armand Colin, 9^{ème} éd. 2004, p. 436.

⁴⁸⁸. C.E., 5 mars 1943, « *Compagnie générale des eaux* », D. 1944, p. 121, 1986, « *C.L.T.* », R.D.P. 1986, p. 857, concl. Dutheillet de Lamothe.

⁴⁸⁹. L. RICHER, « *Droit des contrats administratifs* », L.D.G.J., 4^{ème} éd. 2004, p. 527, n° 816.

contractuelles sur ce point sont très limitées, voire inexistantes. Il y a donc dans la fixation de la durée une obligation d'agir dans la mesure où, c'est une obligation d'origine extracontractuelle qui est, du reste, très encadrée⁴⁹⁰.

N'ont une nature purement contractuelle et créent en conséquence des obligations de faire que les clauses « établies dans l'intérêt principal du délégataire ou du délégant »⁴⁹¹. C'est le cas par exemple de la clause d'exclusivité des contrats de concession et tous les avantages financiers, excepté la fixation des tarifs qui garde un caractère réglementaire⁴⁹² et, partant, unilatéral. Ce qui semble expliquer cette exception est le fait que le budget des services concernés doit être équilibré. Car, l'article L. 2224-1 du Code général des collectivités territoriales en disposant que « les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés par les communes, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses » impose soit à la collectivité publique dans le cas de la régie, soit aux parties dans les autres cas de fixer un tarif qui tient compte de cet équilibre.

De même, s'agissant des contrats de recrutement d'agents publics, la répartition entre source unilatérale et source contractuelle à laquelle correspondent respectivement des obligations d'agir et des obligations de faire trouve à s'appliquer, même si l'aspect contractuel est, dans la pratique, souvent inexistant⁴⁹³. C'est pourquoi il semble que L. Richer soit fondé à écrire que ces

⁴⁹⁰. L. Richer montre par exemple que dans « les secteurs de l'eau, de l'assainissement et des déchets », la durée ne peut excéder 20 ans en vertu de l'article 75 de la loi du 2 février 1995 et que, s'il s'agit d'une concession, la détermination de la durée doit tenir compte « de la nature et du montant de l'investissement à réaliser » (L. RICHER, *Ibid.*, p. 527, n° 816). La durée de la concession relative au Grand Stade de France a par exemple été fixée à 30 ans par l'article 1^{er} de son cahier des charges.

⁴⁹¹. L. RICHER, *Ibid.*, p. 532, n° 833.

⁴⁹². C. Cass. Civ., 25 juin 1924, S. 1924, I, p. 384.

⁴⁹³. Il est des hypothèses dans lesquelles il faut se demander si les contrats de recrutement ne sont pas, en réalité, de véritables contrats d'adhésion, c'est-à-dire des contrats dont « le contenu des obligations à la charge des parties est élaboré unilatéralement par l'une d'elles » (D. DURR, « *Les contrats à clauses obligatoires* », L.P.A., 21 juillet 1989, n° 87, p. 14). En effet, dans certains cas, tous les aspects du contrat sont unilatéralement déterminés par les textes légaux ou réglementaires. C'était le cas par exemple hier du personnel de l'Office universitaire et culturel français pour l'Algérie (Voir concl. Genevois sur C.E., 25 mai 1979, « *Mme Rabut* », Rec., p. 236) ; c'est le cas aujourd'hui des agents contractuels de l'A.N.P.E (Décret n° 90-543 du 29 juin 1990). Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que les contrats d'adhésion demeurent des contrats pour la simple raison que l'adhérent a

genres de contrats ont « tout de l'acte-condition par lequel un statut préétabli est rendu applicable à un individu sans que ce statut s'incorpore à l'acte qui le rend applicable »⁴⁹⁴. Cet auteur admet bien l'existence des contrats de recrutement, mais montre qu'ils tiennent une place tout à fait résiduelle dans la situation de l'agent contractuel qui est largement dans une situation légale et réglementaire. Cela signifie que la personne publique qui recrute est aussi dans une situation légale et réglementaire. Par conséquent, les obligations positives qui s'imposent à elle en vertu de cette situation sont en principe des obligations d'agir.

Les contrats de recrutement ne font apparaître des obligations de faire, provenant essentiellement des contrats eux-mêmes, que dans les éléments pour lesquels les textes ont gardé le silence ou ont laissé plus ou moins de liberté aux parties. Il s'agit essentiellement de la durée⁴⁹⁵ et de la rémunération⁴⁹⁶. Ces deux aspects sont même parfois, sinon fixés, du moins limités unilatéralement par des textes⁴⁹⁷.

Aussi les clauses des contrats administratifs présentent-elles en général une double nature -unilatérale et contractuelle- dans une proportion, il est vrai, variable selon les types de contrats. Cette dichotomie, fruit du droit positif, est à l'origine de la distinction entre obligations d'agir et obligations de faire. Les premières proviennent de clauses réglementaires et, plus généralement, de sources unilatérales ou « extérieures ». Elles sont des obligations positives qui s'appliquent aux contrats et donc, éventuellement, aux personnes publiques sans

consenti. C'est ce que fait l'agent qui se soumet par contrat à une situation légale et réglementaire. Pour paraphraser les auteurs du « *Traité des contrats administratifs* », ces derniers peuvent apparaître plus ou moins inégalitaires notamment dans la répartition entre les obligations d'agir d'origine unilatérale et les obligations de faire d'origine purement contractuelle mais des contrats inégalitaires ne sont pas des actes unilatéraux (A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t1, p. 71).

⁴⁹⁴. L. RICHER, « *Droit des contrats administratifs* », op. cit., p. 617, n° 942.

⁴⁹⁵. C.E., 30 septembre 1955, « *Vilmain* », Rec., p. 458 ; 27 novembre 1957, « *Laurencin* », A.J.D.A. 1957, p. 491, concl. Long.

⁴⁹⁶. C.E., 22 juillet 1938, « *Verchère* », Rec., p. 709 ; R.D.P. 1938, p. 822, concl. Latournerie.

⁴⁹⁷. Voir par exemple les dispositions du décret du 24 octobre 1985 sur les rémunérations.

leur consentement ou, plutôt, sans que celui-ci soit déterminant. Les obligations de faire résultent de clauses contractuelles.

En droit, ce n'est pas la seule distinction fondée sur la différence de sources. La dichotomie entre loi et contrat repose sur le même critère. Pourtant, dans les deux cas, il s'agit de poser une norme.

D'autres distinctions sont faites et admises alors même qu'elles sont basées sur des critères moins importants que ceux retenus dans cette étude.

Il en va ainsi de la distinction entre loi ordinaire et loi organique qui -en dehors du fait que la seconde est considérée comme complétant la Constitution, ce qui n'est pas le cas de la première- repose sur une différence de procédure. Alors que la loi ordinaire est adoptée selon la procédure habituelle de l'article 45 de la Constitution, la loi organique est votée selon une procédure spéciale. Notamment, le projet ou la proposition de loi organique « n'est soumis à la délibération...de la première assemblée saisie qu'à l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt »⁴⁹⁸, un délai qui ne s'applique pas au projet ou à la proposition de loi ordinaire. En outre, la loi organique doit avant sa promulgation être soumise au Conseil constitutionnel pour un contrôle de « conformité à la Constitution »⁴⁹⁹, ce qui n'est pas le cas de la loi ordinaire qui peut échapper à un tel contrôle.

Il convient de noter que la distinction entre loi ordinaire et organique est opérée alors même qu'elles sont toutes deux des normes générales et impersonnelles possédant, qui plus est, la même valeur juridique selon B. Mathieu et M. Verpeau⁵⁰⁰.

Il en va également de la distinction au sujet des jugements entre effet relatif et effet absolu. Cette nuance est généralement admise, pourtant elle ne porte que sur l'étendue des effets. Un jugement est considéré comme comportant

⁴⁹⁸. Art. 46 al. 2 de la Constitution.

⁴⁹⁹. Art. 46 al. 5 de la Constitution.

⁵⁰⁰. B.MATHIEU et M. VERPEAU, « *Droit constitutionnel* », Puf, Paris, 1^{ère} éd. 2004, p. 496, n° 284 & p. 710, n° 403.

un effet relatif s'il se limite aux parties en litige. Il est absolu s'il a un effet sur l'ensemble de la société.

De ces quelques exemples, à première vue éloignés de l'obligation d'agir et de l'obligation de faire, peut être déduit un enseignement déterminant pour la présente démonstration. En effet, ils attestent du fait que les distinctions en droit ne portent pas forcément sur le contenu des notions. C'est l'une des raisons pour lesquelles la distinction entre l'obligation d'agir et l'obligation de faire, distinction fondée sur la différence des sources, a pu être envisagée. Cette distinction, claire dans son principe, emporte certains effets.

B- Les effets de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire

Les effets de la distinction entre l'obligation d'agir et l'obligation de faire ne sont pas les mêmes selon que cette dernière relève des contrats de droit privé ou des contrats administratifs. C'est la raison pour laquelle il convient de les aborder séparément.

1-Les effets de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire des contrats de droit privé

La distinction entre l'obligation d'agir et l'obligation de faire des contrats privés est confortée par la présence d'un régime différent de sanctions de ces obligations.

En droit privé, le régime de responsabilité en cas de manquement à une même obligation de faire n'est pas le même selon qu'il s'agit d'une obligation de résultat ou de moyen. Cette dernière distinction repose sur l'objet de l'obligation. Une obligation de faire est dite obligation de résultat quand elle a pour objet ou vise un résultat comme c'est le cas de l'obligation du vendeur de

livrer ou « celle de garantir la chose qu'il vend »⁵⁰¹. Il en est ainsi parce qu'on estime que « la diligence du débiteur l'obtiendra ; dans le cas contraire, elle a pour objet la diligence elle-même »⁵⁰², et dans ce cas, elle est qualifiée d'obligation de moyen.

Au fond, la distinction repose sur le critère « de l'aléas, plus ou moins grand, qui affecte la poursuite du but fixé par le contrat : s'il est faible, l'obligation est de résultat, s'il est grand elle est de moyen »⁵⁰³. L'exemple type est l'obligation du médecin de soigner ses patients⁵⁰⁴ ; c'est une obligation de moyen parce que l'objet de l'obligation est de prodiguer des soins consciencieux selon les règles de l'art et du progrès de la science (moyen), mais non de guérir (résultat). Relève de la même catégorie, l'obligation de surveillance des parents sur leurs enfants mineurs⁵⁰⁵.

Le manquement en droit privé à une obligation de résultat est sanctionné par une responsabilité sans faute, et le manquement à une obligation de moyen par une responsabilité pour faute. Celle-ci s'explique par le fait que le créancier doit apporter la preuve d'une faute pour pouvoir engager la responsabilité du débiteur. Dans le cas précédent, la responsabilité de ce dernier est une responsabilité sans faute parce qu'elle « est reconnue avec une certaine automaticité, dès l'instant qu'il ne peut se libérer en prouvant »⁵⁰⁶ un cas de force majeure.

Or, comme le fait remarquer D. Dorlencourt-Détragiache⁵⁰⁷, les obligations d'agir ne connaissent pas la différence de sanctions, partagées entre le régime de responsabilité pour faute et celui de responsabilité sans faute

⁵⁰¹. Art. 1603 du Code civil.

⁵⁰². A. TUNC, « *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence* », J.C.P. 1945, n° 449, 6^{ème}.

⁵⁰³. J. HUET, « *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée* », art. précité, p. 436.

⁵⁰⁴. C. Cass. Civ., 20 mai 1936 ; D. 1936, I, p. 80, concl. Matter.

⁵⁰⁵. Art. 1384, al. 4 du Code civil.

⁵⁰⁶. D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, « *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français* », th. Paris II, 1972, p. 897.

⁵⁰⁷. D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, *Ibid.*, p. 894 & s.

puisque toutes n'engagent la responsabilité de l'administration que sur le terrain de la faute. La responsabilité sans faute existe en droit administratif, mais elle vise à sanctionner l'administration en dehors de toute hypothèse d'obligation d'agir.

Certes, dans l'arrêt « Couitéas »⁵⁰⁸ précité, il y avait au départ une obligation d'agir qui était celle d'exécuter une décision de justice. Mais le juge avait en quelque sorte estimé que, compte tenu du risque de troubles graves pour l'ordre public que cette exécution pouvait générer, l'obligation d'agir avait cessé d'exister. C'est la raison pour laquelle la responsabilité sans faute de l'Etat avait pu être engagée. Celle-ci est en fait une mesure d'équité et de facilité pour la victime qui lui permet d'obtenir automatiquement réparation, à condition que le dommage soit anormal, c'est-à-dire qu'il atteigne un certain seuil de gravité, et spécial, c'est dire qu'il ne touche qu'un cercle restreint de personnes. En plus, la méconnaissance d'une obligation d'agir à travers un refus d'agir peut entraîner l'annulation de ce refus, sanction inconnue dans les cas de refus d'exécution d'obligations de faire de contrats de droit privé.

Aussi, D. Dorlencourt-Détragiache est-elle logiquement conduite à conclure qu'il « n'y a pas d'obligation de faire au sens du droit privé à la charge de l'Administration »⁵⁰⁹. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que l'inexécution de l'obligation d'agir comme celle de l'obligation de faire en principe ne peuvent se terminer par une exécution forcée. L'inexécution se traduit habituellement dans les deux cas par le paiement de dommages et intérêts⁵¹⁰. Mais même sur ce dernier aspect apparaissent deux différences. D'une part, comme le souligne Montané de la Roque, en droit public, l'allocation de dommages et intérêts n'est pas automatique, contrairement à ce

⁵⁰⁸. C.E., 30 novembre 1923, « Couitéas », Rec., p. 789.

⁵⁰⁹. D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, « Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français », th. précitée, p. 906.

⁵¹⁰. Voir la loi sur les astreintes pour l'administration, et l'article 1142 pour le Code civil.

qui se passe en droit privé⁵¹¹ où le créancier d'une obligation de faire peut souvent engager la responsabilité pécuniaire de son débiteur dès que « le préjudice dont il se plaint coïncide avec l'inexécution »⁵¹² de l'obligation de faire. D'autre part, le Code civil admet « la possibilité pour le juge des référés d'ordonner l'exécution en nature d'une obligation de faire »⁵¹³ ; or cette possibilité n'existe pas pour l'obligation d'agir de droit administratif.

Même dans les contrats administratifs, l'obligation d'agir et l'obligation de faire ont parfois des effets différents.

2-Les effets de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire des contrats administratifs

Les effets de la distinction entre l'obligation d'agir et l'obligation de faire des contrats administratifs se manifestent en cas de contestation des obligations en cause⁵¹⁴.

⁵¹¹. P. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 332.

⁵¹². L. JOSSERAND, « *L'essor moderne du concept contractuel* », op. cit., p. 345.

⁵¹³. Voir notes sous l'article 1142 du Code civil, Litec, 1990.

⁵¹⁴. Toutefois, il ne faudrait pas perdre de vue qu'un changement de la réglementation emporte également des effets différents selon qu'il s'agit d'une obligation d'agir ou de faire. Les dispositions réglementaires du contrat y compris celles comportant des obligations d'agir sont, de plein droit, modifiées grâce à un simple changement de la réglementation, contrairement aux clauses contractuelles génératrices d'obligations de faire qui ne peuvent, en principe, être modifiées que par les parties (Voir P. RAIMBAULT, « *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français* », th. Toulouse, 2002, p. 73). Les auteurs du « *Traité des contrats administratifs* » sont à cet égard très explicites. En effet, selon eux, « alors que les dispositions contractuelles...ne peuvent être affectées par l'intervention des dispositions générales nouvelles que dans le cas où ces dernières sont d'ordre public et doivent être respectées sous peine de mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'administration..., les dispositions de caractère statutaire sont automatiquement modifiées lorsque les règlements qui les avaient établies subissent des changements sans que les intéressés puissent faire valoir de droits quelconques à indemnisation » (A. de LAUBADERE, F. MOERME et P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t1, p. 77 ; voir aussi Ibid., p. 42).

La conséquence immédiate de la différence de traitement des dispositions en cause est la suivante : l'obligation d'agir provenant de dispositions réglementaires ou unilatérales et l'obligation de faire de clauses contractuelles, les parties ont vis à vis de cette dernière une liberté qu'elles n'ont pas vis à vis de la première. C'est la raison pour laquelle P. Raimbault écrit que eu égard à « la règle de l'application immédiate des nouvelles réglementations, les situations contractuelles semblent (...) bénéficier d'une meilleure protection que celles issues d'un acte unilatéral » (P. RAIMBAULT, « *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français* », th. précitée, p. 74).

En effet, les dispositions de caractère unilatéral, les seules à pouvoir générer des obligations d'agir, et les clauses contractuelles, les seules à engendrer des obligations de faire, ne font pas en principe l'objet d'un même recours. Les premières ne peuvent être contestées que par le biais du recours en annulation ou pour excès de pouvoir devant le juge de l'excès de pouvoir, les secondes que par le biais du recours en indemnité ou de plein contentieux⁵¹⁵ devant le juge administratif des contrats⁵¹⁶. En outre, tandis que les premières peuvent être contestées aussi bien par les parties que par les tiers, les secondes ne peuvent en principe l'être par ces derniers⁵¹⁷ en raison de leur « caractère bilatéral »⁵¹⁸.

R. Chapus pense «qu'il n'y a pas d'explication juridique (...) à l'état du droit jurisprudentiel »⁵¹⁹ qui considère que le contrat, ou plus exactement les clauses contractuelles de ce dernier par opposition aux dispositions de caractère unilatéral ou « extérieur », ne peut, de manière générale, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Or une explication au moins est possible. Elle réside dans le fait qu'en règle générale la jurisprudence admet le recours pour excès de pouvoir contre les mesures extracontractuelles et le recours de plein contentieux contre le contrat lui-même. Cela signifie que c'est l'origine des actes en cause qui semble déterminer le juge ; tandis que le contrat résulte en principe de la volonté des parties, les actes extracontractuels existent en dehors de cette volonté ou sans leur accord ou consentement. C'est pourquoi le recours pour excès de pouvoir, plus largement ouvert que le recours de plein

⁵¹⁵. J.-A. MAZERES, « *La responsabilité de la puissance publique du fait des services d'intervention économique* », art. précité, p. 43. Le juge administratif refuse par une jurisprudence constante (ex : C.E., 20 février 1868, « *Goguelot* », Rec., p. 198 ; C.E., 17 octobre 1986, « *Cne de Mareuil-sur-Arnon* », R.D.P. 1987, p. 1118 ; C.E., 29 juin 1990, « *Centre hospitalier de Moutiers* », R.D.P. 1992, p. 1568 ; D.A. 1991, n° 460) d'annuler des mesures de nature contractuelle.

⁵¹⁶. Cette distinction ressort implicitement de l'arrêt : C.E. ass., 8 janvier 1988, « *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg* » dit « *Affaire du Synchrotron* », M. MONIN, « *Arrêts fondamentaux du droit administratif* », Ellipses, 1995, p. 452 & S.

⁵¹⁷. Concl. Combarrous sur C.E., 24 avril 1964, « *Société L.I.C.* », A.J.D.A. 1964, p. 310.

⁵¹⁸. Genevois, concl. sur C.E., 25 mai 1979, « *Mme Rabut* », Rec., p. 236.

⁵¹⁹. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 209, n° 240.

contentieux, n'est recevable que contre ces derniers et, par conséquent, contre les obligations d'agir qu'ils peuvent générer. La jurisprudence relative d'une part aux dispositions réglementaires du contrat et, d'autre part, aux actes qui lui sont détachables conforte cette thèse.

Les dispositions réglementaires des contrats administratifs, les seules à pouvoir imposer des obligations d'agir en raison de leur caractère unilatéral, peuvent directement faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. R. Chapus souligne avec beaucoup d'exactitude que c'est l'arrêt «Cayzeele»⁵²⁰ confirmé notamment par la jurisprudence « Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales »⁵²¹ qui est le premier à ouvrir cette voie⁵²². En effet, avant cet arrêt, de telles dispositions ne pouvaient qu'être invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir par les tiers ou par les parties⁵²³. Ces deux situations sont très différentes : alors que la première, c'est-à-dire celle inaugurée par la jurisprudence « Cayzeele », permet de remettre en cause les dispositions réglementaires des contrats administratifs, celle de l'état de la jurisprudence antérieure permettait, non la remise en question de ces dispositions, mais celle des contrats eux-mêmes.

S'agissant des actes dits détachables, ils comportent également parfois des obligations d'agir. Ces actes peuvent être contestés à travers le recours pour excès de pouvoir en raison, semble-t-il, de leur caractère extérieur au contrat.

Il est, *a priori*, difficile de donner une définition de l'acte détachable du contrat car il dépend de plusieurs facteurs ; sa définition doit en effet faire intervenir « non seulement la place dans le temps de l'acte présumé détachable (est-il antérieur ou non à la passation du contrat ?), mais aussi la personne qu'il

⁵²⁰. C.E. ass., 10 juillet 1996, «Cayzeele», Rec., p. 274 ; A.J.D.A. 1996, p. 732, chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; L.P.A. décembre 1996, n° 152, note M. Viviano ; C.J.E.G. 1996, p. 382, note P. Terneyre ; Quot. Jurid., octobre 1996, n° 86, note D. Moréno ; R.F.D.A. 1997, p. 89, note P. Delvolvé ; J.C.P. 1997, I, n° 4019, chr. J. Petit

⁵²¹. C.E., 14 janvier 1998, « Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales », Rec., p. 9 ; R.F.D.A. 1998, p. 465, D.A. 1998, n° 221, obs. J.-C. B. ; A.J.D.A. 1999, p. 164, note J. Petit.

⁵²² R. CHAPUS, « Droit du contentieux administratif », op. cit., p. 689, n° 813.

⁵²³. C.E., 25 mai 1979, « Mme Rabut », Rec., p. 231. concl. Genevois.

intéresse (cocontractant ou tiers), le sens de cet acte (positif ou négatif) et même, semble-t-il, la nature du contrat »⁵²⁴. En vérité donc, l'existence de l'acte détachable dépend des cas d'espèce⁵²⁵. Cependant, il y a dans tous les cas, un élément constant : l'acte détachable du contrat est toujours plus ou moins extérieur à celui-ci. Même s'il a trait à l'exécution du contrat, le recours pour excès de pouvoir peut, selon le commissaire du gouvernement Combarrous⁵²⁶, être recevable contre le contrat notamment « si la décision attaquée a été prise par l'administration sur la base des pouvoirs autres que ceux qu'elle tient du contrat⁵²⁷ ».

Il faut souligner néanmoins que certaines mesures ont une double nature ; elles sont à la fois détachables et rattachables au contrat. *A priori*, cette situation paraît remettre en cause la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire fondée sur le fait que la première a une source unilatérale ou extérieure et la seconde une source exclusivement contractuelle. Mais en réalité, il n'en est rien.

Les mesures de ce genre sont par exemple la modification et la réalisation des contrats. Celles-ci sont considérées par la jurisprudence comme des actes rattachables au contrat si ce sont les parties qui les contestent⁵²⁸ en raison de l'existence d'un recours parallèle qui leur est offert, à savoir le recours de plein contentieux⁵²⁹. Pourtant, de telles mesures peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par les tiers au contrat⁵³⁰ dans la mesure où elles sont considérées en faveur de ces derniers comme détachables du contrat⁵³¹.

⁵²⁴. Genevois, concl. sur C.E., 25 mai 1979, « *Mme Rabut* », Rec., p. 236

⁵²⁵. Pour la diversité de ces actes, Voir R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 689, n° 814 & s.

⁵²⁶. Concl. sur « *Société L.I.C.* », précité, A.J.D.A. 1964, p. 309.

⁵²⁷. C.E., 6 décembre 1907, « *Compagnie du Nord et autres* », Rec., p. 923.

⁵²⁸. C.E., 6 mai 1955, « *Société des grands travaux de Marseille* », Rec., p. 244 ; A.J.D.A. 1955, II, p. 317, concl. Chardeau ; D. 1955, p. 579, note Auby.

⁵²⁹. R. Chapus, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 698, n° 827.

⁵³⁰. C.E., « *Société L.C.I.* », précité, Rec., p. 239 ; A.J.D.A. 1964, p. 308, concl. Combarrous ; D. 1964, p. 666, note Debbasch.

⁵³¹. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 696, n° 826.

Cette solution n'est pas, eu égard à notre problématique d'identification de l'obligation d'agir, satisfaisante. Car elle conduit à considérer par exemple que si un tiers obtient l'annulation d'un refus de modification ou de réalisation, il y a obligation d'agir, et obligation de faire si, au contraire, c'est une partie au contrat qui obtient gain de cause, c'est-à-dire une indemnisation justifiée par l'illégalité du refus de modifier ou de résilier le contrat. Dès lors, il apparaît clairement que dans ces conditions, la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire ne se justifie pas car, dans les deux cas, il s'agit d'une illégalité portant sur des mesures de même nature.

En réalité, la détachabilité au contrat de l'obligation quand il s'agit d'un tiers et sa rattachabilité quand il s'agit d'une partie est une distinction qui, *a priori*, n'a pas lieu d'être. Car, la détachabilité ou la rattachabilité ne doit en principe se définir ni par rapport à des personnes qui n'en sont que les bénéficiaires, ni par rapport à la nature du recours qui n'en est que la conséquence ; elle devrait se mesurer uniquement par rapport à un acte qui est en l'occurrence le contrat. Or puisque l'obligation de modification et celle de résiliation ne peuvent en principe dépendre des stipulations contractuelles dans la mesure où elles relèvent des prérogatives de puissance publique ; elles existent en dehors du contrat ; elles en sont détachables. Il n'y a donc pas de raisons valables pour que les obligations de modification et de résiliation subissent un sort différent des pouvoirs dont elles dépendent. En clair, il serait souhaitable que le juge ne fasse pas à ce sujet, une distinction entre le tiers et la partie au contrat ; lorsqu'un refus de modification ou de résiliation du contrat est illégal et annulé, on doit conclure à l'existence d'une obligation d'agir.

Enfin, la théorie de l'acte détachable qui est « élaborée à l'origine pour ne pas priver les tiers de toute voie de droit »⁵³² contre les contrats administratifs

⁵³². Concl. Combarrous sur « *Société L.I.C.* » précité, A.J.D.A 1964, p. 310.

puisqu'elle leur permet de contester les mesures censées être détachables⁵³³ - ce qui serait impossible sans cette théorie- voit son intérêt, auprès de certains contrats contre lesquels est admis le recours pour excès de pouvoir exercé aussi bien par un tiers que par une partie, disparaître. Il en est ainsi des contrats de recrutement d'agents publics⁵³⁴, mais aussi des contrats relatifs au service de radio-télévision⁵³⁵ ou des conventions médicales nationales⁵³⁶.

Cette jurisprudence paraît, à première vue, remettre en question les frontières précédemment bien tracées entre source unilatérale ou extérieure du contrat administratif génératrice d'obligations d'agir, les seules à pouvoir être contestées par le biais du recours pour excès de pouvoir et la source exclusivement contractuelle donnant naissance à des obligations de faire, les seules à pouvoir faire l'objet d'un recours de plein contentieux. En réalité, du moment qu'il y a un contrat dans les hypothèses précédentes, cette frontière existe au moins en théorie. Il convient de rappeler, par exemple, que le contrat de recrutement d'agents publics voit en principe les conditions financières, à savoir principalement la rémunération, compter dans les clauses contractuelles.

Néanmoins, cette jurisprudence s'explique par le réalisme du Conseil d'Etat qui, devant des contrats qui comportent plus de dispositions à caractère unilatéral que de dispositions contractuelles et, donc, plus d'obligations d'agir que d'obligations de faire, a privilégié les effets des premières dispositions aux effets des secondes. Parfois, il n'existe que des dispositions à caractère unilatéral faisant dès lors uniquement naître des obligations d'agir dans le contrat, celui-ci

⁵³³. C.E., 11 décembre 1903, « *Commune de Gorre* », et C.E., 4 août 1905, « *Martin* », S. 1906, III, p. 49, note Hauriou ; concl. Romieu sur « *Martin* », Rec., p. 749, D. 1907, III, p. 49.

⁵³⁴. Ex : C.E., 8 décembre 1948, « *Dlle Pasteau* », Rec., p. 464 ; R.D.P. 1949, p. 73, note Waline ; S. 1949, III, p. 41, note Rivero ; C.E., 7 juin 1989, « *Mlle Tillement* », D.A. 1989, n° 414. C.E. sect., 30 octobre 1998, « *Ville de Lisieux* », Rec., p. 375, concl. J.-H. Stahl ; A.J.D.A. 1998, pp. 969 et 1041, chr. P. Fombeur et F. Raynaud ; L.P.A. 1999, n° 64, note M.-C. Rouault ; J.C.P. 1999, II, n° 10045, note V. Haïm, R.F.D.A. 1999, p. 128, concl. A.J.F.P. 1999, IV, note Boutelet.

⁵³⁵. Ex : C.E. ass., 8 avril 1998, « *Société Serc Fun Radio* », Rec., p. 138, concl. S. Hubac ; C.E., 25 novembre 1998, « *Cgie Luxembourgeoise de télédiffusion* », A.J.D.A. 1999, p. 54, Concl. D. Chauvaux.

⁵³⁶. C.E., 27 avril 1998, « *Confédération des syndicats médicaux français* », Rec., p. 180 ; D.A. 1998, n° 254, obs. C.M. ; R.F.D.A. 1999, p. 97, concl. Maugué.

se résumant finalement à l'adhésion du cocontractant de la personne publique. Comme le fait justement remarquer R. Chapus, si l'acte qualifié de contrat n'en a que l'« apparence », et qu'au fond il est un acte unilatéral négocié, le juge accepte que les parties exercent un recours en annulation contre les mesures de son exécution⁵³⁷ et, par conséquent, contre les obligations d'agir que ces mesures peuvent comporter.

Cependant, la loi du 2 mars 1982 permet le recours pour excès de pouvoir contre certains contrats. En effet, le déféré préfectoral qu'elle a institué pour permettre au représentant de l'Etat de contester la légalité des actes unilatéraux des collectivités locales est également possible contre les contrats conclus par ces dernières⁵³⁸. Tous les contrats administratifs, qu'ils relèvent ou non de l'obligation de transmission, peuvent depuis récemment être déférés par le préfet à la juridiction administrative⁵³⁹. En conséquence, le recours pour excès de pouvoir pouvant conduire à l'anéantissement d'obligations de faire paraît remettre en cause la distinction précitée.

Il convient toutefois de noter qu'il s'agit là d'une exception dont l'objet est seulement d'unifier le régime des recours préfectoraux⁵⁴⁰ permettant de préserver les intérêts des tiers et ceux des cocontractants⁵⁴¹ ainsi que « l'intérêt de la légalité »⁵⁴².

La distinction entre l'obligation d'agir et l'obligation de faire est d'autant plus à opérer qu'elle repose sur des fondements solides.

⁵³⁷. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 208, n° 239-3.

⁵³⁸. Voir P.-L. FRIER, « *Précis de droit administratif* », op. cit., p. 138, n° 245 et p. 356, n° 612.

⁵³⁹. C.E., 4 novembre 1994, « *Département de la Sarthe* », Rec., p. 1109 ; A.J.D.A. 1994, p. 898, concl. Maugüé ; D.A. 1994, n° 640 ; C.E., 14 mars 1997, « *Département des Alpes-Maritimes* », Rec., p. 79 ; R.F.D.A. 1997, p. 660.

⁵⁴⁰. C. GUETTIER, « *Droit des contrats administratifs* », P.U.F., Paris, 2004, p. 463, n° 686.

⁵⁴¹. Voir C. FERRAND, « *L'évolution du contentieux de l'acte détachable du contrat et la distinction des contentieux (en attendant une révolution)* », mémoire de D.E.A., Toulouse, 1995-1996, p. 68.

⁵⁴². W. KLOEPFER, « *Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle* », A.J.D.A. 2003, p. 591, col. 2.

§2- Les fondements de la distinction entre source unilatérale génératrice d'obligation d'agir et source contractuelle génératrice d'obligation de faire

L'acte unilatéral et le contrat, que celui-ci soit de droit privé ou de droit administratif, ont des fondements différents : alors que le premier est fondé sur l'autorité, le second est fondé sur la liberté. Ce sont ces deux fondements de nature différente qui constituent l'élément explicatif essentiel de la différence de terminologie entre les obligations positives générées par ces deux sources du droit. Il ne faut pas perdre de vue néanmoins que l'autorité est toujours plus ou moins présente dans le contrat. A cet égard, il conviendra de souligner qu'elle y intervient pour limiter la liberté contractuelle et non pour la supprimer. Il conviendra également de noter que l'obligation de faire ne peut être fondée sur l'utilité sociale, confirmant ainsi les fondements proposés de distinction entre l'obligation d'agir et l'obligation de faire.

A- Deux fondements différents des sources et des obligations en cause : autorité et liberté

Il convient de montrer que le contrat et les obligations de faire qui lui sont associées ont leur fondement dans la liberté, alors que l'acte unilatéral et les obligations d'agir qu'il véhicule ont le leur dans l'autorité.

S'agissant du contrat, R. Savatier écrit que la « condition humaine correspond à un postulat de liberté, dont les contrats sont une manifestation juridique nécessaire »⁵⁴³ et P. Durand qu'« il est de l'essence du contrat d'être librement et volontairement consenti »⁵⁴⁴. La liberté contractuelle, dans tout son ampleur, « implique la liberté de passer ou de ne pas passer un contrat, de

⁵⁴³. R. SAVATIER, « *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui* », Série I, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1964, n° 40.

⁵⁴⁴. P. DURAND, « *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel* », R.T.D. civ., 1944, p. 92.

choisir son cocontractant et de déterminer librement les clauses du contrat »⁵⁴⁵. Mais elle se réduit souvent à « la faculté d'accepter ou de refuser »⁵⁴⁶.

Dans tout contrat de droit privé ou de droit administratif⁵⁴⁷, la liberté contractuelle se manifeste au moins au stade de la conclusion du contrat. Les contractants, même les plus faibles, choisissent de se lier par contrat, que le contenu de celui-ci soit déjà fixé par l'une des parties, comme dans les contrats d'adhésion, ou qu'il soit négocié par les parties. Par conséquent, les obligations de faire sont en principe choisies ou, du moins, acceptées par les protagonistes. La notion de liberté contractuelle est souvent difficile à saisir au niveau des effets des contrats, mais elle y existe.

L'effet relatif des contrats, qui demeure toujours une règle précieuse, montre que le contrat est avant tout une manifestation de liberté de la personne : le contrat n'est possible que par accord des parties ; il n'a d'effet qu'entre elles⁵⁴⁸ ; il n'exprimerait plus la liberté s'il pouvait avoir d'effet au profit ou contre les tiers. La stipulation pour autrui peut être comprise comme étant une atteinte à la règle de la relativité des contrats. Or en vérité, elle n'est pas à détacher du contrat dans la mesure où son bénéficiaire ne peut en profiter que

⁵⁴⁵. J. WALINE, « *La théorie du contrat en droit civil et en droit administratif* », Etudes offertes à J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 969.

⁵⁴⁶. N.M.K. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », th. précitée, p. 84.

⁵⁴⁷. J.-M. RAINAUD, « *Le contrat administratif : volonté des parties ou loi de service public ?* », R.D.P. 1985, p. 1197.

⁵⁴⁸. A ce sujet, le code civil énonce dans deux articles la règle de la relativité des effets des contrats, c'est-à-dire qu'ils n'obligent que les parties contractantes. Selon l'article 1134, « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et selon l'article 1165, « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ». JOSSERAND pense que la règle de la relativité des contrats n'est plus exacte car, d'une part, certains d'entre eux sont opposables aux tiers, comme c'est le cas d'une vente d'un immeuble et, d'autre part, d'autres voient leurs effets obligatoires s'élargir au-delà du seul cercle des parties comme la convention collective de travail (« *L'essor moderne du concept contractuel* », Mél. Geny, II, Sirey, 1934, pp. 338 & 339). Celle-ci est « une réglementation des conditions de travail, édictée d'un commun accord par un syndicat de patrons et un syndicat d'ouvriers ou d'employés. Elle a pour objet de déterminer la règle suivant laquelle devront être passés, dans l'avenir les contrats individuels de travail, dans une profession déterminée » (G. MORIN, « *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté* », Librairie Felix Alcan, Paris, 1927, p. 17). Ces deux arguments paraissent critiquables. Le premier parce que l'opposabilité n'impose au tiers d'autres obligations que celle de reconnaître l'existence juridique des contrats en cause. Le second parce que les contrats collectifs ne peuvent, en principe, s'appliquer à des tiers que si la loi les étend à ces derniers. C'est le cas des conventions collectives dont l'extension au-delà des parties n'est possible que par l'autorité de la loi.

s'il y consent. C'est ce qui ressort de l'article 1121 du Code civil⁵⁴⁹. Par conséquent, dans le contrat et l'obligation de faire qui est rattachée, c'est la liberté qui prime.

Cette notion de contrat et d'obligation de faire qui lui est assignée explique, en outre, toutes les considérations d'équilibre destinées à préserver la liberté contractuelle. Ainsi, N.M.K. Gomaa écrit que « Le droit civil, en tant que droit de personnes égales, ne peut pas autoriser un lien qui a pour but le déséquilibre entre ses parties, l'enrichissement de l'une au détriment de l'autre »⁵⁵⁰. En matière de contrats administratifs, les personnes publiques peuvent imposer des sujétions nouvelles, c'est-à-dire non prévues initialement par le contrat, à leurs cocontractants sans que ces derniers soient en droit d'y opposer un refus. Cependant, une contrepartie financière leur est reconnue afin de sauvegarder l'économie du contrat et, partant, la liberté contractuelle. Comme le note justement J.-M. Rainaud, « le juge reconstruit au plan financier le contrat fortement entamé par les nécessités du service public »⁵⁵¹. N'est-ce pas une manière de garantir la liberté contractuelle du cocontractant de la personne publique ?⁵⁵² Cette hypothèse de liberté engendre des obligations de faire et non des obligations d'agir. Celles-ci découlant d'un procédé d'autorité ne peuvent être raisonnablement rattachées à un procédé de liberté.

S'agissant de l'acte unilatéral, il faut noter qu'il est une manifestation d'autorité. Comme l'écrit J.-A. Mazères, les actes unilatéraux « constituent les

⁵⁴⁹ . Cet article dispose notamment que celui qui fait une stipulation « ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

⁵⁵⁰ . N.M.K. GOMAA, « *Théorie des sources de l'obligation* », th. précitée, p. 249.

⁵⁵¹ . J.-M. RAINAUD, « *Le contrat administratif : volonté des parties ou loi de service public ?* », art. précité, p. 1195.

⁵⁵² . Nous notons que la limitation de la liberté du cocontractant qui n'est pas autorisé « à invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus* » (J.-M. RAINAUD, Ibid., p. 1192), c'est-à-dire l'exception d'inexécution, afin de rompre le contrat ou, du moins, de suspendre l'exécution de ses obligations en cas d'inexécution par la personne publique des siennes, semble s'expliquer par la particularité des contrats administratifs : ceux-ci comportent, en effet, très souvent l'exécution d'un service public ; or le droit administratif garantit celui-ci, à travers la règle de la continuité, de toute interruption.

mesures classiques de contrainte... »⁵⁵³, la contrainte étant en l'occurrence synonyme d'autorité. Quand l'administration veut commander, « elle émet des actes unilatéraux »⁵⁵⁴. Ces derniers sont un procédé de commandement ou d'autorité. Ce qu'il importe de souligner, c'est que les obligations d'agir imposées par ce procédé ou cette voie s'expliquent par cette même autorité ; elles ne sont possibles que grâce à elle. Ce sont des personnes qui disposent de l'autorité ou à qui celle-ci a été confiée qui peuvent par leur seule volonté imposer unilatéralement des obligations -d'agir- à d'autres personnes.

Comment expliquer alors que les personnes publiques sont liées par leurs propres actes unilatéraux⁵⁵⁵ et même par ceux dont l'édiction leur est facultative comme c'est le cas des directives⁵⁵⁶? En d'autres termes, quel est le fondement des obligations d'agir que la personne publique s'impose souvent par ses propres actes unilatéraux ? Ce n'est pas un cas d'école puisque G. Zalma en cite des exemples⁵⁵⁷. Ainsi, dans l'arrêt « Dame veuve Renard »⁵⁵⁸, le juge a décidé qu'un décret d'application d'un décret devait être pris par le gouvernement du moment que le décret initial n'était pas abrogé. De même, le maire qui a pris « un arrêté relatif à l'heure de sortie des poubelles doit, en dehors d'une nouvelle réglementation »⁵⁵⁹ respecter cet horaire.

Il est dès lors possible de penser que ces obligations d'agir sont plutôt fondées sur la liberté ; la personne publique a choisi librement de se lier par son

⁵⁵³. J.-A. MAZERES, « *La responsabilité de la puissance publique du fait des services d'intervention économique* », art. précité, p.41.

⁵⁵⁴. G. ZALMA, « *Pater regulam quam fecisti ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux* », R.D.P. 1980, p. 1100.

⁵⁵⁵. C.E., 22 janvier 1909, « *Lesage* », Rec., p. 78 ; C.E., 2 novembre 1951, « *Fontaine* », Rec., p. 727 ; C.E., 11 janvier 1952, « *Préfet de police* », Rec., p. 27 ; C.E., 25 mars 1964, « *Sieur Samoël* », Rec., p. 201 ; C.E., 4 octobre 1968, « *Pascal* », rec. tab., p. 1102 ; C.E., 1 juillet 1974, « *Guignard* », Rec., p. 384.

⁵⁵⁶. Voir G. ZALMA, « *Pater regulam quam fecisti ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux* », art. précité, p. 1108 & s.

⁵⁵⁷. ZALMA, Ibid., pp. 1106 & 1107.

⁵⁵⁸. C.E., 27 novembre 1964, « *Dame Veuve Renard* », A.J.D.A. 1964, p. 679.

⁵⁵⁹. C.E., 3 avril 1968, « *Jardin* », Rec., p. 233.

propre acte unilatéral comme une personne privée peut choisir librement de s'engager par contrat.

En réalité, l'autolimitation d'une personne publique à travers son acte unilatéral ne se justifie pas par la notion de liberté, mais par le souci de préserver son autorité et, plus généralement, celle du droit. En effet, l'autorité d'une personne passe par l'obéissance à ses propres actes, une obéissance qui relève plus généralement du respect du principe de légalité. Il serait contraire à l'unité de la notion d'autorité qu'une personne publique édicte des actes unilatéraux qui imposent des obligations d'agir non seulement à elle, mais aussi à d'autres personnes publiques et que seulement ces dernières soient obligées de les exécuter. Pour le commissaire du gouvernement G. Guillaume, admettre qu'une personne publique n'applique pas ses propres règlements, autrement dit, admettre que ces derniers ne s'imposent pas à elle, c'est « développer dans le public le mépris du droit et de l'autorité »⁵⁶⁰.

Par conséquent, il semble que c'est pour préserver l'autorité des personnes publiques et celle des règles qu'elles édictent qu'elles sont liées par leurs propres actes unilatéraux. En clair, les obligations d'agir paraissent avoir leur fondement, soit simplement dans l'autorité lorsqu'elles sont imposées à des personnes publiques par des actes unilatéraux extérieurs à elles, soit dans la préservation de cette même autorité quand elles sont imposées à la personne publique même auteur des actes.

Dès lors, pour éviter toute confusion, il faudrait nommer ces deux situations qui sont radicalement différentes par des expressions différentes. Duguit a écrit justement qu'il faut employer « des mots différents pour désigner des choses différentes »⁵⁶¹. C'est la raison pour laquelle il a paru souhaitable de désigner les obligations positives qui sont la manifestation d'actes libres -

⁵⁶⁰. Concl. sur C.E. ass., 20 octobre 1972, « *Marabout* », A.J.D.A. 1972, p. 627, 1^{ère} col.)

⁵⁶¹. DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t1, p. 380.

contrats- des obligations de faire et celles qui sont la manifestation d'actes d'autorité -actes unilatéraux- obligations d'agir.

A ce stade, une question tout à fait légitime s'impose : les terminologies ne peuvent-elles pas être inversées et, par conséquent, appeler les obligations positives d'origine contractuelle obligations d'agir et celles d'origine unilatérale obligations de faire ? La permutation ne paraît pas souhaitable parce que le choix des termes n'est pas arbitraire. En effet, en dépit du fait que les verbes « faire » et « agir » sont souvent considérés comme étant synonymes⁵⁶², existe en réalité une nuance entre eux.

Le verbe « faire » désigne plutôt des réalisations personnelles alors que ce qui est visé par le verbe « agir », ce sont des actions qui ne sont pas forcément faites dans l'intérêt de l'intervenant et qui ont souvent des conséquences plus vastes que dans le cas d'une personne qui fait quelque chose⁵⁶³. Une personne qui signe un contrat, celle qui construit sa maison ou qui mange font quelque chose. Par contre celle qui fait des recherches dans un domaine donné ou qui intervient pour sauver quelqu'un d'une noyade agissent. Le verbe « agir » est souvent synonyme d'intervenir⁵⁶⁴.

Concernant les actions positives qui sont à la charge des personnes publiques, il convient mieux d'utiliser à leur égard le verbe « agir ». Ainsi, sont des obligations d'agir pour les personnes publiques la création de certains services publics, l'application des lois, le maintien de l'ordre dans certains cas, etc. Or ce sont toutes des obligations qui sont instituées soit dans l'intérêt général, soit dans celui des administrés⁵⁶⁵, et non uniquement dans celui des

⁵⁶². Voir par exemple « *Le petit Littré* », Librairie générale française, 1990 ; « *Le petit Larousse* », éd. Larousse, 1993.

⁵⁶³. Voir cette nuance dans « le nouveau petit Robert », 1996.

⁵⁶⁴. Voir notamment le « *Dictionnaire universel* », Hachette Edicef, 1995 ; « *Le grand Robert de la langue française* », 2^{ème} éd. 2001.

⁵⁶⁵. Il est intéressant de noter à cet égard qu'alors qu'en matière d'obligation de faire, le créancier de l'obligation est en principe connu, dans de nombreuses obligations d'agir, le créancier n'est pas spécifié à l'avance ou, plutôt, tout administré est potentiellement créancier. C'est le cas par exemple en matière d'obligation de prendre un texte d'application d'une loi dans laquelle ne sera créancier de cette obligation que la personne qui aura intérêt à ce que le texte soit pris. C'est le cas aussi de

personnes publiques elles-mêmes. C'est pourquoi, conformément à la nuance qui existe entre « faire » et « agir », il convient mieux de réserver à ces derniers exemples le qualificatif d' « agir ».

Le sens du verbe « faire » a été préservé par le Code civil puisqu'il a envisagé l'obligation de faire dans un cadre contractuel⁵⁶⁶ -cadre privilégié d'accomplissements personnels dans la mesure où chaque partie suit son propre intérêt- tout en paraissant ignorer l'acte unilatéral. C'est la raison pour laquelle selon J. Chevallier, « une personne privée ne saurait en principe par un acte unilatéral (...) mettre une obligation (qui serait alors une obligation d'agir) à la charge d'autrui »⁵⁶⁷

Une jurisprudence au moins du Conseil d'Etat paraît aller dans ce sens puisqu'elle emploie l'expression « obligation de faire » dans une relation contractuelle. Il s'agit de l'arrêt « Office public d'H.L.M. du département de la Seine »⁵⁶⁸ dans lequel le juge a enjoint à un entrepreneur qui avait méconnu son obligation contractuelle à l'exécuter. Ce dernier ayant enlevé du chantier de construction d'un groupe H.L.M. des moules servant à la production de panneaux préfabriqués, le Conseil d'Etat a considéré « qu'en pareille hypothèse le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant de l'administration, une condamnation sous astreinte à une obligation de faire ». Il est certain que l'emploi de ce dernier terme n'est pas le produit du hasard, mais relève d'un choix réfléchi. Vouloir par conséquent confondre obligation de faire et obligation d'agir comme le font certains auteurs tel G. Zalma⁵⁶⁹ semble relever d'un abus de langage.

l'obligation d'octroi d'avantages dans laquelle tout administré qui satisfait aux conditions posées par les textes sera, en cas de demande de sa part, créancier de la personne publique. C'est le cas encore de l'obligation de protection d'individus menacés.

⁵⁶⁶. Voir notamment les articles 1142 à 1144.

⁵⁶⁷. J. CHEVALLIER, « *L'obligation en droit public* », in « *L'obligation* », art. précité, p. 183.

⁵⁶⁸. C.E. sect., 13 juillet 1956, « *Office public d'H.L.M. du département de la Seine* », Rec., p. 338, A.J.D.A. 1956, II, p. 312, concl. Chardeau et p. 398, chr. Fournier & Braibant ; R.D.P. 1957, p. 296, note Waline.

⁵⁶⁹. G. ZALMA, « *Pater regulam quam fecisti ou l'autorité liée par ses propres actes unilatéraux* », art. précité, pp. 1106 & 1107.

Cependant, dans certaines hypothèses, la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire peut paraître confuse car l'autorité et la liberté contractuelle sont parfois mêlées. Néanmoins, l'étude de ces hypothèses fera clairement apparaître que les interventions de l'autorité, par le biais d'actes unilatéraux, dans la liberté contractuelle visent simplement à limiter celle-ci, et non à la supprimer et que, finalement, l'obligation de faire a toujours son fondement dans la liberté et l'obligation d'agir a le sien dans l'autorité.

B- L'absence de remise en question de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire par la limitation de la liberté contractuelle

Les interventions des autorités publiques sur le contrat ne remettent pas en question la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire -délimitation fondée sur la différence entre l'acte unilatéral et le contrat- car elles visent tout simplement à réduire « la liberté contractuelle »⁵⁷⁰ et non à la supprimer. Trois exemples qui sont les contrats d'adhésion, les contrats dits à clauses obligatoires et même les contrats obligatoires, permettront de le montrer.

Les contrats d'adhésion qui sont des contrats élaborés unilatéralement par l'une des parties, « ne se rencontrent pratiquement que lorsqu'une personne peut exercer sur la volonté de toute une catégorie d'autres, une puissance de droit ou de fait, capable de la décider à l'acceptation complète des conditions stipulées »⁵⁷¹. Cette remarque est d'autant plus fondée que ces genres de contrats sont surtout établis par des personnes détenant des monopoles ou des quasi-monopoles comme c'est le cas de nos jours de la Poste. Dès lors, dans ces conditions, la loi intervient pour limiter la liberté de la partie puissante en lui imposant des obligations d'agir afin de protéger la plus faible.

⁵⁷⁰. P. DURAND, « *Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat* », R.T.P. civ., 1948, p. 172.

⁵⁷¹. E.-H. PERREAU, « *Une évolution vers un Statut légal des Contrats* », Mél. Geny, II, Sirey 1934, p. 354.

A cet égard, l'exemple du contrat de travail qui apparaît souvent, dans le contexte actuel de chômage, comme un contrat d'adhésion, peut être cité. En effet, quand un employeur embauche quelqu'un, en général, il ne négocie pas avec ce dernier un contrat de travail dans la mesure où celui-ci a déjà été préparé et fixé par ses seuls soins. Le demandeur de travail n'a d'autres choix que celui de signer ou de ne pas signer un contrat « dont le contenu lui échappe complètement »⁵⁷². Le contrat de recrutement d'agents publics précité l'a bien prouvé. Dès lors, afin d'éviter tout abus de la part de l'employeur qui peut être une personne privée ou une personne publique, la loi, acte d'autorité, est intervenue pour limiter la liberté de ce dernier en lui imposant certaines obligations d'agir comme le respect, d'un salaire minimum, de congés payés. Il s'agit là d'une limitation et non d'une suppression de la liberté contractuelle car chacune des parties demeure au moins libre de mettre fin au contrat et, par conséquent, aux obligations de faire qu'elle devait assumer.

S'agissant des contrats administratifs à clauses obligatoires, D. Durr, qui a identifié cette catégorie juridique⁵⁷³ lui trouve deux principales caractéristiques. D'une part, ces contrats sont prévus par l'autorité, à savoir des lois ou des règlements. D'autre part, ils ont « pour but une régulation des rapports entre différents acteurs chargés d'une mission d'intérêt local »⁵⁷⁴ et sont donc à situer dans le cadre général de la décentralisation. Il s'agit des contrats qui sont relatifs par exemple à la montagne, au littoral ou à la maîtrise d'ouvrages publics.

Ces contrats comportent deux genres de dispositions. Une partie des dispositions est librement négociée et fixée par les parties ; elle « n'est aucunement guidée ou même prévue par le texte générateur de la convention : c'est le terrain privilégié de la traduction de l'intelligence des parties »⁵⁷⁵.

⁵⁷². J. WALINE, « *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif* », Etudes offertes à J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 972.

⁵⁷³. D. DURR, « *Les contrats à clauses obligatoires* », L.P.A., 21 juillet 1989, n° 87, p. 10 & s.

⁵⁷⁴. D. DURR, *Ibid.*, p. 13.

⁵⁷⁵. D. DURR, *Ibid.*

L'autre partie porte sur « l'insertion obligatoire de certaines clauses »⁵⁷⁶ dont l'objet seulement est imposé ; il est même d'ordre public, c'est-à-dire que les parties ne peuvent le méconnaître. Néanmoins, elles demeurent libres d'en fixer le contenu et les modalités d'application⁵⁷⁷. Par conséquent, malgré l'intervention, par la création notamment d'obligations d'agir, de l'autorité dans les contrats à clauses obligatoires pour éviter les éventuels dérapages de la mise en œuvre de la décentralisation, une certaine liberté est néanmoins laissée aux parties pour fixer dans leurs propres intérêts des obligations de faire provenant du contrat.

D. Durr écrit, à juste titre, que les contrats à clauses obligatoires « contiennent en des proportions diverses les notions de liberté et de soumission »⁵⁷⁸ à l'autorité ou encore de « liberté » et d'« interventionnisme rigide »⁵⁷⁹. Il en est à peu près de même pour les contrats de travail. Dès lors, les obligations positives qui naissent de ces deux types de clauses ont deux fondements très différents et ne peuvent, par conséquent, porter le même nom. Ainsi, l'obligation de l'employeur qui doit payer à un ouvrier peu qualifié au moins le minimum légal, à savoir le SMIC, et son obligation à verser à cet ouvrier des primes qui découleraient du contrat de travail nous paraissent être deux obligations positives de nature différente : dans le premier cas, l'employeur notamment public assume une obligation d'agir car, qu'il le veuille ou non, il doit la supporter à cause du fait qu'elle a son origine dans l'autorité ; dans le second cas, il assume une obligation de faire car il a choisi celle-ci librement.

Dans la pratique néanmoins, les obligations positives des contrats à clauses obligatoires et celles des contrats d'adhésion sont, en général, des obligations de faire parce que les actes en cause sont arbitrairement qualifiés

⁵⁷⁶. D. DURR, Ibid.

⁵⁷⁷. D. DURR, Ibid., p. 16.

⁵⁷⁸. D. DURR, Ibid., p. 11.

⁵⁷⁹. D. DURR, Ibid., p. 10.

comme étant contractuels. L'autorité a, en quelque sorte, été absorbée par la liberté.

Il arrive aussi que des actes mêlant autorité et liberté soient à l'inverse qualifiés d'actes unilatéraux faisant naître des obligations d'agir. Il en va ainsi de la situation du fonctionnaire qui est dite légale et réglementaire alors même qu'il l'a choisie volontairement ou librement. Appliquer à cette situation la théorie du contrat était donc possible. C'est ce que semble croire S. Flogaïtis pour qui, dans la nomination, « l'administré, par sa déclaration sa volonté coïncidant avec une déclaration de volonté de l'administration qui, tout en étant juxtaposée, vise au même résultat (hypothèse, *Tastbetand* auquel on peut reconnaître un contrat), se soumet volontairement au statut spécial qui est légal et réglementaire »⁵⁸⁰. La situation du fonctionnaire est comparable à celle d'un concessionnaire de service public. Or, c'est seulement cette dernière qui est contractuelle.

La similarité de ces deux situations a logiquement conduit S. Flogaïtis à critiquer Duguit qui a soutenu « le caractère non contractuel du rapport entre fonctionnaire et administration » et, à l'inverse, le caractère contractuel de « la concession de service public »⁵⁸¹. C'est pourquoi il est difficile de ne pas s'empêcher de considérer ces genres de qualifications comme relevant de l'arbitraire, un arbitraire d'autant plus frappant que la situation de certains agents publics est dite contractuelle alors qu'elle ne diffère guère de celle des fonctionnaires.

En fait, le choix qui consiste à appeler des actes qui sont mixtes en ce sens qu'ils allient liberté et autorité soit des contrats, soit des actes unilatéraux, procède d'une volonté de simplification. Il s'agit de la volonté d'appliquer à des obligations positives de nature très différente, mais qui portent sur une même

⁵⁸⁰. S. FLOGAÏTIS, « *Contrat et acte administratif unilatéral* », Mel. Braibant, Dalloz, 1996, p. 234.

⁵⁸¹. S. FLOGAÏTIS, *Ibid.*

situation, un même régime juridique ou, du moins, de les soumettre à la compétence d'une même juridiction.

Il est enfin des hypothèses dans lesquelles le contrat ou, plutôt, sa conclusion est rendue obligatoire par l'autorité de la loi. C'est le cas par exemple de l'assurance de certains risques comme la conduite de véhicules ou l'insolvabilité des employeurs⁵⁸² ou encore la souscription par les médecins d'une assurance responsabilité civile professionnelle. C'était le cas en matière d'emploi dans laquelle certaines entreprises qui pouvaient embaucher étaient obligées par la loi d'accepter les demandes d'emploi des mutilés de guerre⁵⁸³. Dans ces cas, comme dans d'autres, malgré l'obligation d'agir légale de contracter, la notion de liberté créatrice d'obligations de faire subsiste. Ainsi, l'assureur n'est pas dans l'obligation de contracter que si une personne demande à s'assurer. En outre, il demeure relativement libre dans la fixation des clauses du contrat. L'assuré (personne publique ou privée) est lui aussi, en dehors de situation de monopole, libre de signer un contrat avec l'assureur de son choix. De même, l'employeur (personne publique ou privée) qui doit embaucher une catégorie de personnes reste assez libre pour fixer le contenu des contrats de travail. C'est cette liberté faisant naître certaines obligations de faire, qui autorise encore à considérer de telles situations comme étant des contrats.

A ce sujet, une remarque s'impose. L'obligation légale de contracter ne nous paraît pas être une obligation de faire, contrairement à ce que pense Durand. Selon lui, en effet, « L'obligation de contracter constitue une obligation de faire qui se résout en dommages-intérêts, conformément à l'art. 1142 C. civ »⁵⁸⁴. Cette obligation dans les cas où elle est imposée par la loi n'est pas une obligation de faire car elle ne naît pas d'un acte libre, le contrat, mais d'un acte d'autorité.

⁵⁸². DURAND, « *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel* », art. précité, p. 79.

⁵⁸³. DURAND, *Ibid.*, p. 80.

⁵⁸⁴. DURAND, *Ibid.*, p. 85.

Cependant, il existe des obligations de contracter qui sont des obligations de faire. Il en est ainsi des contrats dans lesquels « une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement »⁵⁸⁵. Dans cette hypothèse, la personne s'oblige elle-même librement. C'est le cas par exemple d'un entrepreneur, personne publique ou privée qui, par sa propre volonté, décide d'accorder un prêt non remboursable à un étudiant si celui-ci accepte à la fin de ses études la proposition d'emploi de l'entreprise.

Néanmoins, si l'obligation légale de contracter est une obligation d'agir, il ne faudrait pas perdre de vue que le contrat né de cette obligation fait naître non des obligations d'agir, mais des obligations de faire. Tandis que celles-ci proviennent du contrat, acte libre, celles-là résultent d'un acte unilatéral, acte d'autorité. L'obligation d'agir se limite ainsi aux obligations positives nées d'une source unilatérale.

Malgré les diverses atteintes légales à la liberté contractuelle, le contrat et l'obligation de faire ont toujours leur fondement général dans la notion de liberté, la liberté de l'individu⁵⁸⁶. Certes la liberté contractuelle est plus ou moins limitée par l'autorité de la loi qui impose certaines obligations d'agir aux parties, mais la loi ne peut la supprimer totalement. Sinon, la notion de contrat serait fictive. Ainsi, la loi du 4 septembre 1942 déclare que certaines personnes peuvent être assujetties à effectuer de travaux dans l'intérêt supérieur de la nation. Comme le fait remarquer Durand, cette mesure est « purement autoritaire » car « elle ne suppose ni consentement, ni contrat »⁵⁸⁷. Cet auteur est donc fondé à penser que dans ce cas il y a « fiction de contrat »⁵⁸⁸. Le contrat dans une telle situation s'explique purement par l'analogie : le travailleur assujetti se trouve dans une situation analogue à celle d'un travailleur ordinaire.

⁵⁸⁵. Art. 1103 du Code civil.

⁵⁸⁶. DURAND, « *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel* », art. précité., p. 74 & s.

⁵⁸⁷. DURAND, *Ibid.*, p. 88.

⁵⁸⁸. DURAND, *Ibid.*

Durand note fort justement qu'il est « impossible d'appliquer les dispositions, faites pour les rapports contractuels, à une situation légale qui y répugnerait. Pour que l'extension soit concevable, il faut qu'il existe une complète similitude entre la situation issue du contrat et celle créée par la loi »⁵⁸⁹.

En dehors de ce cas à la fois extrême et très rare, le contrat et les obligations de faire qu'il génère puisent leur fondement dans la liberté des parties, et non dans l'« utilité sociale » comme le soutient notamment J. Waline⁵⁹⁰. Le rejet de cette dernière confirme les fondements précédents de la distinction entre l'obligation d'agir et l'obligation de faire.

C- La confirmation des fondements de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire par le rejet de l'utilité sociale justifiant l'obligation de faire

J. Waline soutient la thèse de J. Ghestin sur le caractère central de l'« utilité » et de la justice sociale dans le contrat⁵⁹¹ et, par voie de conséquence, dans l'obligation de faire. D'après cette thèse, ce ne serait pas la volonté ou la liberté des contractants qui justifierait le contrat, mais « la recherche par le droit objectif du *juste* et de l'*utile* »⁵⁹².

Ces fondements sont avancés à cause du fait que la loi limite sensiblement la liberté contractuelle. Or, il faut observer qu'en matière contractuelle il est rare que le législateur impose aux contractants les clauses du contrat et, encore moins, la conclusion de celui-ci. En général, les interventions législatives vont dans le sens de l'interdiction dans le contrat de certaines clauses, et non dans celui d'y faire figurer des clauses déterminées. Une telle démarche est destinée à protéger la liberté contractuelle. Ainsi, l'article 6 du Code civil interdit les clauses contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, son article 1135, les

⁵⁸⁹. DURAND, Ibid., p. 89.

⁵⁹⁰. J. WALINE, « *La théorie du contrat en droit civil et en droit administratif* », art. précité, p. 974.

⁵⁹¹. J. WALINE, Ibid., pp. 974, 975 & 981.

⁵⁹². J. WALINE, Ibid., p. 974.

obligations sans cause ou sur fausse cause ou sur cause illicite et, son article 1128, les clauses qui peuvent porter sur des choses qui sont en dehors du commerce⁵⁹³.

Ces diverses dispositions limitent certes la liberté contractuelle, mais elles la respectent aussi dans la mesure où elles imposent des obligations de non agir, et non des obligations agir. Il ne faudrait pas opposer cette limitation de la liberté contractuelle au principe même de liberté. En effet, celle-ci ne peut se promouvoir que dans le cadre de la loi. J. Waline cite des hypothèses dans lesquelles la loi impose des obligations d'agir aux parties telle l'insertion de certaines clauses dans les contrats en cours par les lois sur les économies d'énergie⁵⁹⁴, mais ces genres d'interventions sont rares et, en tous les cas, elles ne contraignent pas les parties à maintenir le contrat.

En définitive, ce sont les interventions de l'autorité et, partant, les obligations d'agir qui semblent s'expliquer par l'utilité et la justice sociales, et non le contrat lui-même. Celui-ci puise son fondement dans le seul principe de liberté des parties, une liberté plus ou moins grande selon les types de contrats, mais une liberté quand même. Nous ne connaissons pas, sauf exception, de situation appelée contrat sans que ses protagonistes détiennent un minimum de liberté pour s'imposer des obligations de faire⁵⁹⁵.

Le fait que le contrat administratif peut, contrairement à son homologue de droit privé⁵⁹⁶, faire l'objet de mesures unilatérales imposant souvent des obligations d'agir de la part de la personne publique ne pose pas de problèmes

⁵⁹³. Voir J. WALINE, Ibid., p. 970.

⁵⁹⁴. J. WALINE, Ibid., p. 972.

⁵⁹⁵. Cette liberté est minimale lorsqu'elle consiste seulement dans la faculté d'accepter ou non le lien contractuel. En général, « le rapport contractuel ne [peut] se former si la création n'en est librement acceptée » (DURAND, « *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel* », art. précité, p. 73). Le fait que la force obligatoire du contrat provient du « droit objectif » (J. WALINE, « *La théorie du contrat en droit civil et en droit administratif* », art. précité., p. 974) et non seulement de la volonté des parties nous paraît normal car c'est la loi, à travers les juges, qui est la seule habilitée à sanctionner les manquements aux obligations positives contractuelles ou obligations de faire et non les parties. On ne peut se faire justice à soi-même.

⁵⁹⁶. DURAND, « *La contrainte légale dans la formation du contrat* », art. précité, p.177.

particuliers. Car les interventions des personnes publiques dans le contrat est une chose, le contrat lui-même en est une autre. Le contrat administratif est un contrat parce qu'il est librement consenti. Il puise avec les obligations de faire qu'il impose son fondement dans la liberté des parties. En revanche, les interventions administratives imposant des obligations d'agir aux parties au contrat s'expliquent par l'autorité dont dispose la personne publique ; par conséquent, c'est cette autorité qui les fonde.

De manière générale, toutes les prérogatives-pouvoirs de modification, de résiliation ...qui peuvent devenir comme nous le verrons des obligations d'agir que la personne publique a sur le contrat administratif sont fondées sur l'autorité. La limitation ici de la liberté du cocontractant par l'obligation d'agir s'explique par le fait que la personne publique doit, en principe, dans les contrats administratifs, poursuivre un but d'intérêt général. L'intérêt général et l'autorité doivent aller de pair parce que cette dernière ne saurait être arbitraire et injuste. Il y a sans doute une part de vérité à croire « qu'un contrat est obligatoire parce qu'il est utile »⁵⁹⁷, mais il serait faux de soutenir qu'un contrat est contrat parce qu'il est utile. Tous les actes unilatéraux des personnes publiques et les obligations d'agir qu'ils génèrent doivent viser un intérêt général ou une « utilité sociale », pourtant ils ne sont pas des contrats. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'intérêt général ne peut être un critère de distinction entre les obligations positives imposées par des actes unilatéraux ou obligations d'agir et les obligations positives contractuelles ou obligations de faire⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷. J. WALINE, « *La théorie du contrat en droit civil et en droit administratif* », op. art. précité., p. 981.

⁵⁹⁸. L'idée selon laquelle l'obligation de faire satisfait un intérêt privé paraît inexacte. L'intérêt général ou « l'intérêt commun » est défini comme étant l'intérêt de tous. Il est la somme des intérêts particuliers comme l'ont professé A. Smith et tous les économistes libéraux ; les individus en suivant leurs intérêts personnels font au bout du compte l'intérêt général. Celui-ci dans son acception en droit administratif, n'est pas toujours l'intérêt de tous ; il est souvent l'intérêt d'une catégorie ou de certaines personnes. Dès lors, on ne voit pas pourquoi il peut être un critère de séparation entre l'obligation d'agir et de faire. Les personnels des commerces qui, dans le cadre de leurs contrats de travail, en permettant aux gens de faire leurs achats pour se nourrir, s'équiper...ne font pas quelque

Par conséquent ce qui sépare acte unilatéral et contrat, ainsi que les obligations d'agir et de faire qu'ils génèrent, se trouve dans ce que défend cette étude, à savoir que les premiers ont leur fondement dans l'autorité et les seconds, qu'ils soient administratifs ou privés, ont le leur dans la liberté.

Cette liberté est plus ou moins limitée, mais elle existe. Sa limitation par l'autorité vise à en éviter « un mauvais usage »⁵⁹⁹ en garantissant notamment à la partie faible « un minimum de profits »⁶⁰⁰ et, d'une manière générale à diriger le contrat vers des considérations d' « intérêt social »⁶⁰¹. Les interventions de l'autorité dans le contrat ne remettent donc pas en cause le fait que ce dernier a son fondement dans la liberté et fait naître par conséquent des obligations de faire et que seulement les actes unilatéraux ou d'autorité peuvent imposer des obligations d'agir.

Ce qui précède montre, que c'est à tort que certains auteurs tel G. Guiavarc'h⁶⁰² ne font pas la distinction entre obligation de faire et obligation d'agir car, encore une fois, ni les sources, ni les fondements, ni les conséquences de ces deux types d'obligations ne sont pas les mêmes. Cette distinction s'imposait afin de mieux comprendre les raisons de la limitation de l'obligation d'agir aux seules sources unilatérales.

chose de sensiblement différent eu égard à l'intérêt général par rapport à l'Etat qui, grâce à son obligation de soigner, gère les hôpitaux publics. En effet, dans les deux cas, un service est rendu à la collectivité. Même si dans ces deux cas, les obligations sont de nature différente, et même si elles existent et sont exécutées selon deux modalités différentes, on ne peut nier qu'elles aboutissent toutes deux à la satisfaction d'un intérêt général.

⁵⁹⁹. DURAND, « *Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat* », art. précité, p. 156.

⁶⁰⁰. E.-H. PERREAU, « *Une évolution vers un Statut légal des Contrats* », art. précité, p. 356.

⁶⁰¹. J. WALINE, « *La théorie du contrat en droit civil et en droit administratif* », art. précité, p. 973.

⁶⁰². G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, voir par ex. pp. 357 & 387.

Section 2- Les diverses sources unilatérales de l'obligation d'agir des personnes publiques

Les sources de l'obligation d'agir des personnes publiques sont nombreuses. Il s'agit potentiellement de tout le « bloc » de légalité, y compris la jurisprudence⁶⁰³. Néanmoins, les développements précédents ont montré que la source contractuelle doit en être exclue.

Par conséquent, il convient à présent de s'attarder sur l'étude des sources unilatérales de l'obligation d'agir. Cette étude sous-entend l'idée que l'obligation d'agir a nécessairement une source unilatérale. Elle constitue ainsi un prolongement de la problématique de délimitation de l'obligation d'agir par la source. A cet égard, la source internationale y occupe une place qui peut paraître ambiguë. La question se posera de savoir si elle est une source unilatérale ou non. Les sources unilatérales de l'obligation d'agir peuvent être classées en deux catégories : les sources nationales d'un côté (§1) et les sources internationales de l'autre (§2).

§1- Les sources nationales de l'obligation d'agir des personnes publiques

La normativité est issue du rapport hiérarchique entre les organes de l'Etat ; le pouvoir constituant limite la compétence du législateur, le législateur celle de l'exécutif. Par conséquent, l'obligation d'agir d'un organe déterminé a généralement pour source la norme de l'organe hiérarchiquement supérieur⁶⁰⁴.

⁶⁰³. G. TIMSIT, « *Compétence liée et principe de légalité* », Recueil Dalloz, 1964, p. 217 & s.

⁶⁰⁴. Cette pyramide kelsénienne des normes pose évidemment le problème du fondement de la « *norme fondamentale* », c'est à dire la source de la source. Il ne nous appartient pas de discuter ici de ce problème car du moment que son auteur écrit qu'elle est supposée, elle échappe à la démonstration et à une éventuelle objection. Néanmoins, cette notion a été critiquée dans une note dans le chapitre précédent.

Ces sources nationales de l'obligation d'agir sont essentiellement la constitution, la loi, le règlement et la jurisprudence. Celle-ci ayant déjà été étudiée⁶⁰⁵, seules les trois premières seront évoquées.

A-La source constitutionnelle

S'agissant de la Constitution, c'est la portée des obligations contenues dans les déclarations de droit qui suscite des interrogations. Des auteurs comme Duguit paraissent fondés à soutenir que la Déclaration des droits de l'homme de 1789 n'a pas mis à l'encontre de l'Etat des « prestations actives » au profit des individus, les thèses individualistes y faisaient obstacle. En effet selon Duguit, la théorie individualiste implique non pas que les hommes ou la collectivité supportent des prestations au bénéfice d'un individu, mais « qu'ils ne portent pas atteinte à sa liberté »⁶⁰⁶. La conséquence est que dans la déclaration de 1789, on ne trouve que des obligations de non agir telles que l'interdiction des arrestations arbitraires⁶⁰⁷, le respect de la présomption d'innocence⁶⁰⁸, l'interdiction de la discrimination sur toutes ses formes⁶⁰⁹, et plus généralement, la prohibition de l'arbitraire.

Néanmoins, deux obligations d'agir sont mentionnées, mais qui paraissent exceptionnelles ou accidentelles de par leur formulation ; il s'agit, d'une part, de l'article 8 qui institue la légalité des peines sous forme d'une négation : « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Il s'agit, d'autre part, de l'article 17 qui interdit d'abord l'atteinte à la propriété privée avant de formuler une obligation d'une indemnisation juste en cas d'expropriation. *A priori*, apparaît dans ces deux articles l'énoncé d'obligations de non agir. Pourtant, à s'y intéresser de plus près, il y a bien des obligations

⁶⁰⁵. Au chapitre II du titre I de la 1^{ère} partie.

⁶⁰⁶. DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 679 & s.

⁶⁰⁷. Déclaration, art. 7.

⁶⁰⁸. Ibid., art. 9.

⁶⁰⁹. Ibid., art 6, 10 et 11.

d'agir. Mais, le contexte de l'époque explique la prudence dans leur formulation. Il s'agit en fait dans le premier cas de l'obligation du législateur de fixer les peines, même si, par ailleurs, les conditions de l'exercice de cette obligation sont strictes. Dans le second cas, l'obligation d'indemnisation paraît être une obligation d'agir, même si elle succède à une obligation de non agir.

Concernant les droits à l'assistance, à l'enseignement et au travail, selon Duguit, ils n'ont vu le jour qu'à la Convention, et plus précisément dans la Constitution de 1793 qui n'a pas été suivie d'effet⁶¹⁰. Curieusement, tous ces droits figurent dans le préambule de la Constitution de 1946 alors même qu'il apparaît douteux de considérer qu'une obligation d'agir au sens strict du terme existe s'agissant du droit des citoyens à l'emploi⁶¹¹.

Néanmoins, le fait que le Conseil constitutionnel a reconnu, comme le montre H. Roussillon⁶¹², une valeur constitutionnelle⁶¹³, au préambule de la Constitution de 1958 qui renvoie à ceux de 1789 et de 1946⁶¹⁴ a conduit M. Borgetto à considérer que « le droit d'obtenir un emploi »⁶¹⁵ est « une obligation juridique stricte »⁶¹⁶. Duguit soutenait déjà en 1930 qu'aider les gens qui cherchent un emploi et qui en ont besoin est une obligation d'agir de l'Etat⁶¹⁷. Or en réalité, l'« obligation juridique stricte » impliquant l'existence d'une obligation d'agir fait, à l'heure actuelle, défaut pour une raison qui nous paraît essentielle : l'absence de sanction.

⁶¹⁰. DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 683 & s.

⁶¹¹. MONTANE de la ROQUE va plus loin puisqu'il soutient (« *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, pp. 58 à 61) que le préambule de la Constitution de 1946 comporte des droits, mais qui sont des droits généraux sans effets contraignants pour le législateur.

⁶¹². H. ROUSSILLON, « *Le Conseil constitutionnel* », Dalloz, Paris, 5^{ème} éd. 2004, p. 53.

⁶¹³. C.C., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, « *Liberté d'association* », Rec., p. 29 ; G.D.C.C., 12^{ème} éd. 2003, p.237.

⁶¹⁴. En effet, le préambule de la Constitution de 1958 déclare dans son alinéa premier que la France « proclame son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.

⁶¹⁵. al. 5 du préambule de 1946.

⁶¹⁶. M. BORGETTO, « *Contribution au « préambule de la constitution de 1946 ; histoire, analyse et commentaires* », Dalloz 2001, p. 140 ; voir aussi L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., « *Droit constitutionnel* », Dalloz, 5^{ème} éd. 2002, p. 118, § 168.

⁶¹⁷. DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 678.

En effet, le fait d'être chômeur ne peut être un motif de sanction de l'Etat ; un demandeur d'emploi ne peut ni poursuivre l'Etat devant les tribunaux pour que ce dernier lui trouve un travail, ni engager sa responsabilité. La position de M. Borgetto est d'autant plus à rejeter qu'il reconnaît lui-même qu'« il n'existe en droit français (...) aucun dispositif permettant de sanctionner l'inertie »⁶¹⁸ des pouvoirs publics en matière d'emploi. Par conséquent, ces derniers n'ont pas l'obligation de donner ou de garantir un emploi à tout le monde.

En revanche, ils ont l'obligation -d'agir- d'aider, par le versement d'une allocation d'insertion⁶¹⁹, les demandeurs d'emploi à s'insérer dans le marché du travail. Dès lors, constitue un excès de pouvoir le refus irrégulier de verser une telle allocation⁶²⁰. Il ne faudrait donc pas conclure à l'absence totale d'obligations d'agir dans le préambule de 1946.

Certains auteurs, en analysant les dispositions de ce dernier, en ont déduit deux types de droits : des « droits-créances » et des « droits-libertés »⁶²¹. Ces derniers « sont des capacités dont dispose chaque individu »⁶²². Ce qui incombe à l'Etat dans ce cas, c'est la protection de l'exercice des droits. En dehors de cette protection, il n'y a pas d'obligations d'agir pesant sur l'Etat. Il en va ainsi du droit syndical et de grève⁶²³.

Les obligations d'agir ne se rencontrent véritablement que dans les droits-créances car, établissant entre l'individu et l'Etat un rapport de créancier à débiteur, ils requièrent « une intervention active de l'Etat »⁶²⁴. Ces obligations

⁶¹⁸. M. BORGETTO, « Contribution au « préambule de la constitution de 1946 ; histoire, analyse et commentaires », précitée, p. 146.

⁶¹⁹. Voir notamment la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant sur la décentralisation en matière de revenu minimum d'activité.

⁶²⁰. C.E., 10 février 1992, « Mme Ibrahim », Rec., p. 56.

⁶²¹. G. KOUBI, J. CHEVALLIER, B. MERCUZOT et al., « le préambule de la constitution de 1946, antinomies juridiques ou contradiction politique », P.U.F., 1996, p. 175.

⁶²². G. KOUBI, J. CHEVALLIER, B. MERCUZOT et al., Ibid., p. 181.

⁶²³. al. 6, 7 & 8 du préambule.

⁶²⁴. G. KOUBI, J. CHEVALLIER, B. MERCUZOT et al., Ibid., p. 182.

sont de quatre ordres : l'octroi d'asile⁶²⁵, la nationalisation⁶²⁶, la protection de l'individu⁶²⁷ et, enfin, l'enseignement de tous⁶²⁸. J.-M. Crouzatier est dès lors fondé à soutenir que « les droits de 1946 sont autant de créances reconnues aux citoyens par lesquelles ces derniers peuvent exiger de la société un ensemble de prestations positives »⁶²⁹. Néanmoins, il n'existe pas une symétrie absolue entre les droits-créances et l'obligation d'agir car, notamment, on ne peut considérer certains droits-créances qui ne comportent pas de sanction tel le droit à l'emploi comme des obligations juridiques d'agir.

Même s'agissant de la loi, les obligations d'agir n'y apparaissent pas toujours clairement.

B- La source législative

Concernant la loi⁶³⁰ comme source unilatérale d'obligation d'agir, on peut faire état d'au moins une contestation. Duguit réfute l'idée selon laquelle la loi

⁶²⁵. Selon le préambule, « *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* » (al. 4).

⁶²⁶. Selon le préambule, « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* » (al. 9) ; J.-J. ISRAËL souligne, à juste titre, qu'en utilisant le verbe devoir, cet alinéa « établit un lien nécessaire » (contribution au « préambule de la constitution de 1946... », op. cit., Dalloz, 2001, p. 221) entre le service public national ou le monopole de fait et la propriété collective, c'est-à-dire la nationalisation. Par conséquent, lorsque les conditions de celle-ci sont réunies, elle s'impose à l'Etat. L'existence de l'obligation d'agir ne fait pas de doute.

⁶²⁷. Selon le préambule, la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs...* » (al. 11). Il ressort de la deuxième partie de ce même alinéa une obligation d'assurer aux personnes démunies « un revenu minimum » (L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et al., « *Droit constitutionnel* », op. cit., p. 118, § 168). Mais cette dernière, de par son objet, ne peut être séparée de l'obligation de protection de l'individu. On pourrait dès lors comprendre pourquoi ces deux obligations d'agir ont été évoquées dans un même alinéa.

⁶²⁸. Selon le préambule, « *...L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* » (al. 13).

⁶²⁹. J.-M. CROUZATIER, « *Les institutions politiques françaises de 1789 à nos jours* », op. cit., p. 42.

⁶³⁰. La loi est habituellement présentée comme étant une norme générale. On peut se demander si cette affirmation est tout à fait exacte. En effet, du moment que le législateur est un organe et donc un particulier -même s'il n'était qu'une personne cela n'aurait rien changé- et du moment que la norme qu'il adopte est un élément d'acte- on s'est déjà longuement expliqué sur ce point quand on définissait l'acte- et donc un acte particulier, son travail ne peut instantanément embrasser l'ensemble des activités des personnes publiques ; la maîtrise par le particulier de la globalité est en droit une chimère. Un acte -ici la loi- élément de l'ordre juridique ne peut pas régir le genre humain. De même, une

est véritablement source d'obligation d'agir dans la mesure où dans sa conception du droit celle-ci précède celle-là ; des « obligations positives »⁶³¹ s'imposent à l'Etat avant que la loi ne vienne les traduire dans le droit. Il écrit à ce sujet : « il y a des obligations positives qui s'imposent à lui (l'Etat) ; il y a des lois qu'il est obligé de faire »⁶³². Or, dans la conception juridique actuelle dans laquelle l'obligation d'agir suit la loi, la confection de celle-ci n'est jamais impérative pour le législateur, même si elle est dans ce cas aussi une source juridique.

Mais, pour Duguit, le droit est celui qui émerge de « la conscience collective »⁶³³, car « ce qui paraît être sa force créatrice s'explique, non point par l'hypothèse de l'*imperium*, mais seulement par la conformité (...) en son objet et en son but, au droit objectif du groupement social dans l'intérieur duquel il se produit »⁶³⁴. Par conséquent, « le législateur positif n'a point la puissance de créer le droit, il peut seulement le constater et édicter des dispositions constructives pour le mettre en œuvre »⁶³⁵. Il faut entendre par « conscience collective » la société, du moment que Duguit croit légitime la désobéissance du peuple au législateur dans le cas où celui-ci ferait des lois contraires au droit. Cette prise de position n'est pas seulement théorique quand on sait

personne ou un organe, élément du genre humain, ne peut faire un acte dont l'ordre juridique se suffira. La raison en est que le rapport de particulier à particulier est un rapport de diversité. L'analyse juridique ignorera à jamais le rapport de globalité, c'est à dire celui entre l'ordre juridique et le genre humain, tant que, pour poser une norme, il faudra une personne ou un organe.

Cette idée nous rapproche de Rousseau puisqu'il pense que les lois doivent être différentes en fonction des peuples qu'elles régissent. Par conséquent, la particularité de la loi explique en partie la diversité des hypothèses d'obligations d'agir sur lesquelles nous reviendrons. De même, l'ignorance du législateur justifie l'existence de la source jurisprudentielle et, dans une moindre mesure, de la source réglementaire de l'obligation d'agir.

⁶³¹. DUGUIT n'emploie pas le terme « obligation d'agir », mais son expression « obligations positives » (« *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 674) en a à peu près le même sens. Au passage, il faut remarquer que nous employons le terme d' « obligation d'agir » même si les auteurs ne l'utilisent pas expressément, dans les cas où ce qu'ils écrivent est, sinon notre conception d'obligation d'agir, du moins en est proche.

⁶³². DUGUIT, Ibid., p. 675.

⁶³³. DUGUIT, Ibid., p. 710.

⁶³⁴. DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t1, p. 372.

⁶³⁵. G. GUIAVARC'H croit lui aussi que le droit doit beaucoup à la société (« *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 76).

qu'aujourd'hui le législateur « recule » assez souvent devant un sondage d'opinion défavorable et « avance » lorsqu'un sondage est favorable. C'est la base même de la démocratie que de prendre en compte l'état de l'opinion des citoyens. Duguit semble donc avoir raison de considérer que dans les pays démocratiques, la règle de droit a une origine sociale.

Néanmoins, l'analyse de Duguit n'est-elle pas à combattre dans la mesure où dans sa conception de l'obligation d'agir, celle-ci ne puise pas sa source dans le droit positif ? En vérité, les obligations d'agir qui proviennent de la société relèvent du droit positif dans la mesure où elles sont reprises et traduites dans le droit par la loi. Par conséquent, que l'obligation d'agir ait pour fondement la « conscience collective » ou la loi elle-même en ce sens que c'est celle-ci qui l'imposerait à la société, dans les deux cas, c'est la loi qui en est véritablement la source juridique.

Il faut toutefois noter que l'expression même d'obligation d'agir n'apparaît pas dans les lois. Elle est cachée volontairement ou non derrière d'autres vocables. En effet, le législateur comme d'ailleurs d'autres instances dotées d'un pouvoir de décision⁶³⁶ utilisent souvent au présent ou au futur de l'indicatif des verbes comme prescrire, devoir, décréter, statuer sans délai, prendre, appartenir à la troisième personne du singulier⁶³⁷, ordonner, être obligé ou tenu, etc., afin d'instituer une obligation d'agir.

Ainsi l'article L. 344 du Code de la santé publique dispose qu'« en cas de danger imminent attesté par le certificat d'un médecin ou par la notoriété publique, les commissaires de police à Paris et les maires dans les autres communes ordonneront à l'égard des personnes atteintes d'aliénation mentale

⁶³⁶. Ex : le gouvernement, les collectivités locales, le juge, le conseil national de l'ordre des médecins, etc.

⁶³⁷. Voir G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, pp. 370 et 371.

toutes les mesures provisoires nécessaires... ». Malgré l'utilisation du verbe ordonner, il y a là une obligation d'agir comme le confirme la jurisprudence⁶³⁸.

De même, l'article 24 de la loi du 29 décembre 1979 relative à la publicité déclare qu'en cas d'affichage irrégulier, « le maire ou le préfet prend un arrêté ordonnant soit la suppression, soit la mise en conformité ». En l'occurrence, le verbe prendre a un sens impératif et institue par conséquent, une obligation d'agir à l'encontre des autorités concernées. Le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs prononcé en ce sens dans un arrêt « Montaignac »⁶³⁹.

Mais, il y a une manière plus classique de formulation d'obligation d'agir ; c'est l'utilisation du concept de droit. Lorsqu'un texte formule des droits au profit des administrés, c'est généralement pour mettre des obligations d'agir à la charge des personnes publiques. Ainsi, l'article premier de la loi du 17 juillet 1978 prévoit l'obligation de communication des documents administratifs de caractère non nominatif par l'administration en déclarant tout simplement que « le droit de toute personne à l'information est garanti par le présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non normatif »⁶⁴⁰. D'autres instances, notamment le gouvernement, procèdent de la même façon.

C- La source réglementaire

Les formulations législatives précédentes d'obligations, y compris d'obligations d'agir, dont certaines viennent d'être citées, apparaissent souvent dans les textes réglementaires. Ainsi, le décret du 28 novembre 1983 relatif aux relations entre l'administration et les usagers dispose dans son article 3 que

⁶³⁸. C.E., 10 février 1984, « *Mme Dufour* », A.J.D.A. 1984, p. 404 ; voir aussi concl. Latournerie sous C.E., 28 janvier 1931, « *Garcin* », S. 1931, III, p. 103.

⁶³⁹. C.E. sect., 3 février 1999, « *Montaignac* », Rec., p. 7, 5^{ème} consid. Il faut toutefois souligner que l'expression elle-même d'obligations d'agir n'apparaît pas dans l'arrêt. Mais cela ne fait que confirmer notre position selon laquelle cette dernière n'est pas un terme jurisprudentiel.

⁶⁴⁰. S'agissant de la jurisprudence, voir par ex. C.E., 10 juillet 1992, « *Ministre de l'agriculture et de la forêt* », A.J.D.A. 1992, p. 766, note J.-P. Théron ; J.C.P. 1992, IV, 2273, obs. M.C. Rouault.

« l'autorité compétente est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal ». Cette expression « est tenue de faire droit » est en l'occurrence synonyme d'obligation d'agir, à savoir l'obligation de toute personne publique d'abroger un acte réglementaire illégal. Le règlement, acte unilatéral, peut donc être à l'origine d'obligations d'agir.

Il convient en outre d'observer que l'obligation d'agir réglementaire provient souvent du fait que la personne publique doit respecter ses propres règlements⁶⁴¹ conformément à l'adage selon lequel « l'administration doit souffrir ses propres règles... »⁶⁴² ou *Tu patere legem quam fescisti*. Cela signifie que l'autorité qui édicte une norme doit l'appliquer tant que celle-ci est en vigueur. C'est une sorte d'autolimitation. Elle peut aussi résulter de la réglementation d'autorités hiérarchiquement inférieures à elle⁶⁴³ et, *a fortiori*, de celle d'autorités hiérarchiquement supérieures⁶⁴⁴.

Si les personnes publiques supportent des obligations d'agir de sources unilatérales, le problème se pose de savoir si les sources internationales sont susceptibles de leur imposer de telles obligations.

§2- Les sources internationales de l'obligation d'agir des personnes publiques

Ces sources sont le droit européen et le droit international classique⁶⁴⁵. Le terme classique est utilisé par opposition au terme européen. Alors que le droit

⁶⁴¹ Voir DUGUIT, « *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, pp. 777 et 778 ; C.E., 14 décembre 1962, « *Doublet* », Rec., p. 680 ; A.J.D.A. 1963, pp. 85 & 101.

⁶⁴² Voir B. KORNPROBST, « *la compétence liée* », art. précité, p. 945.

⁶⁴³ C.E., 3 juillet 1931, « *Ville de Clamart* », S. , 1932-3-1.

⁶⁴⁴ Ex : T.A. de Grenoble, 19 juin 1974, « *Commune de Val d'Isère* », A.J.D.A. 1974, p. 194, note F. Servoin.

⁶⁴⁵ La question de l'existence du droit international est encore aujourd'hui débattue. Les auteurs qui nient son existence sont nombreux. Ils sont cités par D. DAILLIER et A. PELLET (« *Droit international public* », L.G.D.J., Paris, 7^{ème} éd. 2002, p. 86, n° 43). Les deux principaux arguments qu'ils mettent en avant sont critiquables.

D'une part, ils pensent que le droit international n'existe pas car il n'y a pas dans les relations internationales d'organes supra-étatiques, c'est-à-dire au-dessus des Etats, chargés de l'élaborer et de le mettre en œuvre à l'instar de ce qui se passe dans l'ordre juridique interne. *A priori*, c'est donc

international classique peut faire l'objet d'objections empêchant de le considérer comme étant une source d'obligation d'agir, la source européenne de celle-ci apparaît incontestable.

A- Les obstacles à l'existence de l'obligation d'agir en droit international classique

Les traités internationaux⁶⁴⁶ n'ont en principe d'effets qu'à l'égard des Etats signataires⁶⁴⁷. Ils semblent, par conséquent, avoir non les caractères d'actes unilatéraux, les seuls à pouvoir générer des obligations d'agir, mais ceux de contrats générateurs d'obligations de faire, dans la mesure où leur relativité est érigée en principe⁶⁴⁸. Ce qui rappelle le contrat en matière de traités c'est, d'une part, le consentement, c'est-à-dire qu'un Etat quelconque n'est en principe lié par un traité que s'il y consent⁶⁴⁹ et, d'autre part, la règle de réciprocité selon

l'inexistence d'un législateur international qui est le principal objet de leur critique. Néanmoins, la positivité d'un droit n'a pas besoin d'un législateur. Ainsi, le droit primitif naissait directement « *du groupe social* » et l'absence d'un législateur ne lui a pas empêché d'être droit. Le processus du droit international est assimilable à celui du droit primitif car le droit international provient, sinon de la coutume internationale, du moins de la volonté des Etats. Le législateur n'est donc pas déterminant pour son existence. Mais, il n'est pas besoin d'en arriver là pour mettre au grand jour l'erreur des négateurs du droit international. En effet, on peut estimer que le législateur international existe bel et bien en la personne de l'Assemblée générale de l'O.N.U. dont certains auteurs vont jusqu'à penser qu'elle est dépositaire de la « *volonté générale des peuples* ». L'O.N.U. est une organisation internationale universelle qui élabore une législation à portée internationale (Ibid., p. 71, n° 34). On a ainsi montré que, théoriquement, le droit international existe.

Il existe aussi pratiquement car, en ce qui nous concerne, la France l'a formellement reconnu dans le préambule de la Constitution de 1946, préambule qui a valeur constitutionnelle, et a même affirmé dans l'article 55 de la Constitution de 1958 sa primauté par rapport aux lois ;

D'autre part, l'argument selon lequel le droit international n'existerait pas parce que les règles qu'il formule seraient dépourvues d'effets contraignants ou obligatoires mérite un développement particulier qui sera fait dans le texte car il est au cœur de notre problématique.

⁶⁴⁶. Un traité international est « un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière » (art 2 de la convention de Vienne du 23 mai 1969) ou tout simplement un « accord conclu entre deux ou plusieurs sujets du droit et régi par le droit international » (voir P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », op. cit., p. 118, n° 62).

⁶⁴⁷. C.I.J., 27 juillet 1955, Rec., 1955, p. 138. Il résulte aussi de l'article 35 de la Convention de Vienne qu'en général aucune obligation ne peut être imposée à un Etat tiers par un traité sans son consentement.

⁶⁴⁸. Voir art 1134 du Code civil.

⁶⁴⁹. En guise de comparaison, v. art 1108 du Code civil.

laquelle un Etat est en mesure de se libérer d'une obligation non exécutée par son partenaire.

1- Le consentement aux traités internationaux classiques : premier obstacle à l'existence de l'obligation d'agir

Le consentement aux traités internationaux empêche de considérer ces derniers comme étant des sources d'obligations d'agir. Ce consentement se manifeste au niveau de l'adoption et au niveau de l'entrée en vigueur des traités.

a- Le consentement à l'adoption des traités internationaux

Comme pour les contrats, le principe qui paraît gouverner la validité des traités internationaux est celui du consentement de leurs objets. La preuve que le consentement est primordial, c'est que la négociation d'un traité par les Etats n'est pas une condition ou, plutôt, une garantie suffisante pour que ceux-ci en fassent partie ; bien qu'un Etat donné ait participé à sa négociation, cet Etat peut ne pas être partie au traité si, par ailleurs, il n'y a pas consenti. Bien plus, un Etat qui n'a pas participé aux négociations peut en devenir partie s'il a manifesté son consentement à être lié par lui. Sinon, il n'est pas en principe concerné en vertu de l'article 34 de la convention de Vienne selon lequel un traité « ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement »⁶⁵⁰.

Ce consensualisme international s'explique par les principes « de souveraineté et d'égalité » des Etats⁶⁵¹, principes qui semblent dès lors constituer le premier obstacle à l'existence d'obligations d'agir internationales. Car si en droit national les obligations d'agir sont légion, c'est bien parce que les relations entre les personnes publiques dans cet espace juridique sont régies en

⁶⁵⁰. Voir P.-M. DUPUY, « *Les grands textes de droit international public* », Dalloz, Paris, 4^{ème} éd. 2004, p. 314.

⁶⁵¹. P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », op. cit., p. 242, n° 155.

grande partie par le principe hiérarchique. Cet enseignement est en réalité véhiculé par la doctrine classique qui ne reconnaît la responsabilité internationale des Etats qu'en cas de manquement à des obligations qui ont été acceptées par eux⁶⁵². Cependant, à revoir la question, le caractère unilatéral du droit international ne peut-il pas être retenu, surtout dans la perspective qui est la nôtre d'identification de l'obligation d'agir des personnes publiques en droit administratif français?

Ainsi, selon S. Belaid, le juge international a bâti un droit qui s'applique aux Etats « en dehors de leur consentement »⁶⁵³. Les Etats sont donc, semble-t-il, désormais responsables, non seulement en cas de manquement à leurs obligations conventionnelles, mais aussi aux obligations qui leur sont imposées unilatéralement par le droit international général⁶⁵⁴. En outre, les obligations conventionnelles peuvent avoir un caractère unilatéral si on en croit les articles 36 et 38 de la Convention de Vienne selon lesquels une règle d'un traité peut devenir « une norme coutumière obligatoire »⁶⁵⁵ applicable aussi bien aux Etats signataires qu'aux autres.

Néanmoins, sur la possibilité d'une mutation d'une obligation conventionnelle en norme coutumière, la jurisprudence de la Cour internationale de justice (C.I.J.) apparaît restrictive. En effet, dans l'affaire « Plateau continental de la mer du Nord »⁶⁵⁶, elle ne considère ce résultat comme atteint que si certaines conditions sont satisfaites. Il faut notamment que la convention concernée bénéficie d'« une participation très large et représentative »⁶⁵⁷ des Etats, que la disposition conventionnelle acquière « un caractère fondamentalement normatif » pouvant « constituer la base d'une règle générale

⁶⁵². S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 205 & s.

⁶⁵³. S. BELAID, *Ibid.*, p. 285.

⁶⁵⁴. S. BELAID, *Ibid.*, p. 113.

⁶⁵⁵. La coutume internationale est, selon l'article 38-b du statut de la Cour internationale de justice, « une pratique générale acceptée comme étant de droit ».

⁶⁵⁶. C.I.J., 20 février 1969, « *Plateau continental de la mer du Nord* », Rec., p. 3.

⁶⁵⁷. *Ibid.*, p. 42.

de droit »⁶⁵⁸ et que l'application de cette disposition par les Etats soit « fréquente et pratiquement uniforme »⁶⁵⁹. Du reste, il est permis à un Etat de rejeter une coutume internationale⁶⁶⁰.

En dehors de ces réserves, le droit international, en particulier les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »⁶⁶¹, serait potentiellement source d'obligations d'agir.

S'il est admis, entre autres conditions, qu'une obligation d'agir est celle imposée à un sujet de droit sans son consentement, il convient alors de conclure dans certains cas à l'existence de l'obligation d'agir internationale⁶⁶². Le fait que les traités à vocation universelle ou quasi universelle sont de plus en plus nombreux paraît le justifier. L'affirmation selon laquelle l'« existence des traités produisant des effets, non seulement à l'égard de quelques Etats tiers, mais encore à l'égard de « tous les Etats » n'est plus contestable »⁶⁶³. C'est à propos de ce genre de traités qui accordent des droits ou imposent des obligations avec

⁶⁵⁸. Ibid.

⁶⁵⁹. Ibid. p. 43.

⁶⁶⁰. La C.I.J. a par exemple décidé que la règle coutumière de l'incorporation dans les eaux intérieures des Etats des baies dotées d'une ouverture supérieure à dix milles n'est pas opposable à la Norvège car celle-ci s'est « toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne » (18 décembre 1951, « *Pêcheries* », Rec., p. 131.).

⁶⁶¹ Voir P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », op. cit., p. 113, n° 59. Le terme « nations civilisées » utilisé par l'article 38 c du statut de la C.I.J. (Cour Internationale de Justice) n'est pas interprété comme discriminant certains Etats. De l'avis de P. DAILLIER et A. PELLET, « *tous les Etats sont considérés aujourd'hui comme répondant à cette appellation* » (Ibid., p. 351, n° 225). Cependant, il ne faut pas attendre qu'un principe général du droit (P.G.D.) soit reconnu et appliqué dans tous les Etats pour qu'il puisse être retenu comme P.G.D. par la C.I.J. Sa vérification dans la plupart des systèmes juridiques suffit. C'est en cela que les P.G.D. seraient potentiellement vecteurs d'obligations d'agir internationales dans la mesure où un Etat pourrait se voir appliquer un PGD qui n'existe pas dans son droit interne.

⁶⁶². Néanmoins, quand on observe la réalité, le doute sur son existence est permis. En effet, l'histoire du droit international offre beaucoup d'exemples d'obligations d'agir qui sont restées inexécutées sans que les sanctions prévues soient mises en œuvres ou exécutées. Parfois, elles ne sont exécutées que partiellement. Cependant, de tels faits, on ne peut déduire l'inexistence de l'obligation d'agir internationale. On peut tout simplement affirmer qu'elle est violée. Et puisqu'elle est violée, elle existe, car si elle n'existait pas, elle ne pourrait pas être violée. D'ailleurs, pourquoi affirmer en cas de manquement à une obligation d'agir internationale que celle-ci n'existe pas ? Devant une méconnaissance d'obligations d'agir de droit interne, conclut - on à leur inexistence ? On se contente de s'indigner que l'Etat de droit a été bafoué. Par conséquent en cas de violation d'une obligation d'agir internationale, c'est plutôt l'Etat de droit international qui a été méconnu et non autre chose. L'existence de l'obligation d'agir internationale ne fait pas de doute.

⁶⁶³. P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », op. cit., p. 248, n° 160.

ou sans le consentement des Etats tiers que le terme de « superétatisme » ou du supraétatisme, c'est-à-dire d'organisation transcendant les Etats, est souvent évoqué.

Evidemment, le problème se pose de savoir si les actes d'organisations telles que l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.) ont un caractère contractuel ou unilatéral, en d'autres termes, doivent-ils être pris avec le consentement des Etats ou bien ce dernier importe peu ? Ces actes ne sont pas forcément édictés avec le consentement des Etats, du moins, de tous les Etats membres. Il en est ainsi s'agissant de l'O.N.U. C'est la raison pour laquelle les organisations internationales, telles cette dernière ou la C.I.J.⁶⁶⁴, peuvent imposer des obligations, et notamment des obligations d'agir aux Etats membres sans leur consentement. Bien que cette évolution soit « encore très timide »⁶⁶⁵, les actes des organisations internationales, « manifestations d'un droit autoritaire, risquent de lier l'Etat parfois en dehors même de son consentement »⁶⁶⁶.

En fait, cela n'est plus un risque, mais une réalité, car bon nombre d'organisations internationales prennent leurs décisions, ou certaines d'entre elles, à la majorité. Tel est le cas de la modification des traités multilatéraux. La convention des Nations Unies du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer est à cet égard significative. En effet, elle prévoit dans son article 155 §4 que si « cinq ans après son début, la Conférence de révision n'est pas parvenue à un accord sur le système d'exploration et d'exploitation des ressources de la Zone, elle pourra, dans les 12 mois qui suivront, décider à la majorité des trois quarts des Etats Parties d'adopter et de soumettre aux Etats Parties pour ratification ou adhésion les amendements portant changement ou modification du système qu'elle juge nécessaires ou appropriés. Ces amendements entreront en vigueur pour tous les Etats Parties 12 mois après le dépôt des instruments de ratification

⁶⁶⁴. 5 février 1970, « *Barcelona Tracttion* », Rec. C.I.J., p. 32.

⁶⁶⁵. P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », op. cit., p. 90, n° 45.

⁶⁶⁶. L. DUBOUIS, « *Le juge administratif français et les règles du droit international* », A.F.D.I. 1971, p. 23.

ou d'adhésion par les trois quarts des Etats Parties ». De même le traité de 1967 sur l'espace prévoit dans son article 15 que ses modifications entreront en vigueur à la majorité simple des Etats membres.

Cette procédure, propice à la création d'obligations d'agir internationales, impose à la minorité de s'y soumettre ou de quitter l'organisation⁶⁶⁷. Cependant, si la minorité s'y soumet, on estime par une sorte de fiction qu'elle y consent. Cette fiction consiste à considérer que puisque l'organisation fonctionne sur la base d'un traité signé et, si besoin est, ratifié par la minorité, celle-ci consent indirectement ou implicitement aux actes de l'organisation. C'est ce que pense L. Dubouis lorsqu'il écrit que « la solution à ces difficultés réside en ce qu'un organe, principal ou subsidiaire, d'une organisation internationale ne détient de pouvoirs de décisions que ceux qui lui ont été conférés expressément ou implicitement dans le traité constitutif. Il appartient au juge de se reporter à la charte de l'organisation pour découvrir l'acceptation anticipée donnée par l'Etat »⁶⁶⁸ aux actes de l'organisation.

Or, cette fiction est fautive, mais nécessaire. Elle est fautive parce que si un Etat accepte dans un traité la procédure de décisions à la majorité d'un organe institué par ce traité, cela ne signifie pas qu'il consentira automatiquement à toutes ses décisions. La preuve en est qu'il peut voter contre ; en réalité, il consent à la procédure de décisions et non à ces dernières. Elle est nécessaire parce qu'elle est le seul moyen d'éviter l'éclatement des organisations internationales et de permettre, de façon plus sûre, l'applicabilité et l'effectivité du droit international dans l'ordre juridique international.

Cette fiction paraît conférer à certains actes des organisations internationales une unilatéralité nécessaire à la création d'obligations d'agir. Ils revêtent en effet un caractère unilatéral similaire à celui de la procédure d'élaboration de la loi française. Cet aspect, mais aussi celui de l'unilatéralité

⁶⁶⁷. P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », op. cit., p.302, n° 191.

⁶⁶⁸. L. DUBOUIS, « *Le juge administratif français et les règles du droit international* », art. précité, p. 23.

précédemment soulignée de certaines normes internationales, semblent s'effacer dès qu'il s'agit de recevoir et d'appliquer de telles sources en droit français.

b- Le consentement à la réception et à l'application des traités internationaux

La France est un pays de tradition moniste, c'est-à-dire qu'elle considère que l'ordre juridique international et son ordre juridique n'en font qu'un. Ne peut-on pas lire dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui fait partie de la Constitution actuelle, que la France « fidèle à ses traditions, se conforme aux règles de droit public international » ? Dès lors, il ne devait pas y avoir un obstacle à ce que le droit international puisse être à l'origine d'obligations d'agir.

Cependant, l'article 55 de la Constitution actuelle du 5 octobre 1958 prévoit une procédure de réception, à savoir une ratification ou une approbation. En vérité donc, ce ne sont que les traités qui ont été régulièrement reçus en droit français, c'est-à-dire qui ont respecté la procédure prévue, qui « font partie du droit interne français »⁶⁶⁹. C'est seulement cette réception qui leur permet « de s'imposer effectivement, comme n'importe quelle autre norme de droit interne, vis à vis non seulement de toutes les autorités étatiques (...) mais encore des ressortissants de l'Etat »⁶⁷⁰.

Il est, par conséquent, clair que la réception est une forme de consentement sans lequel la source internationale ne semble pas avoir d'effets en droit français. C'est en tout cas l'avis de L. Dubouis qui considère que la ratification ou l'approbation « manifeste l'acceptation de la norme internationale par l'autorité nationale compétente »⁶⁷¹. Cet avis semble conforme à la position

⁶⁶⁹. Odent, cité par L. DUBOUIS, *Ibid.*, p. 12.

⁶⁷⁰. P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », *op. cit.*, p. 229, n° 146.

⁶⁷¹. L. DUBOUIS, « *Le juge administratif français et les règles du droit international* », art. précité, p. 33.

du Conseil d'Etat à qui, il arrive avant d'appliquer un traité de rappeler que celui-ci a été régulièrement ratifié, promulgué et publié⁶⁷².

En fait le même sort est réservé aussi bien à la coutume qu'aux principes généraux du droit international. Or, ces règles devaient pouvoir s'appliquer directement en France sans besoin de formalités de réception en vertu de la règle « *international law is part of the law of the land* » dont P. Daillier et A. Pellet écrivent qu'elle est « universellement admise »⁶⁷³. La coutume et les principes généraux du droit international devaient ainsi normalement pouvoir être des sources d'obligations d'agir en droit interne français. Mais la position des juridictions françaises paraît différente. En effet, elles refusent de faire application des normes internationales qui n'ont pas été expressément consenties par l'Etat français et régulièrement intégrées dans le droit français.

Le refus d'appliquer les normes du droit international non écrit est une tradition pour le Conseil d'Etat⁶⁷⁴. R. Chapus pense néanmoins que ce dernier, depuis son arrêt du 18 avril 1986⁶⁷⁵, accepte de contrôler la régularité d'actes administratifs au regard du droit international non écrit. Selon lui, l'utilisation par le juge de la formule « ni aucune stipulation du droit international » du 6^{ème} considérant laisse penser que les sources informelles du droit international sont visées⁶⁷⁶. En réalité, le 7^{ème} considérant ne laisse subsister aucun doute sur la signification de cette formule. C'est uniquement le droit international écrit qui est visé. Le juge évoque en effet les engagements internationaux qui résultent notamment de la convention de Lucerne du 18 mai 1887 et de l'échange de lettres franco-néerlandais du 3 décembre 1976. D. Ruzié, dans sa note sous cet arrêt, écrit justement que le juge « ne se réfère, expressément, qu'au droit

⁶⁷². C.E., 8 février 1939, « Guéron », Rec., p. 65.

⁶⁷³ P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », op. cit., p. 345, n° 221.

⁶⁷⁴. Ex : C.E. ass., 30 mars 1966, « Soc. Ignazio Messina », Rec., p. 258 ; C.E., 4 décembre 1970, « *Ministre d'Etat chargé de la défense nationale et Ministre de l'Equipement et du logement c. Starr* », Rec., p. 733.

⁶⁷⁵. C.E. sect., 18 avril 1986, « Soc. Les mines de potasse d'Alsace », Rec., p. 115 ; R.G.D.I.P. 1986, p. 597, note J.-F. Cambault ; Rev. jur. environnement 1986, p. 307, note A.C. Kiss ; R.F.D.A. 1987, p. 479, concl. M. Dandelot et p. 494, note D. Ruzié.

⁶⁷⁶. R. CHAPUS, « *Droit administratif général* », op. cit., t1, p. 142.

international conventionnel »⁶⁷⁷ et « sous réserve que celui-ci ait été régulièrement introduit dans l'ordre français »⁶⁷⁸.

Cependant, dans un arrêt de 1985⁶⁷⁹, le Conseil d'Etat avait accepté d'examiner, même si ce ne fut qu'incidemment, un moyen tiré de la violation d'un principe de droit international par un décret. Un arrêt de 1987⁶⁸⁰ semble aller dans le même sens. Un navire chypriote, *Ammerssee*, après avoir subi de graves avaries, a été abandonné par son équipage dans les eaux internationales qui bordent le département des Côtes-du-Nord, alors qu'il contenait des produits explosifs. Ce caractère dangereux du navire, réduit à l'état d'épave, a conduit le préfet maritime à ordonner sa destruction. Le Conseil d'Etat a décidé que cet ordre n'a méconnu « aucun principe de droit international »⁶⁸¹.

Mais, il ne semble pas certain que de ce dernier arrêt, il puisse être déduit que la Haute juridiction accepte désormais de se référer au droit international informel qui pourrait, dès lors, être source d'obligations d'agir. D'abord parce que, même si les faits se sont déroulés dans les eaux internationales, la solution qu'elle a donnée à l'affaire est surtout motivée par des considérations de droit interne. Elle a jugé légal l'ordre de destruction de l'*ammerssee* surtout parce que celui-ci constituait un « danger grave et immédiat » pour « la sécurité de la navigation dans ces eaux ». En effet, en droit interne, en cas de danger grave et imminent pour l'ordre public, comme c'est le cas en l'espèce, les autorités compétentes doivent prendre les mesures appropriées afin d'y remédier⁶⁸².

Ensuite parce que, même si elle a déclaré qu'« aucun principe de droit international » n'a été méconnu, il n'est pas sûr qu'elle ait eu en vue le droit international non écrit. Il se peut qu'elle ait voulu dire que l'ordre de destruction n'est pas contraire à aucun texte de droit international reconnu par la France.

⁶⁷⁷. D. RUZIE, note précitée, R.F.D.A., 1987, p. 494.

⁶⁷⁸. D. RUZIE, Ibid., p. 495.

⁶⁷⁹. C.E., 27 septembre 1985, « *France terre d'Asile* », rec., p. 263 ; R.F.D.A. 1986, p. 274.

⁶⁸⁰. C.E., 23 octobre 1987, « *Soc. Nachfolger Navigation Compagny ltd et autres* », R.F.D.A. 1987, p. 969.

⁶⁸¹. 3^{ème} considérant.

⁶⁸². Voir chapitre 1 du titre 1 de la deuxième partie.

Car, au moins, deux textes internationaux explicites ont trait aux faits de la cause et justifient la décision préfectorale.

Il s'agit, d'une part, du principe 7 de la Déclaration de Stockholm de 1972 sur l'environnement qui stipule que « les Etats devront prendre toutes les mesures possibles pour empêcher la pollution des mers par des substances qui risquent de (...) nuire aux ressources biologiques et à la vie des organismes marins, de porter atteinte aux agréments naturels ou de nuire à d'autres utilisations légitimes de la mer » et, d'autre part et surtout, du protocole de Londres du 2 novembre 1973 qui autorise les Etats à intervenir pour « prévenir, atténuer ou éliminer les dangers graves et imminents que présentent pour leurs côtes ou intérêts connexes une pollution ou une menace de pollution par des substances autres que les hydrocarbures à la suite d'un accident de mer... »⁶⁸³.

Néanmoins, deux arrêts relativement récents paraissent marquer une légère évolution en faveur de la reconnaissance du droit international non écrit comme source d'obligation d'agir dans la mesure où ils semblent affirmer le caractère unilatéral de ce droit.

En effet, alors que la coutume internationale n'avait pas, en France, valeur juridique⁶⁸⁴, l'arrêt « Aquarone »⁶⁸⁵, en examinant sa place en droit interne, semble consacrer indirectement la possibilité de l'appliquer en France en dehors de toute procédure de réception. Il déclare que ni l'article 55 de la Constitution « ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces normes »⁶⁸⁶. Pour G. Teboul, par cette

⁶⁸³. Textes cités par D. Ruzié dans sa note sous l'arrêt « *Soc. Nachfolger Navigation Compagny* », R.F.D.A. 1988, p. 348.

⁶⁸⁴. Voir J.-M. PERITCH, « *Quelques observations sur le problème des sources du droit et la fonction de la loi* », Mélanges Gény, II, 1934, pp. 233 & 234.

⁶⁸⁵. C.A.A. Lyon, 5 avril 1993, « *Aquarone* », Rec., p. 439 ; C.E. ass., 6 juin 1997, « *Aquarone* », Rec., p. 206, concl. G. Bachelier ; A.J.D.A. 1997, p. 570, Chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; J.C.P. 1997, n° 22945, note G. Teboul ; D.A. 1997, n° 250, obs. G. Teboul ; R.F.D.A. 1997, p. 1068, concl. ; R.G.D.I.P. 1997, p. 1053 ; J.C.P. 1998, I, n° 125, Chr. J. Petit ; L.P.A., février 1998, n° 16, note P. Martin.

⁶⁸⁶. 3^{ème} considérant.

jurisprudence, « le Conseil d'Etat a implicitement, mais probablement, consacré l'applicabilité du droit international général dans l'ordre juridique interne »⁶⁸⁷.

De même, l'arrêt « Paulin »⁶⁸⁸ résout comme le précédant plutôt le rang du droit international non écrit par rapport à la loi française⁶⁸⁹. Cependant, la jurisprudence « Paulin » ne se limite pas à la coutume. Elle évoque aussi le principe général. Elle considère, en effet, que ni l'article 55 de la Constitution « ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale ou même un principe général de droit international sur la loi en cas de conflit ».

Il pourrait, par conséquent, être déduit de ces jugements que s'il n'y a pas conflit, le droit international non écrit sera appliqué par les juridictions administratives même s'il n'est pas intégré dans le droit français. Mais, il faudrait être prudent et attendre que la jurisprudence ultérieure confirme ou infirme clairement cette hypothèse car les arrêts précités ne se sont pas explicitement prononcés sur l'applicabilité du droit international non écrit⁶⁹⁰.

En réalité, le juge administratif aurait pu accepter d'appliquer en France, et contre l'Etat français si besoin était, la coutume et les principes généraux du droit international en se basant sur une interprétation plus large de la disposition précitée du préambule de 1946⁶⁹¹ selon laquelle l'Etat français « fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international »⁶⁹². Le caractère unilatéral de telles sources aurait alors pu être à l'origine d'obligations d'agir en droit national. Mais si le juge avait accepté l'applicabilité en France de ces genres de normes, le problème se serait alors posé quant à leur rang par rapport

⁶⁸⁷. G. Teboul, note sous l'arrêt « *Aquarone* », J.C.P. 1997, n° 22945, p. 500

⁶⁸⁸. C.E., 28 juillet 2000, « *Paulin* », R.F.D.A 2000, p. 1170 ; D. 2001, p. 411, note G. Tixier

⁶⁸⁹. Voir G. Tixier, note sous « *Paulin* », D. 2001, p. 412.

⁶⁹⁰. Voir D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, chr. à propos de C.E., « *Aquarone* » précité, A.J.D.A. 1997, p.572.

⁶⁹¹. L. DUBOIS, « *Le juge administratif français et les règles du droit international* », art. précité, pp. 32 et 34.

⁶⁹². al. 14 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

aux dispositions nationales législatives⁶⁹³ dans la mesure où l'article 55 de la Constitution de 1958 qui proclame la supériorité du droit international par rapport aux lois ne vise expressément que les traités et accords internationaux.

En fait, c'est la Cour de cassation qui semble être à l'origine de cette interprétation restrictive de la Constitution. Elle déclare dans l'affaire « Barbie » de 1983 que des dispositions « conformes aux principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations, auxquels se réfèrent l'article 15, §2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 7, §2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme [...] résultent des traités internationaux régulièrement intégrés à l'ordre juridique interne et ayant une autorité supérieure à celle des lois en vertu de l'article 55 de la Constitution... »⁶⁹⁴. Dans cette espèce, encore une fois, « une interprétation moins frileuse du préambule de la Constitution de 1946 »⁶⁹⁵ aurait pu ouvrir la voie à une jurisprudence plus favorable à la création d'obligations d'agir d'origine internationale comme c'est le cas en Italie où l'article 10 de sa Constitution de 1947, « rédigé dans des termes comparables » à la disposition précitée du préambule de 1946, est interprété dans un sens plus favorable au droit international par la Cour constitutionnelle dans sa décision du 18 juin 1979⁶⁹⁶.

Cependant, P. Daillier et A. Pellet soulignent que le Conseil constitutionnel français « semble accepter d'apprécier la conformité de la loi au droit international général »⁶⁹⁷ et, notamment, coutumier, pourvu que celui-ci ne

⁶⁹³. Leur contrariété avec la constitution française ne pourrait en principe poser de problèmes particuliers car la supra constitutionalité du droit international est exclue non seulement par le Conseil constitutionnel, mais aussi par le Conseil d'Etat (voir par exemple l'arrêt « Koné » du 3 juillet 1996 dans lequel le Conseil d'Etat affirme la suprématie de la Constitution par rapport à un traité dans le domaine très important des droits de l'homme).

⁶⁹⁴. C. Cass., 6 octobre 1983, « Barbie », J.C.P. 1983, II, n° 20107.

⁶⁹⁵. P. DAILLIER et A. PELLET., « *Droit international public* », op. cit., p. 347, n° 222.

⁶⁹⁶. R.D.I. 1979, p. 797.

⁶⁹⁷. P. DAILLIER et A. PELLET., « *Droit international public* », op. cit., p. 346, n° 222.

soit pas formellement contraire à la Constitution⁶⁹⁸. Cette timide ouverture aurait permis de concevoir que les Hautes juridictions administrative et judiciaire seraient amenées à appliquer les normes internationales informelles, à savoir la coutume, les principes généraux du droit et, dans une certaine mesure, l'équité, au moins en cas de vide juridique. Elles auraient alors été des sources potentielles d'obligations d'agir des personnes publiques dont l'étude aurait pu être envisagée en droit interne. Néanmoins, il ne faut pas oublier que le Conseil d'Etat et, dans une moindre mesure, la Cour de cassation peuvent créer des normes juridiques dans ces hypothèses. Par conséquent, ils peuvent, s'ils s'en tiennent strictement à la lettre de l'article 55 de la Constitution, juger plus orthodoxe de recourir à leur pouvoir créateur que d'appliquer des normes internationales qui n'ont pas été formellement reçues en droit français.

Il paraît, enfin, que les principes internationaux coutumiers ne soient applicables en droit français parce qu'ils concernent des rapports d'Etats à Etats. A ce titre, « ils ne peuvent [...] être invoqués devant le juge administratif (...) à l'appui d'un recours en annulation ou en réparation dirigé contre une décision administrative »⁶⁹⁹. En réalité, cet argument n'est pas convaincant car d'une part, il est très rare qu'une norme internationale, y compris coutumière, règle uniquement les « relations d'Etat à Etat » et ne concerne pas du tout, même indirectement, les individus. D'autre part, les traités sont en général la loi desdits Etats, pourtant, ils peuvent être applicables dans l'ordre juridique français, c'est-à-dire notamment que les individus peuvent les invoquer devant les juridictions⁷⁰⁰, à condition d'y être incorporés. En conséquence, l'obstacle majeur à l'applicabilité de la coutume internationale et, plus généralement, de toutes les normes informelles du droit international par le juge interne, semble

⁶⁹⁸. 30 décembre 1975, « *L'auto-détermination des Comores* », Rec., p. 26 ; 8 et 23 août 1985, « *Nouvelle Calédonie* », Rec., pp. 63 et 70 ; 9 avril 1992, « *Traité de Maastricht* », Rec., p. 55.

⁶⁹⁹. L. DUBOUIS, « *Le juge administratif français et les règles du droit international* », art. précité, p. 33.

⁷⁰⁰. Ex : C.E., 30 mai 1952, « *Dame Kirkwood* », Rec., p. 291 ; C.E. ass., 8 avril 1987, « *Peltier* », Rec., p. 128.

bien, eu égard aux jurisprudences des juges administratif et judiciaire, l'absence de leur incorporation dans l'ordre judiciaire français⁷⁰¹, autrement dit, l'absence de son acceptation par la France.

Ces développements ont clairement montré que tandis que la source internationale peut être génératrice d'obligations d'agir dans l'ordre juridique international, dans l'ordre juridique interne français, elle ne peut être à l'origine d'obligations de cette nature. La raison en est que les juridictions françaises de l'ordre administratif et judiciaire s'opposent, à l'heure actuelle, à ce qu'une source internationale de caractère unilatéral, c'est-à-dire en l'occurrence qui n'a pas été consentie par la France, puisse recevoir application dans l'ordre juridique français et, par conséquent, puisse mettre à la charge des personnes publiques françaises des obligations d'agir.

La question se pose néanmoins de savoir si, le *jus cogens*, c'est-à-dire « la loi de tous les sujets de droit international, à laquelle ceux-ci ne [peuvent] pas déroger dans leurs rapports réciproques »⁷⁰², ne constitue pas une exception à cette conclusion. En réalité, dans l'état actuel du droit, il n'y a pas de normes de *jus cogens* qui forment des obligations positives, dont certaines pourraient alors être des obligations d'agir, à l'encontre des Etats. Ces normes sont, plutôt, des obligations générales ou, tout au plus, des obligations négatives ou de non agir. Constituent des normes de ce genre, par exemple, la souveraineté et l'indépendance des Etats, la non-immixtion dans les affaires intérieures de ces derniers, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le respect des obligations internationales (ou *pacta sunt servanda*), des lois et des coutumes de la guerre, l'interdiction du génocide, de l'esclavage et de la piraterie, le règlement des différends par des moyens pacifiques⁷⁰³. Il s'agit surtout, selon l'expression de J.

⁷⁰¹. Voir L. DUBOUIS, « *Le juge administratif français et les règles du droit international* », art. précité, pp. 33-34.

⁷⁰². I. DIANCONU, « *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (jus cogens)* », th. Genève, 1971, p. 30.

⁷⁰³. I. DIANCONU, *Ibid.*, pp. 60, 61, 144 et 145.

Combacau et de S. Sur « de sauvegarder certains principes substantiels, qui relèveraient d'une sorte de légitimité internationale »⁷⁰⁴.

Concernant les règles internationales consenties, il convient de chercher si, dans leurs effets, réapparaît un aspect d'unilatéralité pouvant encore espérer qu'elles puissent être des sources d'obligations d'agir en droit national.

2- La règle de réciprocité des traités internationaux : deuxième obstacle à l'existence de l'obligation d'agir

Le fait que le juge administratif français applique « d'*office* le traité » comme il le fait pour la loi et assimile « le moyen tiré de la violation d'un traité au moyen de la violation de la loi »⁷⁰⁵, semble octroyer au traité un caractère fortement unilatéral dans son application en droit interne français. De ce point de vue, les actes positifs qu'il impose à l'Etat français pourraient être considérés comme relevant de l'obligation d'agir.

Mais, l'application du traité en droit interne peut être remise en question en cas de non-respect par un ou plusieurs Etats signataires de la condition de réciprocité. Autrement dit, tous les traités qui peuvent avoir des effets en droit interne ne doivent pas, par rapport à notre problématique, être mis sur le même plan. Certains doivent voir leur effectivité dépendre de la règle ou condition de réciprocité. Ceux-là sont générateurs d'obligations de faire. Ceux qui pourraient être applicables en France, sans égard à cette condition, seraient potentiellement porteurs d'obligations d'agir. Néanmoins, cette dernière hypothèse peut-elle être rencontrée ?

L. Dubouis, après avoir constaté que le juge administratif semble contrôler la condition de réciprocité formulée par l'article 55 de la Constitution, conclut que « compte tenu cependant des particularités inhérentes à leur nature,

⁷⁰⁴. J. COMBACAU et S. SUR, « *droit international public* », Montchrestien, 6^{ème} ed. 2004, p. 50.

⁷⁰⁵. P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », op. cit., p. 237, n° 151.

les conventions internationales ne sont pas soumises à des conditions d'applicabilité qui seraient dans leur principe plus rigoureuses que celles qui s'imposent à la loi interne et de nature à en limiter sensiblement l'effectivité »⁷⁰⁶.

En réalité, le Conseil d'Etat ne contrôle pas lui-même si la réciprocité a été respectée ou pas. Pour la résolution de ce problème, il renvoie à titre préjudiciel au ministre des affaires étrangères⁷⁰⁷. Mais, puisqu'il en tient compte, la règle de réciprocité se révèle avoir un caractère, non pas unilatéral, mais contractuel ne leur permettant pas d'être à l'origine d'obligation d'agir. Si, dans la majorité des cas, le juge ne se soucie guère de cette question, c'est parce que les traités auxquels la France est partie sont généralement appliqués par ses partenaires.

La formulation de la condition de réciprocité pour l'application des traités et accord internationaux en France par l'article 55 de la Constitution⁷⁰⁸ rappelle que ces actes conservent un aspect contractuel, du moins, quant à leurs effets. Cela prouve que la deuxième résistance qui demeure, en plus de celle relative au consentement examinée plus haut, est la condition relative à la réciprocité, pour que les traités et accords internationaux soient, toute proportion gardée, considérés comme possédant un caractère unilatéral leur permettant de générer des obligations d'agir en droit national.

Si les traités étaient applicables en France sans la condition de réciprocité, cette circonstance les rapprocherait de plus en plus de la source unilatérale⁷⁰⁹, une des conditions nécessaires à l'existence de l'obligation d'agir en droit interne. Il faudrait donc que la France révise sa Constitution, afin de supprimer

⁷⁰⁶. L. DUBOUIS, « *Le juge administratif français et les règles du droit international* », art. précité, p. 22.

⁷⁰⁷. C.E. ass., 29 mai 1981, « *Rekhou* », Rec., p. 219 ; R.D.P. 1981, p. 1707, concl. Théry ; voir C.E., 27 février 1987, « *Nguyen Van Giao* », Rec., p. 77.

⁷⁰⁸. Cet article 55 dispose que les traités et accords internationaux ont « une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

⁷⁰⁹. Certes les traités ont, en vertu de l'article 55 précité de la Constitution, une autorité supérieure à celle des lois, mais la condition de réciprocité vaut pour les traités et non pour les lois.

la condition de réciprocité pour que les traités puissent être à l'origine d'obligations d'agir. Néanmoins, une telle démarche serait insuffisante car cette condition relève du droit international coutumier, c'est-à-dire qu'elle s'applique à tous les Etats, même en cas de silence de leurs droits nationaux. Dès lors, S. Regourd est fondé à juger inutile la condition de réciprocité formulée par la Constitution française. Car même si celle-ci était réservée sur la question, cette règle serait applicable à la France, et cette dernière pourrait aussi l'invoquer⁷¹⁰.

Mais, même si cette règle n'ajoute rien au droit positif, il est certain que sa formulation par la Constitution est un gage de clarté dans la mesure où rien n'empêche à l'Etat français d'instituer une règle plus favorable à la formation d'obligations d'agir d'origine internationale, en déclarant par exemple que les traités internationaux ou certains d'entre eux sont applicables en France et ce, dans tous les cas-application ou pas par (la ou) les autres parties. Il convient dès lors de se demander si une disposition d'une telle ampleur serait souhaitable.

Il est permis de douter que la modification du *statu quo* soit opportune car les rapports entre les Etats sont en principe de nature contractuelle. Les traités internationaux octroyant généralement des droits et imposant des obligations aux ressortissants de différents Etats membres, la France ne peut se permettre de supporter des obligations et, éventuellement, des obligations d'agir au profit des ressortissants d'Etats-parties sans que ces derniers fassent de même pour les français résidant sur leurs territoires pour des raisons de coût et de politique interne. En revanche, il serait souhaitable que la règle de réciprocité ne puisse plus être invoquée s'agissant des traités portant sur un intérêt mondial ou universel⁷¹¹.

Sur cette question, le droit international semble emprunter une solution opposée. Ainsi, selon la convention de Vienne, la condition de réciprocité ne

⁷¹⁰. S. REGOURD, « L'article 55 de la constitution et les juges : de la vanité de la clause de réciprocité », R.G.D.I.P. 1983, pp. 780 et 795.

⁷¹¹. Ex : le traité du 1^{er} décembre 1959 relatif au désarmement de l'Antarctique ou la convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique ou les conventions relatives aux droits de l'homme.

s'applique qu'aux violations substantielles des traités par la ou les autres parties⁷¹². Relèvent de telles violations le rejet illicite du traité ou la « violation d'une disposition essentielle » pour la réalisation de son objet ou de son but⁷¹³. La règle de réciprocité paraît donc applicable aux traités d'envergure mondiale. Cependant, le paragraphe 5 de l'article 60 de la même convention semble exclure de la condition de réciprocité, les dispositions relatives aux droits de l'homme. Cette exception est justifiée car les conventions relatives aux droits de l'homme contiennent en principe des « droits qui *doivent être respectés en tous lieux et toutes circonstances et ne sont par conséquent susceptibles d'aucune dérogation* »⁷¹⁴.

Les analyses qui viennent d'être faites aboutissent à une conclusion assez ambiguë, mais logique. Elle est -c'est un rappel- la suivante. Le droit international peut être source d'obligations d'agir car le juge international applique aux Etats des normes auxquelles ils n'ont pas forcément consenti ; il s'agit surtout des principes généraux du droit international ; les normes de cette nature ne cessent de s'élargir. Il semble même, que les dispositions de la Charte des Nations Unies « sont aujourd'hui devenues des normes coutumières »⁷¹⁵ applicables à tous les Etats, y compris à ceux qui ne sont pas membres de l'ONU.

En revanche, le droit international classique ne peut être considéré actuellement comme étant une source d'obligations d'agir en droit interne car les juridictions françaises et, notamment, le juge administratif, considèrent aussi bien les traités que les normes informelles de droit international comme une source contractuelle imposant des obligations de faire, et non comme une source unilatérale pouvant être à l'origine d'obligations d'agir. Les obstacles sont

⁷¹². Article 60, §1 et 2 de la convention de Vienne.

⁷¹³ Article 60, §3 de la convention de Vienne.

⁷¹⁴. P.-M. DUPUY, «*Droit international public* », op. cit., p. 226, n° 211.

⁷¹⁵. P. DAILLIER et A. PELLET, «*Droit international public* », op. cit., p. 250, n° 160.

l'exigence du consentement relatif à la réception en France de la norme internationale et la prise en compte de la règle de réciprocité.

Toutefois, le problème de l'unilatéralité que toute source d'obligation d'agir doit avoir, reçoit une solution différente en droit de l'Union européenne.

B- La source européenne

Eu égard à la question de savoir si la source européenne possède ou non un caractère unilatéral lui permettant d'être à l'origine d'obligations d'agir, l'étude distincte de cette source peut *a priori* étonner car d'aucuns peuvent objecter que les analyses précédentes relatives au droit international classique lui sont applicables. P. Daillier et A. Pellet ne traitent-ils pas, dans leur imposant ouvrage, le droit européen de façon transversale sous le titre générique de « Droit international public »⁷¹⁶ ? En réalité, contrairement à la conclusion précédente, l'unilatéralité, une des conditions de l'existence de l'obligation d'agir, de la source européenne peut, toute proportion gardée, être valablement mise en avant grâce essentiellement à deux aspects.

Il s'agit, premièrement, de la procédure d'adoption. Ainsi, si un vote à la majorité suffit pour que le droit dérivé européen⁷¹⁷ entre en vigueur, il sera alors possible de déduire qu'il pourra contenir des obligations d'agir. Car, dans ce contexte, l'Etat français pourra se voir imposer des obligations sans qu'il les ait choisies ou du moins acceptées. C'est en cela, entre autres, que la source européenne posséderait un caractère unilatéral lui permettant d'être à l'origine d'obligations d'agir à l'encontre notamment de l'Etat français. Il convient de noter que c'est bien le cas car dans la procédure d'adoption du droit dérivé

⁷¹⁶. P. DAILLIER et A. PELLET., *Droit international public* », op cit.

⁷¹⁷. C'est le droit qui vient s'ajouter aux traités de base.

européen, le vote à l'unanimité est exceptionnel⁷¹⁸, celui à la majorité étant la règle.

Deuxièmement, même dans l'hypothèse où un texte n'entre en vigueur que s'il est ratifié par tous les Etats, l'unilatéralité du droit européen ne peut être définitivement exclue. Ainsi, dans le cas des traités européens qui doivent être consentis par tous les Etats membres ou ne peuvent être applicables à un Etat sans son consentement⁷¹⁹, le droit européen conserve, néanmoins, un caractère unilatéral lui permettant d'imposer aux Etats membres dont la France des obligations d'agir grâce à la non application, dans cet espace juridique, de la règle de réciprocité. En effet, un Etat membre ne peut invoquer cette règle afin de s'abstenir d'appliquer un traité, du moins, selon la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes⁷²⁰.

Cependant, la Constitution française soumet trois aspects du traité sur l'Union européenne à la condition de réciprocité. Il s'agit des « transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire », de « la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres »⁷²¹ et du « droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales » pour les ressortissants des Etats de l'Union résidant en France⁷²². En réalité, la question se pose de savoir si cette condition n'est pas introduite dans la Constitution à l'occasion de la révision du 25 juin 1992 simplement pour faire cesser les oppositions au traité sur l'Union européenne, dit traité de Maastricht⁷²³. Car la formulation d'une telle condition n'a, au fond, aucune utilité.

⁷¹⁸. J.-P. JACQUE, « *Droit institutionnel de l'Union européenne* », Dalloz, Paris, 3^{ème} éd. 2004, p. 310, n° 507.

⁷¹⁹. On le voit souvent aujourd'hui s'agissant du traité sur la Constitution européenne.

⁷²⁰. Voir par ex. C.J.C.E. aff. 7/71, « *Commission c. République française* », Rec., p. 1003.

⁷²¹. Art. 88-2 de la Constitution de 1958.

⁷²². Art. 88-3 de la Constitution de 1958.

⁷²³. En effet, certains pensaient que la France avait pris des engagements qui allaient trop loin dans l'abandon de sa souveraineté.

En effet, du moment que l'Union européenne dispose d'un juge, la C.J.C.E., chargé de sanctionner les manquements des Etats membres aux obligations qu'ils ont contractées, la France peut, sans formuler dans sa Constitution une condition de réciprocité, contester tout manquement de ses partenaires à tout traité et, notamment, au traité sur l'Union, devant ce juge. Il est dès lors permis de déduire que cette condition n'aura en principe, pour ces mêmes raisons, aucune portée en droit français, eu égard au contrôle du juge administratif.

En fait, si une violation par l'Etat français de l'un des trois engagements susrappelés est portée devant le juge administratif, celui-ci la sanctionnerait. Il ne chercherait pas à savoir si le même engagement est respecté ou pas par les autres Etats membres car ce contrôle revient à la C.J.C.E. qui peut bien évidemment être saisie par l'Etat français. Mettre en œuvre cette condition de réciprocité en droit interne serait contraire à l'esprit des traités qui ont institué la C.J.C.E., et au sens de la construction communautaire qui est résolument tournée vers plus d'intégration.

Cette position paraît, à première vue, s'opposer à la conclusion précédente, selon laquelle les juridictions françaises tiennent compte de la règle de réciprocité pour l'application des traités internationaux alors même que là-aussi existe un juge qui est la C.I. J. En réalité, la différence est que celle-ci reconnaît cette règle, contrairement à la C.J.C.E. qui la refuse.

En clair, le droit de l'Union possède bien le caractère unilatéral, une des conditions *sine qua non* pour qu'un droit de quelque nature qu'il soit puisse être source d'obligations d'agir à l'encontre des personnes publiques. G. Guiavarc'h a pu justement écrire, à propos du droit européen, que l'Etat français « se trouve désormais obligé à l'égard des normes qui ne lui sont plus endogènes mais extérieures, et qui ne fonctionnent plus sur un mode volontariste, comme le veut la plupart du temps le droit international, mais sur un mode quasi-contraignant et

unilatéral »⁷²⁴. Autrement dit, les personnes publiques françaises peuvent supporter des obligations d'agir d'origine européenne. Celles-ci ne font pas « de doute »⁷²⁵. Des exemples seront exposés dans le titre premier de la deuxième partie. La source internationale a fait prendre conscience de certains problèmes que peut poser l'identification de l'obligation d'agir des personnes publiques.

* *
*
*

La délimitation par la source de l'obligation d'agir aboutit au résultat suivant : seule une source unilatérale peut générer une obligation d'agir. Cette délimitation a, en outre, conduit à considérer qu'en dépit de leur objet similaire, à savoir l'exécution d'un acte obligatoire, l'obligation d'agir est à distinguer de l'obligation de faire car ces obligations ont deux sources différentes. La première a une source unilatérale et la seconde une source contractuelle. Cette distinction ne pose pas de problèmes aigus en droit national puisque chaque obligation relève de l'une ou de l'autre source et comporte des conséquences différentes qui sont fonction de cette appartenance.

Au contraire, en droit international, excepté le droit européen, la distinction entre sources unilatérale et contractuelle n'est pas toujours aisée car, *a priori*, tous les traités ont un caractère contractuel. Néanmoins, il convient de remarquer que certaines sources du droit international telles que les principes généraux du droit et les décisions de certaines organisations ont un caractère unilatéral. Elles peuvent, par conséquent, générer des obligations d'agir internationales. Mais les juridictions administratives françaises hésitent encore à en faire application en droit interne.

⁷²⁴. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incompétence du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 548.

⁷²⁵. G. GUIAVARC'H, *Ibid.*, p. 551.

Le fait d'avoir démontré que l'obligation d'agir a une source unilatérale ne suffit pas à délimiter entièrement cette notion. La raison en est que d'une part la source unilatérale n'engendre pas uniquement des obligations d'agir. Elle peut également être à l'origine d'obligations d'autre nature. D'autre part, les obligations d'agir ne sont pas uniformes. Il convient par conséquent de délimiter leurs contours.

CHAPITRE 2 :

LA DELIMITATION DES CONTOURS DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES

La source unilatérale ne génère pas que des obligations d'agir. C'est une des raisons pour lesquelles ces dernières doivent être délimitées. Cette délimitation se fera à travers des distinctions. En effet, l'obligation d'agir doit être distinguée de notions qui lui sont voisines. A cet égard, l'opposition qui existe entre elle et l'obligation de non agir est suffisamment claire pour qu'on ne s'y attarde pas. En revanche, la distinction entre l'obligation d'agir et celle qu'il convient de qualifier de simple (Section 1) n'est pas toujours évidente.

De plus, l'obligation d'agir est à délimiter par rapport à elle-même car elle n'est pas une notion uniforme. Elle se divise en effet en deux catégories : certaines obligations d'agir sont déterminées, en ce sens que les personnes publiques ne jouissent dans leur mise en œuvre que de très peu de liberté ; d'autres sont indéterminées pour la raison inverse. Il conviendra donc de mieux préciser cette distinction (Section 2).

Section 1- La distinction entre obligation d'agir et obligation simple

Certaines obligations administratives ne comportent pas l'accomplissement d'actes en tant que tels. C'est pourquoi, pour les distinguer des obligations d'agir qui, elles, comportent des actes plus ou moins précis à la charge des personnes publiques, il convient de les qualifier d'obligations simples. Le problème est que l'obligation simple regroupe des catégories. Il faudra donc distinguer l'obligation d'agir des catégories de l'obligation simple (§1) avant d'étudier l'intérêt de cette distinction (§2).

§1- La distinction entre obligation d'agir et les différentes catégories de l'obligation simple

Tandis que l'obligation d'agir est l'obligation d'exercer un acte juridique ou matériel, l'obligation simple est en principe l'obligation que la personne publique rencontre quand elle agit. L'obligation simple se divise en deux catégories : l'obligation générale et l'obligation de se conformer à la légalité. Il convient dès lors de chercher ce qui distingue chacune de ces catégories de l'obligation d'agir.

A- La distinction entre obligation d'agir et obligation générale

Certaines obligations administratives peuvent être qualifiées de générales dans la mesure où elles ne mettent pas à la charge des personnes publiques une attribution particulière, précise. Néanmoins, ces obligations générales conservent une certaine utilité car elles peuvent être à l'origine d'obligations d'agir conformes à l'idée qu'elles expriment. Ainsi, il est permis d'affirmer que c'est l'obligation générale de sécurité de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme du 26 août 1789 qui a généré l'obligation de surveillance de manifestations⁷²⁶ et sur les plages⁷²⁷.

De même, l'obligation générale d'emploi formulée par l'alinéa 5 du préambule de 1946 a donné naissance à des obligations d'agir comme la création de l'agence nationale pour l'emploi ou la détermination de programmes de formation destinés à permettre aux chômeurs d'avoir du travail. De même encore, l'obligation de bon fonctionnement du service public ne peut être considérée comme étant une obligation d'agir car elle est trop générale. Mais

⁷²⁶. C.E., 16 mars 1956, « *Epoux Domenech* », Rec., p. 124.

⁷²⁷. C.E., 9 février 1966, « *Ville du Touquet* », Rec., p. 91.

elle est intéressante dans la mesure où elle peut générer des obligations d'agir. L'exemple type est l'obligation de signalisation des dangers⁷²⁸.

Ces exemples montrent que la distinction entre l'obligation d'agir et l'obligation générale apparaît surtout dans la façon dont elles sont formulées. Au fond, l'obligation générale de sécurité et l'obligation de surveillance de manifestations sont très proches. La seule différence est que dans le premier cas, l'obligation est générale en ce sens qu'elle vise plusieurs hypothèses, y compris donc la surveillance de manifestations, mais dont on ne peut *a priori* avoir connaissance, alors que dans le second cas, l'obligation a un objet précis. Il en est de même de l'obligation de bon fonctionnement des services publics qui, de par sa formulation, ne vise pas un acte précis ou, ce qui revient au même, vise plusieurs actes possibles, alors que l'obligation de signalisation qui peut pourtant être considérée comme une obligation de bon fonctionnement ne souffre pas d'ambiguïté car son objet est connu. La même remarque pourrait être faite s'agissant de l'obligation générale d'emploi pesant sur l'Etat.

Par conséquent, une obligation apparaîtra comme une obligation générale lorsqu'elle sera formulée ou rédigée en des termes vagues, et comme une obligation d'agir quand, au contraire, elle sera formulée en des termes plus précis ou sera appliquée dans un cas concret.

Il convient enfin de souligner que la notion même de bon fonctionnement est une exigence qui va au-delà de l'obligation d'agir. Pour rester sur l'exemple de la signalisation, on conçoit bien que si les textes imposent les dimensions des panneaux, l'intensité de l'éclairage..., on a affaire à des conditions qui se rajoutent à l'obligation d'agir, autrement dit, à des conditions relatives à la légalité.

⁷²⁸. C.E, 10 mai 1950, « *Dubois* », Rec., p.279 ; C.E, 7 mars 1958, « *Dame Piel* », Rec., p. 154.

B- La distinction entre obligation d’agir et obligation de se conformer à la légalité

Par obligation de se conformer à la légalité, il faut entendre les obligations que les personnes publiques rencontrent au moment où elles exercent leurs actes. Dans ces obligations, peuvent être classées des obligations positives, mais qui ne peuvent être considérées comme étant des obligations d’agir, même si elles s’y apparentent fortement. La raison en est que les obligations de se conformer à la légalité portent sur les conditions d’exercice des actes administratifs, alors que l’obligation d’agir concerne l’initiative, l’impulsion des actes eux-mêmes. Ainsi, l’obligation de transmettre au préfet une décision municipale d’octroi d’un permis de construire est une obligation de se conformer à la légalité alors que la décision elle-même relève de l’obligation d’agir si les conditions d’octroi du permis sont réunies.

De même, l’obligation de motiver une décision administrative explicite de refus est une obligation de se conformer à la légalité. En revanche, l’obligation de prendre la décision elle-même est une obligation d’agir. Cela ne signifie pas que la personne publique doit prendre une décision de refus, mais qu’elle doit prendre une décision tout simplement. A la lumière de l’article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979, celle-ci n’a pas à être motivée si elle est favorable à l’administré ; elle ne doit l’être que si elle est défavorable⁷²⁹. Dans ce cas, c’est au juge de décider si la motivation est fondée ou pas.

⁷²⁹. Voir M. Azibert & M. de Boisdeffre, chr. A.J.D.A. 1987, pp. 708 & 709. L’art. 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l’amélioration des relations entre l’administration et le public, modifié par les art. 26 et 29 de la loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 dispose que « les personnes physiques ou morales ont le droit d’être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. A cet effet, doivent être motivées les décisions qui :

- restreignent l’exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ;
- impliquent une sanction ;
- subordonnent l’octroi d’une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ;
- retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ;
- opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ;

Ainsi, dans un arrêt « Consorts M. »⁷³⁰, la candidature de I. M. en classe préparatoire a été refusée par le lycée Descartes à Tours. Celui-ci a motivé sa décision par l'insuffisance des résultats de l'élève au regard des places disponibles. Le juge a estimé que cette motivation est suffisante et n'a pas annulé la décision de refus. Il ne faut donc pas confondre l'obligation de se conformer à la légalité avec l'obligation d'agir.

L'interrogation permettant d'identifier cette dernière doit porter sur l'initiative de l'action. Autrement dit, dans quelle situation la personne publique doit agir ? Les questions : comment, quand, dans quel sens, dans quel but⁷³¹, la personne publique doit agir sont à exclure⁷³². Car l'obligation d'agir est une notion essentiellement objective. Elle correspond dans le contentieux administratif, à la faute résultant de l'abstention tels que les défauts de surveillance⁷³³ et d'application d'un règlement⁷³⁴. Dans son action, si l'administration est condamnée pour avoir mal agi parce que les renseignements qu'elle a donnés sont erronés⁷³⁵ ou parce qu'elle n'a pas respecté le délai normal pour agir⁷³⁶, etc., il faut convenir que dans ces cas, elle est sanctionnée, non pour avoir méconnu ses obligations d'agir, mais pour avoir transgressé leurs

-refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ;

-refusent une autorisation... ».

⁷³⁰. C.E. sect., 23 octobre 1987, « Consorts M. », A.J.D.A. 1987, p. 758.

⁷³¹. Selon EISENMANN, le but est « un élément de la réglementation des pouvoirs de l'organe » (« *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p. 278). Néanmoins, cette affirmation paraît discutable.

Il est vrai, comme le pense cet auteur, que le but est psychologique (Ibid., p. 273) et, existe au plus tard au moment où la décision est prise. De ce point de vue, il serait donc une règle de compétence.

En réalité, ce qui intéresse le droit et le juge n'est pas le but psychologique, à savoir « l'intention » (Ibid., p.274), mais celui effectivement réalisé, qu'il soit conforme au but premier, c'est-à-dire à « l'intention », ou non. Ici, le but intervient après l'acte. Comment donc un élément qui est postérieur à l'acte peut-il être considéré comme une règle de ce même acte ? De toutes façons, que le but poursuivi soit licite ou illicite, ces attributs sont sans influence sur la nature de l'attribution.

⁷³². Ces questions sont importantes pour juger de la validité des actes administratifs (voir MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, pp. 307 et 308) et non pour identifier de façon théorique l'action obligatoire de l'Administration.

⁷³³. C.E., 7 juillet 1954, « *Monsangeon* », Rec., p.432.

⁷³⁴. C.E., 13 février 1942, « *Ville de Dôle* », Rec., p.48.

⁷³⁵. C.E., 23 octobre 1957, « *Cornilliat* », Rec., p. 548.

⁷³⁶. C.E., 17 juillet 1953, « *Narce* », Rec., p. 384.

conditions d'exécution ou la légalité. Cette distinction est d'autant plus justifiée qu'elle présente un grand intérêt.

§2- L'intérêt de la distinction entre obligation d'agir et obligation simple

Il faut observer que le terme « obligation simple » sera plus souvent employé ultérieurement dans le sens d'obligation de se conformer à la légalité. La raison est que c'est celle-ci génère plus souvent de confusions quant à sa distinction avec l'obligation d'agir que l'obligation générale. Car en droit administratif, comme dans le droit en général, il existe généralement dans une situation identique deux sortes de normes impératives correspondant à l'obligation d'agir et à l'obligation de se conformer à la légalité.

Ainsi, l'obligation pour le maire, de prendre une mesure obligatoire de police ne peut être confondue avec celle de transmettre cette mesure au représentant du gouvernement, c'est-à-dire le préfet. De même, l'obligation de juger et celle de motiver les jugements ne peuvent être mises sur le même plan. Dans les premiers cas de ces exemples, la personne publique « réalise »⁷³⁷ la règle ou le droit ; elle influe sur le droit, donc elle agit. Dans les seconds, elle respecte le droit ; elle s'y conforme, s'y soumet.

Il est loisible d'objecter que, aussi bien dans les premiers que dans les seconds, il y a la présence d'actes. Or en réalité, il n'y a dans ces illustrations que deux actes, et non quatre. L'acte de transmission ne peut être séparé de l'acte de police puisqu'il fait partie des formalités que doit respecter ce dernier. De même, la motivation d'un jugement ou, selon la loi du 11 juillet 1979 précitée, de toute décision administrative individuelle défavorable n'est pas un acte qui se sépare fondamentalement du jugement ou de la décision administrative, elle en est une composante.

⁷³⁷. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, pp. 193 et 229.

Bien plus, dans les premiers cas, la personne publique peut, dans une certaine mesure, créer du droit. Ce qu'elle ne peut faire dans les seconds. C'est ainsi que dans l'obligation de prendre une mesure de police, l'autorité de police peut édicter des nouvelles mesures de restriction des libertés, lesdites mesures s'imposant à leurs destinataires. Il est évident que des nouvelles mesures ne peuvent voir le jour à suite de la simple exécution de l'obligation de transmettre un acte à une autorité supérieure.

A priori, cette distinction entre l'obligation d'agir et la légalité tout court paraît contestable car la première ne peut être séparée de la seconde, mais il y a là deux obligations de nature différente. L'obligation d'agir étant l'obligation d'exercer un acte, l'exercice de celui-ci doit se faire dans les conditions légales. Par conséquent, il existe une légalité propre à l'obligation d'agir et une légalité de l'exercice de cette même obligation d'agir, celle-ci étant moins importante que la première. Car, il arrive au juge de la sacrifier au profit de l'obligation d'agir elle-même. Ainsi, selon Lasry et George, lorsque le juge estime qu'un acte déjà effectué était obligatoire, il peut ne pas sanctionner certaines illégalités commises pendant son exercice et, par conséquent, ne pas engager la responsabilité de l'administration⁷³⁸, ou tout simplement ne pas annuler l'acte.

Souvent en effet, quand une personne publique a agi positivement dans des hypothèses d'obligations d'agir, le juge n'annule pas son acte, même si celui-ci n'a pas été fait conformément au droit, c'est-à-dire en violation d'obligations simples. La plupart du temps, dans ce cas de figure, le juge qualifie les vices de procédure⁷³⁹, le détournement de pouvoir⁷⁴⁰ et parfois même

⁷³⁸ C. LASRY et G-H. GEORGE, « *Responsabilité de la puissance publique* », art. précité, p. 783, n° 244.

⁷³⁹ C.E., 8 juin 1990, « *Dumarski* », Rec., p. 145. J.-M. WOEHRLING, « *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France* », Rev. Admin. 1999, n° spécial 7-1999 intitulé « les juridictions administratives dans le monde France-Allemagne », p. 95, col.1 ; Cependant (C.E., 19 mars 1971, « *Jacquemin* », Rec., p. 234).

⁷⁴⁰ C.E., 16 janvier 1959, « *Westermayer* », Rec., p. 43 ; C.E., 25 novembre 1959, « *Frère* », Rec., p. 622 ; C.E., 12 mai 1976, « *Gillet* », Rec., p. 1071.

la violation de la loi⁷⁴¹ de moyens inopérants⁷⁴², c'est-à-dire des moyens fondés, mais qui « sont *insusceptibles d'exercer une influence* sur la solution du litige »⁷⁴³ ou « sans intérêt pour le requérant »⁷⁴⁴; en principe, le juge n'annule pas un acte que la personne publique est obligée de prendre⁷⁴⁵.

Mieux ou pire selon qu'on approuve ou non la solution, par la technique de « la substitution de motifs »⁷⁴⁶, le juge substitue un motif légal à un motif illégal de l'acte obligatoire, afin de ne pas a⁷⁴⁷nnuler une obligation d'agir pourtant exécutée en méconnaissance du principe de légalité. Mais, à en croire G. Guiavarc'h, ce procédé n'est utilisé qu'en présence d'une obligation d'agir déterminée, c'est-à-dire une obligation d'agir tellement précise dans tous ses aspects qu'en ne laissant aucune marge de manœuvre à la personne publique, celle-ci n'a d'autre choix que de l'exécuter. C'est donc un procédé plus restreint, mais *a priori* plus choquant que celui des moyens inopérants.

Quoiqu'il en soit, de ces deux procédés se dégagent au moins deux enseignements.

Le premier sous forme de constat est que le juge fait privilégier l'obligation d'agir par rapport à l'obligation 'simple' dans le cas où il estime que la méconnaissance de cette dernière est excusable. Comme le souligne P. Weil, il existe « des illégalités vénielles, des fautes qu'il faut excuser »⁷⁴⁸. Cette

⁷⁴¹. C.E. sect., 6 novembre 1959, « *Coop. Laitière de Belfort* », Rec., p. 581.

⁷⁴². L'incompétence peut également être qualifiée de moyen inopérant (C.E., 21 novembre 1956, « *Lazarini* », Rec., p. 443 ; C.E., 2 octobre 1970, « *Gaillard* », A.J.D.A. 1971, p. 172). Cependant, il existe des exceptions (Ex : C.E., 9 avril 1986, « *Faugeroux* », Rec., p. 674 ; A.J.D.A. 1986, p. 500, note D. Chabanol ; L.P.A. 10 novembre 1986, p. 13, note B. Pacteau).

⁷⁴³. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 771, n° 921.

⁷⁴⁴. A.-S. MESCHERIAKOFF, « *La compétence liée permet-elle à l'administration de violer la loi* », art. précité, p. 577, col. 1.

⁷⁴⁵. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 439 & s.

⁷⁴⁶. G. GUIAVARC'H, Ibid., p. 442 ; J.-M. WOEHLING, « *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France* », art. précité, p. 95, col.1.

⁷⁴⁷. Même s'agissant des moyens inopérants, il semblerait que le juge ne les mette en œuvre qu'en cas de présence d'obligations d'agir déterminées (B. SEILLER, « *L'illégalité sans l'annulation* », A.J.D.A. 2004, p. 966, col. 2)

⁷⁴⁸. P. WEIL, « *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* », th. précitée, p. 255.

solution paraît la mieux adaptée car l'obligation d'agir doit, sauf exception, être exécutée. Selon R. Chapus, cette solution procède « d'une considération d'opportunité » : « l'annulation d'une décision que l'administration était tenue de prendre serait inutile ; la décision devrait en effet être reprise »⁷⁴⁹. Néanmoins, l'obligation d'agir ne peut complètement s'affranchir du carcan juridique qui est le principe de légalité. C'est en fait une question de dosage dont la jurisprudence administrative sait bien faire preuve dans la mesure où elle est avant tout une « prudence »⁷⁵⁰.

Le deuxième, c'est que si rien ne permet dans le contentieux de l'obligation d'agir d'établir des degrés entre les obligations d'agir, en revanche, entre celles-ci et les obligations 'simples', un ordre d'importance peut être trouvé grâce au fait que celles-là priment sur celles-ci.

Enfin, Kelsen pense que les obligations administratives, y compris les obligations d'agir, ont pour fonction de soumettre l'administration au droit. Il emploie, à cet égard, l'expression « obéissance au droit »⁷⁵¹. Mais il convient de remarquer que l'obligation simple suffit pour remplir cette exigence, et qu'en réalité l'obligation d'agir va plus loin. En effet, il semble qu'à travers elle, l'objectif serait de rendre l'administration utile socialement par des actions positives. Ce sont toutes les considérations d'intérêt général qui entrent en ligne de compte.

L'obligation d'agir n'est pas une notion uniforme car des catégories peuvent être trouvées en son sein. Elle est déterminée dans certains cas et indéterminée dans d'autres.

⁷⁴⁹. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 777, n° 927 ; voir aussi J.-P. DEMOUEVAUX et B. LAMORLETTE, « *Responsabilité en matière d'urbanisme* », art. précité, n° 118 ; G. TMSIT, « *Compétence liée et principe de légalité* », art. précité, pp. 221 & 222.

⁷⁵⁰. S. RIALS, « *Le juge administratif et la technique du standard* », th. Paris, 1980, 497. La jurisprudence est avant tout la « prudentia » latine que P. RICOEUR traduit par la « sagesse de jugement » (« *Le juste* », op. cit, p. 219).

⁷⁵¹. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p.353 & s.

Section 2- La distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée

Cette distinction a été rapidement et assez vaguement évoquée par certains auteurs, au travers de termes différents, mais qui en expriment la même idée. Ainsi, R. Romi montre que les obligations d'agir de la police administrative proviennent généralement soit de dispositions « spécifiques (visant un but précis, dans un domaine précis) », soit « de dispositions d'ordre général assignant à l'autorité une obligation de résultats plus ou moins bien définie »⁷⁵². De même, G. Guiavarc'h pense qu'il existe une obligation d'agir « juxtaposée avec une compétence liée » et une autre qui connaît un pouvoir discrétionnaire⁷⁵³.

Par conséquent, ces auteurs isolent des catégories qui rappellent la distinction entre l'obligation d'agir déterminée et l'obligation d'agir indéterminée sans réellement définir celles-ci. Il importe, par conséquent, de tenter d'abord de définir ces notions (§1) afin de mieux les distinguer l'une de l'autre avant d'étudier la portée de la distinction (§2) elle-même.

§1- La définition de l'obligation d'agir déterminée et indéterminée

Un essai de définition de ces deux types d'obligations d'agir va être tenté séparément afin de mieux faire apparaître l'idée directrice. Mais puisque le déterminé n'est pas toujours exclusif de l'indéterminé, il convient d'envisager l'étude des limites de cette distinction.

⁷⁵². R. ROMI, « *La responsabilité pour carence des autorités de police administrative* », art. précité, p. 29.

⁷⁵³. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 365 et p. 370 & s.

A-La définition de l'obligation d'agir déterminée

L'obligation d'agir déterminée regroupe des hypothèses dans lesquelles les personnes publiques n'ont ni le choix de leurs compétences, ni celui de leurs actes. Ces hypothèses peuvent être qualifiées de compétence liée ou, plus exactement, de compétence positive liée, car une obligation de non agir relève aussi de la compétence liée sans qu'on puisse parler dans ce cas d'obligation d'agir, et encore moins d'obligation d'agir déterminée. La détermination implique l'automaticité de l'action dans la mesure où, selon B. Kornprobst, l'administration « doit automatiquement agir de façon donnée ; elle n'a pas à rechercher quelle est la meilleure solution car il n'en existe qu'une : celle que la loi a prévue. Son rôle est, alors, comparable à celui d'une ouvreuse de théâtre à qui le spectateur remet son billet et qui le conduit à la place correspondante »⁷⁵⁴.

Par conséquent, pour qu'une obligation d'agir soit déterminée, il faut non seulement que l'action soit fixée par les textes ou la jurisprudence, mais que tous ses moments le soient aussi.

Entrent dans cette catégorie, par exemple, « l'avancement à l'ancienneté »⁷⁵⁵, la délivrance du permis de chasse⁷⁵⁶, les autorisations d'inscription à l'université⁷⁵⁷, l'engagement de poursuites en cas de

⁷⁵⁴. B. KORNPROBST, « *La compétence liée* », art. précité, p.939.

⁷⁵⁵. EISENMANN, « *Cours de droit administratif* », op. cit., t2, p.320.

⁷⁵⁶. Voir B. KORNPROBST, « *La compétence liée* », art. précité, p. 936. Cet auteur cite aussi « la délivrance des alignements individuels (...) la constatation des naissances d'enfants (...) la délivrance immédiate de déclaration d'ouverture d'un débit de boisson, la liquidation d'une dette, l'octroi d'un permis d'entrepôt » (Ibid., p. 944). Relèvent également de l'obligation d'agir déterminée l'obligation de tenir « à la disposition de tout habitant (...) de la commune des documents relatifs au budget et des procès-verbaux de séance du Conseil Municipal », celle d'attribuer « un logement à l'individu dont l'habitation a été totalement réquisitionnée », celle de délivrer des cartes d'électeur aux gens qui en ont droit, celle « de recouvrer l'impôt », celle d'inscrire au budget des collectivités territoriales certaines dépenses bien déterminées, etc. (Ibid., p. 944 & s.). Ces obligations peuvent paraître très nombreuses. Mais en réalité, elles sont résiduelles par rapport aux obligations d'agir indéterminées pour des raisons que nous verrons. Voir de même G. TIMSIT, « *Compétence liée et principe de légalité* », art. précité, p. 217.

⁷⁵⁷. Les personnes qui ont les titres requis et qui font des demandes d'inscription à l'université doivent être acceptées tant que les capacités d'accueil ne sont pas épuisées, en vertu de la loi du 24 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur (T.A. Rennes, 28 septembre 1995, « *Jehan et autres* », Rec., p. 584 ; L.P.A., avril 1996, n° 48 ; R.F.D.A. 1996, p. 345).

contraventions de grande voirie⁷⁵⁸, c'est-à-dire de tout fait occasionnant une dégradation du domaine public non routier ou empêchant l'usage auquel il est destiné, ou l'obligation des collectivités territoriales de déposer leurs fonds de trésorerie au Trésor public⁷⁵⁹. C'est le cas aussi lorsque les membres d'une association nouvellement créée ont envoyé le statut de celle-ci à la préfecture ; les services préfectoraux n'ont aucun autre pouvoir que celui de leur délivrer récépissé en vertu de l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901⁷⁶⁰. C'est le cas encore dans les hypothèses d'avis conformes ; ainsi lorsque le conseil de discipline départemental donne un avis de sanction moins sévère que celle prise par un maire contre un agent communal, le maire doit réviser sa sanction afin de se conformer à l'avis⁷⁶¹.

Les diverses illustrations peuvent laisser penser que l'obligation d'agir déterminée se confond avec l'obligation simple. En réalité, dans le premier cas, même si la liberté de la personne publique y est réduite, l'obligation porte sur l'impulsion de l'acte, alors que, dans le second cas, elle porte sur ses modalités. Ainsi, l'obligation -d'agir déterminée- du maire de célébrer un mariage donné contient l'obligation -simple- de demander l'avis des futurs époux. De même l'obligation -d'agir déterminée- de nommer des candidats à des emplois qui leur sont réservés entraîne l'obligation -simple- de les nommer dans l'ordre de leur inscription.

Il convient enfin de noter que les exemples d'obligation d'agir déterminée sont assez rares par rapport à ceux relevant de l'obligation d'agir indéterminée, ainsi que le fera implicitement apparaître la définition de cette dernière. La raison en est que l'obligation d'agir déterminée s'accorde mal avec la souplesse dont a besoin l'action administrative. C'est ce que semblent penser J. Rivero et

⁷⁵⁸ A. KOUEVI, « *L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie* », A.J.D.A. 2000, voir notamment p. 394 & 395.

⁷⁵⁹ Art. 43 du décret du 29 décembre 1962.

⁷⁶⁰ En ce sens, C.E., 21 octobre 1971, « *Dame de Beauvoir et sieur Leiris* », A.J.D.A. 1971, pp. 609 et 617.

⁷⁶¹ 11 juillet 1986, « *Santo* », tab. Décennales, 1985-94, t1, p.543.

J. Waline lorsqu'ils écrivent que l'administration « ne peut pas être transformée en une sorte de distributeur automatique de décisions »⁷⁶².

B-La définition de l'obligation d'agir indéterminée

L'idée de l'indétermination peut être résumée dans cette phrase de Rousseau lorsqu'il souligne que le gouvernement « sans s'éloigner directement du but de son institution (...) peut s'en écarter plus ou moins »⁷⁶³.

En effet, les personnes publiques ont souvent vis à vis de certaines de leurs missions en général et, vis à vis de certaines de leurs obligations d'agir en particulier, non un rapport de conformité, mais celui de compatibilité c'est-à-dire qu'elles peuvent exécuter leurs obligations d'agir tout en disposant dans cette exécution une marge de liberté. Cette compatibilité conduisant à l'indétermination de l'obligation d'agir peut se situer à deux niveaux différents, celui de l'acte d'une part, et celui du contenu de l'acte d'autre part.

1-L'indétermination de l'acte de l'obligation d'agir

C'est un aspect qui a été relevé entre autres par Eisenmann pour qui l'obligation d'agir n'est pas uniforme⁷⁶⁴. Il est vrai que l'administration est le plus souvent obligée de prendre un acte et uniquement lui seul, mais, parfois, elle est tenue de le prendre entre, au moins, deux actes -ou mesures- possibles.

Il en va ainsi de l'obligation de prendre une mesure de protection de l'ordre public en cas de menace grave à celui-ci⁷⁶⁵ ; la personne publique concernée peut édicter une décision d'interdiction ou intervenir

⁷⁶². J. RIVERO et J. WALINE, « *Droit administratif* », op. cit., p. 344, n° 406.

⁷⁶³. J.-J. ROUSSEAU, « *Du contrat social* », op. cit., p. 276.

⁷⁶⁴. EISENMANN, « *Cour de droit administratif* », op. cit., t2, pp. 269 et 270.

⁷⁶⁵. C.E., 23 octobre 1959, « *Sieur Doublet* », R.D.P., p. 1243.

matériellement⁷⁶⁶, avec la seule réserve, que les moyens employés soient adaptés à l'ampleur de la menace. En clair, c'est le choix qui existe au niveau des moyens de l'action qui explique que l'obligation d'agir peut être indéterminée. Cependant, si un acte unique doit être fait, cela ne signifie pas forcément que l'obligation d'agir est déterminée, car l'acte peut être indéterminé dans son contenu.

2- L'indétermination du contenu de l'acte exécutant l'obligation d'agir

Selon Kelsen, une «réglementation n'est jamais totale»⁷⁶⁷. Elle ne fait qu'offrir le « cadre » à l'intérieur duquel doivent se mouvoir les actes « de création de normes ou d'exécution matérielle »⁷⁶⁸. Par conséquent, la réglementation qui les prévoit est souvent interprétable. Ses points obscurs peuvent être qualifiés d'indéterminés.

Il serait faux de croire qu'il n'y a d'obligation d'agir que déterminée dans son contenu. A cet égard, S. Rials montre de façon tout à fait pertinente⁷⁶⁹ que l'indétermination de la règle de droit, c'est-à-dire l'utilisation de « standards textuels » ou jurisprudentiels, n'entame pas son impérativité. Selon lui, ces deux notions n'ont pas la même signification ; alors que l'impérativité « est une qualité extérieure au contenu même de la norme », elle est un ordre, la détermination ou l'indétermination « est une qualité interne à la norme, une modalité de la norme »⁷⁷⁰.

Par conséquent, l'obligation d'agir qui est avant tout une norme, peut avoir un contenu indéterminé sans que son caractère obligatoire soit diminué.

⁷⁶⁶. En effet, une mesure de police peut se traduire par un acte juridique ou un acte matériel (voir par exemple T.A de Grenoble, 4 juillet 1973, « Commune des Contamines- Montjoie », D. 1974, p. 81)

⁷⁶⁷. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 454 & s.

⁷⁶⁸. KELSEN, Ibid.

⁷⁶⁹. S. RIALS, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée, p. 272.

⁷⁷⁰. S. RIALS, Ibid., p. 272.

Dès lors le fait de considérer l'indétermination de l'obligation d'agir comme transformant cette dernière en faculté d'agir semble contestable. J.-M. Woehrling est fondé à souligner que « beaucoup de décisions qui sont commandées par l'application (...) des concepts juridiques indéterminés (ordre public, utilité publique, etc.) sont analysées comme constituant une question d'interprétation juridique, donc comme un point de droit, et non comme un élément de pouvoir discrétionnaire »⁷⁷¹. Ainsi, dans l'obligation de protection de l'ordre public, la notion d'ordre public est indéterminée quant à son contenu ; en effet, « *le bon ordre, la sûreté, la sécurité...* » peuvent avoir des contenus variables.

G. Guiavarc'h fait d'ailleurs remarquer que si la loi dresse une liste des évènements qui compromettent cet ordre public, celle-ci n'est pas exhaustive⁷⁷². Or dans certains cas, l'intervention des autorités de police pour préserver l'ordre public est obligatoire. Mais l'indétermination de celui-ci rend *ipso facto* ces hypothèses indéterminées. De fait, l'obligation d'agir qui en résulte est elle-même indéterminée. Il en va de même de l'obligation d'entretien normal des services ou ouvrages publics⁷⁷³ et de celle d'abroger un acte pour changement fondamental des circonstances⁷⁷⁴. En effet, l'entretien normal et le changement fondamental ne recèlent pas *a priori* une signification précise.

Enfin, l'obligation générale qui a déjà été définie⁷⁷⁵ est, elle aussi, indéterminée. Pourtant, elle ne peut être considérée comme étant une obligation d'agir indéterminée. La différence, c'est que dans l'obligation d'agir indéterminée il existe un acte qui fait défaut dans l'obligation générale. C'est le cas par exemple pour l'obligation générale de sécurité ou de celle de traiter de la même manière des usagers se trouvant dans des situations identiques.

⁷⁷¹. J.-M. WOEHRLING, « *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?* », Mélanges Braibant, Dalloz, 1996, p. 780.

⁷⁷². G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 87.

⁷⁷³. C.E., 22 avril 1966, « *Ville de Marseille* », Rec., p. 278.

⁷⁷⁴. C.E., 10 janvier 1930, « *Despujol* », Rec., p. 30 ; G.A.J.A., 14^{ème} éd., 2003, p. 267.

⁷⁷⁵. Voir §1 de la précédente section.

En vérité, le diptyque obligation d'agir déterminée et obligation d'agir indéterminée n'est pas absolu car, la plupart du temps, une même action obligatoire comporte, à des proportions diverses, des éléments déterminés et indéterminés.

C- La limite des définitions des obligations d'agir déterminée et indéterminée

La détermination et l'indétermination sont souvent présentes dans une même obligation d'agir.

Ainsi, l'obligation de réintégrer dans son poste un agent public révoqué ou licencié à tort, apparaît être une obligation d'agir déterminée. Mais en réalité, elle n'est déterminée que dans son objet car son moment ne l'est pas. En effet, aucun texte n'ayant fixé un délai à l'administration pour agir dans ce cas, c'est le juge qui, au contentieux, détermine si elle a respecté ou non un délai qui n'existait pas au départ⁷⁷⁶. Autrement dit, l'obligation de réintégration est déterminée dans son objet, mais indéterminée quant au délai pour agir.

L'obligation de prendre un texte d'application d'une loi peut parfois constituer une illustration inverse par rapport à la précédente. Il s'agit de l'hypothèse où le législateur oblige le gouvernement à prendre un décret d'application d'une loi en lui fixant en même temps un délai pour agir. Cette obligation est indéterminée dans son contenu car souvent celui-ci ou, du moins, tous les éléments du décret qui sera pris ne sont pas connus, et déterminée dans son moment car le délai pour agir a été fixé.

Par conséquent, une obligation d'agir peut contenir à la fois des éléments déterminés et indéterminés. Mais cette réserve ne remet pas en cause le principe de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée, une distinction qui a par ailleurs une assez large portée.

⁷⁷⁶. C.E., 18 octobre 1961, « *Parmentier* », Rec., p. 570 ; A.J.D.A., 1962, p. 186.

§2- La portée de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée

Quel est l'intérêt de distinguer l'obligation d'agir déterminée de l'obligation d'agir indéterminée ? C'est à cette interrogation qu'il convient de répondre en examinant, d'une part, la portée de la distinction sur le plan de l'initiative qu'ont les personnes publiques et, d'autre part, la portée juridictionnelle de la distinction.

A- La portée de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée sur le plan de l'initiative

Les personnes publiques ne disposent véritablement d'initiative que si elles jouissent d'une volonté et d'une liberté d'appréciation dans leurs obligations d'agir déterminées et indéterminées. La liberté -ou le pouvoir- d'appréciation apparaît en réalité être une composante, « une prérogative de la volonté »⁷⁷⁷, ainsi que le fera apparaître la définition de cette dernière. C'est la raison pour laquelle elle sera étudiée après la volonté. Néanmoins, la volonté donne à la distinction entre obligations d'agir déterminée et indéterminée une portée plus faible que la liberté d'appréciation. En effet, alors que la volonté est présente dans les deux obligations, la liberté d'appréciation ne se rencontre véritablement que dans l'obligation d'agir indéterminée.

1- La faible portée de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée sur le plan de la volonté

La résolution du problème de l'existence de la volonté dans l'obligation d'agir passe par celle de la définition de la volonté elle-même. Or dans la langue

⁷⁷⁷. P. FOULQUIE, « *la volonté* », Que sais-je, P.U.F., 1972, p. 70.

française, cette dernière comporte au moins deux sens⁷⁷⁸ qui se retrouvent d'ailleurs dans le droit en général, et dans le droit administratif en particulier. L'examen de ces deux sens montrera que, quel que soit le sens envisagé, les personnes publiques détiennent une volonté dans leurs obligations d'agir, qu'elles soient déterminées ou indéterminées. En effet, dans une de ses significations, la volonté est définie comme étant le fait de vouloir. Il est donc normal de conclure que c'est le législateur qui la détient.

La volonté étant rattachée à la liberté, au vouloir, la question se pose de savoir si elle est présente dans une action obligatoire. Autrement dit, pour une personne publique qui doit agir, est-ce qu'elle dispose en l'occurrence d'une volonté ? Ou plutôt, est-ce que l'obligation d'agir résulte d'un acte de volonté ? Il est courant depuis le 18^{ème} siècle de réserver, dans un Etat doté d'organes spécialisés, la volonté à l'autorité de décision et l'action à celle d'exécution. Si l'Homme regroupe en son sein les deux, l'Etat, lui, voit sa volonté appartenir au législateur et son action revenir au gouvernement⁷⁷⁹. Dans ce cas, ce dernier supportant des obligations d'agir déterminée et indéterminée en quelque sorte imposées de l'extérieur, il n'a pas de volonté. Si volonté il y a dans ce cas-là, elle serait purement formelle⁷⁸⁰.

Par conséquent, si l'on distingue dans les fonctions étatiques la volonté détenue par le pouvoir législatif et l'action exercée par le pouvoir exécutif⁷⁸¹, alors ce dernier ne dispose pas de volonté dans ses obligations d'agir qu'elles soient déterminées ou non. Néanmoins, sous la 5^{ème} République, le

⁷⁷⁸. Voir « *Le petit Robert* », éd., 1996, p. 2413.

⁷⁷⁹. Voir M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., pp. 160 et 161. Cette séparation se manifeste notamment dans le cadre du projet de loi de finances qui est voté par le parlement et exécuté par le gouvernement (V. DUSSART, P. ESPLUGAS et al., « *L'ordonnance du 2 janvier 1959 : 40 ans après* », op. cit., p.228).

⁷⁸⁰. P. PY, « *le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux* », th., L.G.D.J., 1976, p. 66.

⁷⁸¹. Voir M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 114 & s.

J.-J. ROUSSEAU exprime une idée très proche de celle-là. Selon lui, « toute action libre a deux causes qui concourent à la produire » : la première est « la volonté qui détermine l'acte » et la seconde « la puissance qui l'exécute » (« *Du contrat social* », op. cit., p. 114 & s.)

gouvernement dispose, lui aussi, dans certaines conditions, de pouvoir de décision⁷⁸². Par conséquent, les obligations d'agir créées par ce biais le sont par sa volonté.

Cette distinction entre l'organe délibérant qui veut et l'organe d'exécution qui agit paraît théorique. Chaque personne publique est en pratique considérée comme une personne à part entière sans distinction entre les organes qui la composent. De fait, en pratique toutes les personnes publiques détiennent une volonté dans leurs obligations d'agir déterminées et indéterminées.

En revanche, dans un autre sens, la volonté est purement et simplement assimilée à la décision, à l'action ou au pouvoir⁷⁸³. Elle serait, en effet, « un pouvoir absolu de décision ; absolu, c'est-à-dire indépendant de toute chose, y compris les impulsions naturelles et les données de l'intelligence »⁷⁸⁴. De ce

⁷⁸² art. 37 de la Constitution de 4 octobre 1958.

⁷⁸³ . Mais il est envisageable de se demander s'il est possible de vouloir sans pouvoir, et inversement, de pouvoir sans vouloir. Chez l'homme, l'un ne va pas sans l'autre. Selon V. JANKELEVITCH, la volonté ou la volition « n'est pas une puissance qui serait acquise ou apprise par apprentissage scolaire, qu'on pourrait donc avoir ou ne pas avoir » (« *Le Je-ne-sais-quoi et le Presque-rien : la volonté de vouloir* », vol.3, éd. Seuil, 1980 , p. 48). Elle est innée ; l'homme en dispose de toute manière. Et puisqu'elle est le commencement de tout (Ibid., p. 57), y compris du pouvoir, elle est pouvoir et le pouvoir est elle [Il faut noter que chez cet auteur, le pouvoir n'a pas le sens que nous lui donnons en droit, c'est-à-dire la faculté d'émettre des actes juridiques, mais un sens philosophique : il est « une simple possibilité logique de volonté » (op. cit, p. 48)]. Néanmoins, s'il est cité, c'est parce qu'il semble que son analyse de la volonté et du pouvoir est, dans une certaine mesure, aussi valable pour le droit.

Concernant la personne publique, volonté et pouvoir semblent entretenir des relations similaires, c'est-à-dire étroites. Ce qui l'explique, ce sont deux facteurs ; d'une part, ce sont des hommes qui représentent la personne publique, personne morale unique ; ils agissent en son nom et pour son compte. Comme l'écrit Bonnard, « la volonté n'est susceptible d'agir que sur les mouvements corporels de la personne titulaire de cette volonté » (« *Les droits subjectifs des administrés* », R.D.P. 1932, p. 720); d'autre part, l'organe délibérant et l'exécutif ne sont que des émanations de la personne publique, personne morale unique voulant et agissant (Voir M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 114 & s.). Là aussi, il faut souligner que l'organe délibérant et l'exécutif sont représentés par des hommes. En dernière analyse, toute problématique sur la volonté et le pouvoir se ramène à l'homme. C'est la raison pour laquelle la pensée philosophique comme celle de V. Jankélévitch qui raisonne justement sur l'être humain paraît valoir pour le droit. En conséquence, la volonté est détenue à l'égard de toute obligation d'agir déterminée ou indéterminée aussi bien par l'assemblée délibérante que par l'exécutif de toute personne publique.

⁷⁸⁴ . C'est la conception commune de la volonté dégagée notamment par P. FOULQUIE (« *La volonté* », op. cit., p. 40). Mais cet auteur la rejette. Selon lui, « Je veux parce que je veux » n'explique rien. Dès lors, il établit une étroite relation entre la volonté et la raison. D'après lui, « la volonté consiste à se conformer à la raison (Ibid., p. 70). Elle provient d'« une synthèse rationnelle »(Ibid., p.

point de vue, la distinction entre l'obligation d'agir déterminée et indéterminée semble derechef inutile car la volonté serait présente dans l'une ou l'autre obligation. Les tenants de cette position sont majoritaires.

Hauriou soutient que la volonté existe dans tous les actes administratifs juridiques et, par conséquent, dans les obligations de prendre lesdits actes. Mais, cette volonté est extérieure dans la mesure où elle se manifeste dans des actes concrets tels que décret, arrêté, etc., l'acte verbal étant assez exceptionnel. Selon lui, acte juridique administratif « signifie décision exécutoire, et décision exécutoire signifie déclaration de volonté »⁷⁸⁵. Cependant, réserver la volonté aux seuls actes juridiques paraît réducteur. N'y a-t-il pas par exemple de volonté dans l'exécution de cheptels dont une ou plusieurs bêtes sont atteintes de la maladie de la vache folle ? Une réponse positive semble s'imposer car c'est la volonté qui permet à l'autorité compétente, en l'occurrence, le préfet, d'exécuter son obligation d'agir. Pourtant, celle-ci est matérielle⁷⁸⁶. Cela prouve en outre que ce serait une erreur que de vouloir réserver la volonté uniquement aux obligations déterminées ou indéterminées d'édition d'actes juridiques.

De même pour Jèze⁷⁸⁷, la volonté est toujours présente dans les actes administratifs et donc, y compris, dans l'obligation d'agir. Ainsi, pour lui, la loi du 21 mars 1905, qui réserve dans son article 73 certains emplois civils à certains anciens militaires selon un ordre de classement, formule une compétence liée ou une obligation d'agir déterminée -ce qui est en l'occurrence la même chose- à l'encontre de l'autorité administrative compétente à cet effet.

Jèze souligne que malgré la liaison de sa compétence, l'autorité qui doit nommer a une volonté, parce que sans sa décision, le militaire ne pourra pas occuper le poste qui lui est pourtant réservé. De même, s'agissant de l'effet de

44) des forces de « tendances inférieures ou sensibles et tendances supérieures ou spirituelles » (Ibid., p. 41).

⁷⁸⁵. HAURIOU, « *La déclaration de volonté dans le droit administratif français* », art. précité, p. 549.

⁷⁸⁶. Les limites de la distinction entre acte matériel et juridique ont été soulignées dans l'introduction de cette étude.

⁷⁸⁷. JEZE, « *Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français* », R.D.P., 1923, pp. 59 et 60.

l'obligation de délivrance du permis de chasse -cette obligation d'agir peut être déterminée ou indéterminée selon que les conditions de l'octroi du permis sont claires ou floues- à un administré remplissant les conditions en cas d'une demande de sa part, cet effet, « c'est-à-dire la possibilité pour l'administré de chasser »⁷⁸⁸, ne se réalisera que si le permis lui a été délivré. B. Kornprobst partage cette idée puisque pour lui la volonté réside dans la « décision d'édicter ou de ne pas édicter l'acte »⁷⁸⁹.

Toutes ces prises de positions montrent que la personne publique compétente pour exécuter une obligation d'agir dispose d'une volonté uniquement parce qu'elle a la possibilité d'y opposer un refus quelles que soient, par ailleurs, les conséquences juridiques qui peuvent advenir. Cela est d'autant plus clair que certains de ces auteurs affirment qu'en cas de refus de l'autorité compétente, le juge ne peut se substituer à lui pour exécuter l'obligation⁷⁹⁰ d'agir. Comme le note justement P.Py, le refus dans ce cas de la substitution ne s'explique pas par la « qualité de juge » car le statut de celui-ci ne l'interdit pas, mais par le principe de séparation des pouvoirs et, plus exactement, « de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active »⁷⁹¹. Le juge, en acceptant d'exécuter une obligation d'agir en cas d'abstention de la personne publique compétente, se comporterait, en fait, comme un supérieur hiérarchique. Ce qui aboutirait à une confusion entre la juridiction et l'administration.

Ce risque explique et justifie le refus du juge administratif de se substituer à une personne publique qui s'abstient d'agir. La volonté de cette dernière ne semble pas pour autant définitivement protégée. Car la substitution qui est un « procédé permettant à l'autorité qui en est titulaire d'agir à la place du

⁷⁸⁸. P. PY, « *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux* », th. précitée, p. 65.

⁷⁸⁹. B. KORNPROBST « *La compétence liée* », art. précité, p. 940.

⁷⁹⁰. JEZE, « *Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français* », art. précité, p. 60 ; P. PY, « *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux* », th. précitée, p. 65.

⁷⁹¹. P. PY, « *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux* », th. précitée, p. 65.

défaillant »⁷⁹² est un pouvoir qui peut être mis en œuvre par l'autorité administrative supérieure. Il convient donc de se demander si, dans les cas où la substitution est possible et mise en œuvre, l'autorité publique normalement compétente dispose toujours d'une volonté.

Il convient d'apporter à cette interrogation une réponse positive car la substitution n'ayant pas pour objet de contraindre la personne publique initialement compétente d'agir, son abstention et, partant, sa volonté est respectée. Cela prouve que, contrairement à l'opinion des auteurs précédents, la substitution ne paraît pas être une entrave à la volonté. Au contraire, elle respecte et protège la volonté de celui qui devait être l'auteur ou le débiteur de l'obligation d'agir. Ce qui est véritablement un obstacle à la volonté, c'est la contrainte⁷⁹³ qui est déguisée en matière d'obligation d'agir à travers d'autres procédés tels que l'injonction ou l'astreinte.

Par conséquent, si l'administration dispose d'une volonté dans une obligation d'agir déterminée dans laquelle elle ne jouit en principe d'aucune liberté, *a fortiori* il ne peut aller autrement s'agissant de l'obligation d'agir indéterminée. Seulement, cette volonté est réduite « au minimum »⁷⁹⁴ dans l'obligation d'agir déterminée parce que le contenu est par définition déjà déterminé ; le rôle de la volonté est, dans ce cas, « uniquement formel »⁷⁹⁵. Ce rôle est, en revanche, « déterminant » dans l'obligation d'agir indéterminée car le débiteur de l'obligation peut soit décider de son contenu, soit, si le contenu est déjà fixé, décider de la production de ses effets.

Il vient d'être souligné que sur le terrain de la volonté, les obligations d'agir déterminée et indéterminée ne se distinguent pas car, la personne publique la détient dans tous les cas même si, par ailleurs, elle est moins présente dans la

⁷⁹². C.-H. VIGNES, « *le pouvoir de substitution* », R.D.P. 1961, p. 754.

⁷⁹³. Voir le dernier chapitre de cette étude.

⁷⁹⁴. P. PY, « *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux* », th. précitée, p. 37.

⁷⁹⁵. P. PY, *Ibid.*, p. 38.

première que dans la seconde. Mais il en va autrement de la liberté d'appréciation.

2- La large portée de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée sur le plan de la liberté d'appréciation

L'appréciation renvoie au jugement. Une autorité quelconque peut apprécier son obligation d'agir si elle peut y apporter un jugement ou un « avis »⁷⁹⁶. La liberté d'appréciation conduit souvent la personne publique à choisir le moment de l'action, à juger que celle-ci risque de générer des troubles à l'ordre public et s'abstenir d'agir... En principe, la personne publique détient cette liberté quand la norme ou l'obligation qu'elle a à édicter ou à appliquer n'est pas complètement déterminée⁷⁹⁷. S'agissant de la liberté d'appréciation en matière d'obligation d'agir, G. Guiavarc'h semble penser que la personne publique ne l'a pas⁷⁹⁸. Mais en réalité, ces deux notions ne s'excluent pas forcément.

Il est vrai que si on ne peut l'exclure totalement, en général, les personnes publiques n'ont pas la liberté d'apprécier leurs obligations d'agir déterminées. En effet, ce domaine est régi par une assez grande automaticité. Les personnes publiques n'en ont ni le choix du moment d'exécution, ni celui des modalités. Peuvent être cités l'exemple de l'avancement à l'ancienneté dans lequel le supérieur hiérarchique n'a le choix que de nommer le plus ancien au poste vacant ou celui des universités qui doivent inscrire les candidats selon l'ordre de leurs candidatures -ce qui rend illégal tout critère de sélection- jusqu'à épuisement de leurs capacités d'accueil⁷⁹⁹.

Néanmoins, une certaine liberté d'appréciation subsiste dans cette hypothèse. Elle est relative au moment de l'action. Comme l'écrit J. Rivero et

⁷⁹⁶. Voir S. RIALS, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée, p. 219.

⁷⁹⁷. Voir S. RIALS, *Ibid.*, p. 219.

⁷⁹⁸. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 352.

⁷⁹⁹. C.E., 27 juillet 1990, « *Université Paris-Dauphine* », *Rec.*, p. 238.

J. Waline, dans l'obligation d'agir déterminée, la personne publique « reste libre d'apprécier, d'après les nécessités de son fonctionnement, *quand* elle pourra prendre la décision qui s'impose à elle »⁸⁰⁰.

La liberté d'appréciation est plus grande s'agissant des obligations d'agir indéterminées dans la mesure où l'indétermination rend toujours possible l'appréciation de certains éléments, au moins, de l'acte. L'indétermination et la liberté d'appréciation sont donc consubstantielles. Ainsi, concernant l'obligation d'adopter un texte d'application d'une loi, le gouvernement, en dehors de l'existence d'un délai impératif, a une marge de manœuvre quant à ce délai car il doit dans ce cas respecter un délai raisonnable. Or c'est lui qui décide de ce dernier sous réserve d'un contrôle juridictionnel.

De même, la personne publique a une part d'initiative concernant l'obligation de prendre une mesure de police du moment que celle-ci est indéterminée dans sa nécessité elle-même ; elle peut par exemple juger qu'une intervention de la police pourra accentuer le désordre public et finalement ne pas intervenir. C'est la raison pour laquelle J.-C. Bonichot écrit justement que « l'Etat a l'obligation d'intervenir dans tous les cas pour rétablir immédiatement l'ordre public ne veut rien dire et relève de l'incantation »⁸⁰¹. Cette obligation est aussi indéterminée dans ses modalités car même dans les hypothèses où les autorités de police doivent agir, elles ont souvent le choix entre prendre une mesure juridique ou matérielle, ou celui « de son intensité ou de son moment »⁸⁰².

En conséquence et à l'exception de certains cas limites, le pouvoir d'appréciation va de pair avec l'obligation d'agir indéterminée. Or, il est en principe absent dans l'obligation d'agir déterminée. C'est une des raisons de la

⁸⁰⁰ J. RIVERO et J. WALINE, « *Droit administratif* », op. cit., p. 344, n° 406.

⁸⁰¹ J.-C. BONICHOT, « *Devoir d'agir ou droit de ne pas agir: l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen* », A.J.D.A., n° spécial juillet -août 1999, p. 86, col. 2.

⁸⁰² J.-C. BONICHOT, *Ibid.*, p. 87, col. 1.

nécessité d'opérer la distinction entre ces deux notions. De plus, cette distinction revêt une portée plus ou moins grande au niveau de la fonction juridictionnelle.

B- La portée juridictionnelle de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée

Il convient de noter que le pouvoir du juge n'est pas le même selon que l'obligation d'agir est déterminée ou non d'une part. Il semble, d'autre part, qu'en général le degré de la faute que le juge retienne contre les personnes publiques varie selon que celles-ci ont méconnu une obligation d'agir déterminée ou une obligation d'agir indéterminée.

1- La détermination et l'indétermination par rapport au pouvoir du juge

S. Rials pense que le juge fait planer l'incertitude en ne précisant pas les « standards » c'est-à-dire, des dispositions indéterminées qui mettent en avant « certaines valeurs fondamentales de normalité, de moralité ou de rationalité »⁸⁰³, ou « des pôles de références construits autour d'un comportement moyen, de l'attitude qui serait celle d'un individu moyen »⁸⁰⁴, contenus dans les obligations d'agir indéterminées plus pour se laisser la possibilité d'enrichir sa jurisprudence dans le futur⁸⁰⁵ que pour accroître son pouvoir.

⁸⁰³. S. RIALS, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée, p. 3.

⁸⁰⁴. Y. GAUDEMET, « *Les méthodes du juge administratif* », th., L.G.D.J., Paris, 1972, p. 47.

⁸⁰⁵ S. RIALS, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée, p.413. L'utilisation des pouvoirs d'injonction pourrait en fournir une illustration. Le juge administratif n'accepte d'adresser des injonctions à la personne publique que si l'annulation implique « normalement » qu'elle prenne une décision précise, autrement, que si l'annulation implique l'existence d'une obligation d'agir. L'utilisation de ce standard signifie que toute annulation n'entraînera pas injonction. Par exemple, en cas d'une annulation d'un refus d'agir, le juge va vérifier si la personne publique est toujours en situation d'obligation d'agir le jour où il prend sa décision. En effet, entre la décision de refus et la décision juridictionnelle, un changement dans les circonstances de droit ou de fait peut intervenir rendant sans objet l'obligation d'agir (C.E., 4 juillet 1997, « *Leveau* », A.J.D.A. 1997, p. 635). Par conséquent, l'utilisation du standard « normalement » illustre « la relative marge de souplesse que le Conseil d'Etat entend se réserver dans l'utilisation des pouvoirs

Mais il est nécessaire de remarquer que l'une de ces raisons ne va pas sans l'autre. Car si l'indétermination de l'obligation d'agir permet au juge de tenir compte de l'évolution de la société⁸⁰⁶ dans la mesure où « elle peut changer de contenu »⁸⁰⁷ « en fonction de l'environnement et des connaissances »⁸⁰⁸, elle lui permet en même temps de mieux contrôler l'administration et, par conséquent, d'accroître son pouvoir sur celle-ci.

Cependant, il arrive souvent au juge de fixer sa jurisprudence par rapport à un « standard » donné et, par conséquent, de donner une certaine détermination à l'indéterminé. Le changement des circonstances de droit ou de fait, qui est d'après l'arrêt « Despujol »⁸⁰⁹, une condition nécessaire à l'existence de l'obligation d'abrogation d'actes administratifs, peut approximativement convenir pour l'illustration.

La jurisprudence ultérieure a apporté une plus grande précision à ce standard en exigeant pour le changement des circonstances de fait « un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure »⁸¹⁰. Il s'agit non seulement d'une précision, mais aussi d'une restriction du précédent standard. Cela implique une restriction des hypothèses d'obligations d'agir dans le domaine considéré et, donc, un accroissement du pouvoir des personnes publiques. Par conséquent, sans se lier à jamais, le juge affaiblit néanmoins son pouvoir.

Enfin, S. RIALS explique l'indétermination jurisprudentielle par le souci du juge de ne pas « simplifier abusivement des matières complexes »⁸¹¹. Or, cette

d'injonctions » (D. Chauvaux et T.-X. Girardot, obs. sous l'arrêt « *Leveau* » précité, A.J.D.A. 1997, p. 588, note 63).

⁸⁰⁶. Ibid., p. 496.

⁸⁰⁷. Y. GAUDEMET, « *Les méthodes du juge administratif* », th., précitée, p. 47.

⁸⁰⁸. D. BOURCIER, V. TAUZIAC, « *Du standard technique à la norme juridique : impacts et enjeux* », 1995, p. 9.

⁸⁰⁹. C.E. sect., 10 janvier 1930, « *Despujol* », précité, Rec., p. 30.

⁸¹⁰. C.E. ass., 10 janvier 1964, « *Ministre de l'agriculture c. Simonnet* », Rec., p. 19 ; C.E., 10 janvier 1987, « *Gestin* », Rec., p. 22 ; C.E., 12 juin 1998, « *S.A.R.L. Cgie téléphonique* », L.P.A., 28 décembre 1999, concl. Maugué.

⁸¹¹. S. RIALS, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée, p. 406.

indétermination se retrouve aussi bien dans des matières complexes comme la préservation de l'ordre public que dans des matières non complexes comme l'entretien normal de l'ouvrage public. L'indétermination semble donc relever de la politique ou du « pragmatisme jurisprudentiel »⁸¹², dont la logique est, dans certains cas comme ici, impénétrable.

2- La détermination et l'indétermination par rapport à la faute

Le juge administratif semble, à l'heure actuelle, utiliser plus souvent la faute lourde pour des obligations d'agir dont le contenu ou le résultat sont indéterminés.

Dans la célèbre affaire « Villemin » du 4 avril 2000, le Tribunal administratif de Nancy a condamné l'Etat pour faute lourde à cause de son « abstention de prendre des mesures de protection appropriées »⁸¹³ en faveur de B. Laroche. Etant vague dans son contenu, l'obligation de prendre des mesures de protection appropriées est une obligation d'agir indéterminée. Par conséquent, c'est peut-être l'indétermination qui expliquerait l'exigence de la faute lourde. Un enseignement similaire peut être tiré d'un arrêt « Société navale des chargeurs Delmas-Vieljeux »⁸¹⁴ dans lequel l'abstention de l'Administration de prendre des mesures de déblocage du port autonome de Havre a été jugée constitutive d'une faute lourde. Il s'agit en l'occurrence d'une obligation d'agir indéterminée car deux mesures au moins de nature très différente pouvaient être prises, soit un acte administratif d'interdiction, soit l'intervention des forces de

⁸¹². S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit, p. 140.

⁸¹³. M. RAUX, le journal *Le monde* du 6 avril 2000, p. 10.

⁸¹⁴. C.E., 15 juin 1987, « *Société navale des chargeurs Delmas-Vieljeux* », Rec., p. 216 ; R.F.D.A. 1988, p. 508, concl. O. Schrameck.

l'ordre. De même, sont sanctionnées par la faute lourde, l'obligation de surveillance⁸¹⁵, ou celle de prendre une mesure de police⁸¹⁶.

L'idée de l'obligation d'agir indéterminée semble aller de pair avec la fonction de la faute lourde. En effet, le juge semble utiliser la faute lourde en matière d'obligation d'agir indéterminée pour ne pas engager trop souvent la responsabilité des personnes publiques⁸¹⁷ dans des obligations qui ne sont pas toujours évidentes. En effet la preuve de la faute lourde est en général difficile à apporter pour la victime. Il serait toutefois illusoire de vouloir réserver la faute lourde à l'obligation d'agir indéterminée et la faute simple à l'obligation d'agir déterminée car il arrive au juge d'exiger la faute lourde dans ce dernier cas et la faute simple dans l'autre.

La faute simple a, par exemple, été retenue contre l'administration pour n'avoir pas exécuté son obligation de signalisation des dangers⁸¹⁸ ou pour n'avoir pas modifié sa réglementation pour changement fondamental des circonstances⁸¹⁹ ou pour avoir méconnu son obligation d'assurer la sécurité sur les pistes de ski⁸²⁰, celle de prendre un texte d'application d'une loi ou d'un décret dans un délai raisonnable⁸²¹ ou encore celle d'entretenir normalement un

⁸¹⁵. C.E., 23 mai 1958, « *Amoudruz* » ; C.E., 3 octobre 1958, « *Rakotoarinovy* », Rec., p. 470, J.C.P. 1958, n° 10845, note Blaevoet ; C.E., 13 juillet 1968, « *Lescaudron* », R.D.P. 1969, p. 545 ; C.E., 14 novembre 1973, « *Zanzi* », Rec., p. 645, D. 1974, p. 315, note F. Moderne ; J.C.P. 1975, n° 18008, note G. Poulon ; C.E., 26 mai 1978, « *Wachter* », Rec., p. 222 ; D. 1978, p. 711, note J. Duffar ; C.E., 16 novembre 1988, « *Epx Deviller* », Rec., p. 408 ; Quot. Jurid., 23 février 1989, p. 2, note F. Moderne.

⁸¹⁶. C.E., 14 mai 1986, « *Cne de Cilaos* », Rec., p. 708 ; A.J.D.A. 1986, p. 466, obs. L. Richer : il s'agit de l'abstention d'un maire de prendre des mesures pour empêcher des collégiens de regagner leur domicile par leurs propres moyens par temps d'averses (C.E., 13 juillet 1968, « *Epx Hugonneau* », Rec., p. 447 ; C.E. 22 avril 1988, « *Rousseau* », précité : ces affaires concernent des décisions de placement de malades mentaux dans des hôpitaux psychiatriques).

⁸¹⁷. Voir en ce sens L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., p. 113.

⁸¹⁸. C.E., 8 mai 1963, « *Commune de Maison-Laffitte* », Rec., p. 277 ; C.E., 1^{ère} octobre 1971, « *Société d'assurances mutuelle générale française accidents* », Rec., tables, p. 1195.

⁸¹⁹. C.E., 5 mai 1986, « *Fontanilles-Laurelli* », Rec., p. 127.

⁸²⁰. C.E., 28 avril 1967, « *Sieur Lafont* », Rec., p. 182 ; D. 1967, p. 434 ; concl. Bonichot sur C.E., 12 décembre 1986, « *Rebora* », Rec., p. 281 ; Rev. Admin. 1987, p. 34, note P. Terneyre.

⁸²¹. C.E. ass., 27 novembre 1964, « *Ministre des Finances et des Affaires économiques c. dame veuve Renard* », A.J.D.A. 1964, p. 723.

ouvrage public⁸²². De même, la responsabilité des hôpitaux publics pour avoir failli à leur obligation d'information des patients des risques normalement prévisibles⁸²³ ou des risques exceptionnels graves⁸²⁴ ou tout simplement pour avoir manqué à leur obligation de soigner⁸²⁵ est engagée pour faute simple. Pourtant, il s'agit dans tous ces cas d'obligations d'agir indéterminées.

Ce genre de faute a été exigé dans l'affaire du sang contaminé⁸²⁶ alors que l'acte qui devait, en l'espèce, être pris, à savoir une mesure d'interdiction de la distribution des produits contaminés est une obligation d'agir déterminée ou dans des abstentions à faire respecter une réglementation préexistante de police⁸²⁷ qui est, lui aussi, en principe une obligation d'agir déterminée. Mais celle-ci n'échappe pas à la faute lourde.

La responsabilité de l'Etat a par exemple été engagée pour faute lourde pour non-exercice du contrôle de légalité sur les actes des collectivités territoriales⁸²⁸ ou pour s'être abstenu de déférer certaines délibérations irrégulières au tribunal administratif⁸²⁹ ou d'inscrire d'office des dépenses obligatoires⁸³⁰. Il en est de même de la responsabilité du maire en cas de défaut de substitution au préfet dans l'hypothèse où celui-ci exerce une police spéciale sur le territoire communal⁸³¹. Il n'en demeure pas moins que, jusqu'à présent, le juge a plus souvent exigé la faute lourde en matière d'obligation d'agir

⁸²². C.E., 3 novembre 1982, « *Ministre des transports c. Payet* », Rec., p. 367.

⁸²³. C.E., 8 avril 1986, « *Culsa* », Rec., p. 85 ; A.J.D.A. 1989, p. 485, note J. Moreau.

⁸²⁴. C.A.A. de Paris, 9 juin 1998, « *G...* », D.A. 1998, n° 360.

⁸²⁵. C.E. ass., 10 avril 1992, « *Epoux V...* », Rec., p. 171, concl. Legal ; A.J.D.A. 1992, p. 355 ; G.A.J.A., 13^{ème} éd. 2001, p. 743.

⁸²⁶. C.E. ass., 9 avril 1993, « *B., D. et G.* », A.J.D.A. 1993, p. 381 ; R.F.D.A. 1993, p. 583, concl. H. Légal ; J.C.P. 1993, II, n° 22110, note C. Debouy.

⁸²⁷. Voir les arrêts cités par G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 488.

⁸²⁸. T.A. de Bastia, 3 juillet 1997, « *Cne de Saint-Florent* », L.P.A., septembre 1997, n° 109, concl. P. Chiaverini, obs. B. Brenot.

⁸²⁹. C.A.A. de Marseille, 21 janvier 1999, « *Cne de Saint-Florent* », A.J.D.A. 1999, p. 224, obs. L. Benoit.

⁸³⁰. C.E. 26 juin 1987, « *Ecole catholique La Providence* », A.J.D.A. 1988, p. 47, note B. Toulemonde.

⁸³¹. C.E., 22 janvier 1965, « *Consorts Alix* », Rec., p. 44.

indéterminée qu'en matière d'obligation d'agir déterminée. Néanmoins, cette discrimination peut ne pas perdurer à cause du recul de la faute lourde⁸³².

Si cette faute venait à disparaître, les hypothèses de responsabilité risqueraient de s'accroître. Si c'est le cas, sa disparition se traduira par « une grande technicité » du droit de la responsabilité des personnes publiques pour manquement à leurs obligations d'agir puisque le juge « devra affiner son examen en ne se bornant plus à sanctionner la faute évidente »⁸³³. Autrement, sa disparition n'apportera de changement que sur le vocabulaire -passage de la faute lourde à la faute simple- sans que le fond de l'état du droit de la responsabilité des personnes publiques soit profondément affecté.

En effet, une disparition de la faute lourde sans accroissement des hypothèses de responsabilité signifierait tout simplement que dans les cas où le juge exigeait une faute lourde, il exigera une faute simple, et dans les cas où il exigeait une faute simple, il exigera une faute tout court. Par conséquent, les hypothèses de responsabilité demeureront inchangées, sauf si les obligations d'agir des personnes publiques venaient à s'accroître.

* *
*
*
*

Il résulte de la délimitation des contours de l'obligation d'agir des personnes publiques un enseignement au moins, à savoir que l'obligation d'agir ne se résume pas au simple respect de la légalité. C'est la raison pour laquelle il a été établi qu'elle est différente de l'obligation simple.

⁸³². Toutes les auteurs qui ont analysé la jurisprudence relative à la responsabilité des personnes publiques notent un recul de la faute lourde (voir par ex. P.-L. FRIER, « *Précis de droit administratif* », Montchrestien, Paris, 3^{ème} éd. 2004, p. 476, n° 825 & s. ; C. DEBBASCH et F. COLIN, « *Droit administratif* », Economica, Paris, 7^{ème} éd. 2004, p. 519 & s. ; J. RIVERO et J. WALINE, « *Droit administratif* », Dalloz, Paris, 20^{ème} éd. 2004, p. 413, n° 478 & s.).

⁸³³. F. Raynaud & P. Fombeur, obs. sous C.E. sect., 13 mars 1998, « *Améon et autres*, A.J.D.A. 1998, p. 424.

Par ailleurs, l'obligation d'agir des personnes publiques se divise en deux catégories : l'obligation d'agir indéterminée et l'obligation d'agir déterminée. Cette dernière est connue traditionnellement sous le qualificatif de compétence liée. Mais, il a été souligné, surtout dans l'introduction de cette étude, que ces deux notions ne se recouvrent pas parfaitement. L'intérêt majeur de cette distinction réside, d'une part, dans le fait que la liberté d'appréciation dont jouissent les personnes publiques n'est pas la même selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre obligation et, d'autre part, dans le fait que contrairement à l'obligation d'agir déterminée, l'obligation d'agir indéterminée permet au juge une plus grande souplesse d'adaptation de sa jurisprudence par rapport à l'évolution de la société.

CONCLUSION DU TITRE II :

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'obligation d'agir des personnes publiques n'est pas une notion simple car, les pages qui précèdent l'attestent, la délimiter n'est pas chose aisée.

La raison en est que toutes les obligations administratives ne sauraient relever de l'obligation d'agir. La délimitation de celle-ci a fait apparaître que trois grandes catégories d'obligations positives sont à la charge des personnes publiques. Celles-ci sont certes soumises à des obligations d'agir, mais aussi à des obligations de faire et à des obligations simples.

L'obligation d'agir se distingue de l'obligation simple par le fait que, dans le premiers cas, un acte s'impose aux personnes publiques, alors que dans l'obligation simple, il s'agit surtout de respecter la légalité quand elles agissent. Il existe dès lors une légalité relative à l'obligation d'agir et une légalité inhérente à son exercice. La première paraît plus importante que la seconde car, souvent le juge ne sanctionne pas une obligation d'agir exécutée en

méconnaissance de règles -telles que la procédure ou la forme- relevant de l'obligation simple.

Il convient également de rappeler que l'exécution de l'obligation d'agir permet souvent la création de droit nouveau. A cet égard, a été citée l'obligation d'édiction d'une réglementation de police qui, souvent, soumet une activité à des mesures plus contraignantes. Or l'obligation simple ne permet pas une telle création car la personne publique se contente de se conformer au droit.

L'obligation d'agir est différente de l'obligation de faire car alors que la première provient d'une source unilatérale, la seconde a une source contractuelle. Cette distinction s'explique par le fait que les obligations positives imposées par une source unilatérale sont fondées sur l'autorité alors que celles nées d'une source contractuelle sont fondées sur la liberté des parties au contrat. L'institution d'une obligation d'agir n'est possible que grâce à l'autorité de la loi, acte unilatéral. En revanche, l'existence de l'obligation de faire résulte d'un acte librement consenti, à savoir le contrat.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE:

L'identification de l'obligation d'agir des personnes publiques a nécessité une double démonstration. Premièrement, le contentieux administratif a montré qu'il y a obligation d'agir lorsqu'une abstention de la personne publique est érigée en illégalité⁸³⁴ ou en faute⁸³⁵ par la juridiction administrative. L'identification de l'obligation d'agir par référence à l'abstention fautive a éclairci plusieurs aspects dont trois méritent d'être rappelés.

⁸³⁴. Voir. J.-M. AUBY (« *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », art. précité, J.C.P. 1953, n° 1080) à propos de la décision qu'il cite (C.E., 4 mai 1906, « *Conseil général de la Loire* », Rec., p. 370).

⁸³⁵. Voir. J.-M. AUBY, Ibid.

D'abord, il a été démontré qu'il n'y a pas une correspondance parfaite entre illégalité et faute. En effet, la faute résultant de l'abstention, si elle est avant tout une illégalité, est plus qu'une simple violation de la légalité puisqu'elle tient compte aussi du comportement des personnes publiques. Néanmoins, il faudrait remarquer que la recherche par le juge de ce comportement est théoriquement contestable dans la mesure où en matière d'abstention, celui-ci est souvent inexistant, l'abstention étant une attitude passive, le juge ne peut présumer le comportement que la personne publique aurait eu en cas d'action. C'est peut-être ce décalage entre la faute et l'illégalité qui explique que celle-ci n'est utilisée que dans le contentieux de l'annulation et celle-là est réservée au plein contentieux.

Ensuite, malgré certaines spécificités tenant notamment à l'absence de difficultés dans les abstentions fautives ou d'obligations d'agir plus importantes que d'autres en matière contentieuse, la faute résultant de l'abstention n'est pas traitée à part, ni par la jurisprudence, ni par la doctrine. Celle-ci met en avant par exemple le critère de difficulté pour expliquer autant la faute lourde résultant de l'action que la faute lourde résultant de l'abstention. Le juge, de son côté, utilise sa distinction entre faute simple et lourde aussi bien en matière d'abstention qu'en matière d'action. Cette distinction reste en réalité inexplicable car aucun critère inhérent au contentieux n'est capable de l'expliquer, et encore moins de la justifier, que ce soit le critère de difficulté mis en avant par la doctrine ou celui de l'indétermination proposée dans cette étude.

Enfin, l'étude de l'abstention fautive révélatrice d'obligations d'agir nouvelles a fait apparaître que le pouvoir de création jurisprudentielle d'obligations d'agir doit être strictement entendu. Certains auteurs, notamment Kelsen, définissent à tort très largement le pouvoir créateur du juge. Car si le juge rajoute ou retranche sur une obligation d'agir textuelle, on ne peut, à proprement parler, prétendre qu'il y a création jurisprudentielle d'obligation d'agir puisque celle-ci existe déjà de par la loi au sens large. De telle sorte qu'il

a fallu distinguer entre interprétation d'obligations d'agir ou, plus généralement, de textes, fonction qui revient de droit au juge comme l'a souligné fort justement M. Troper⁸³⁶, et interprétation créatrice d'obligations d'agir.

En effet, il n'y a véritablement création jurisprudentielle d'obligations d'agir que dans le cas où sous couvert d'interprétation, le juge crée des obligations d'agir qui ne peuvent être directement rattachées à des textes déjà existants, ou dans celui de création d'obligations d'agir par le juge due à une absence pure et simple de texte par application de l'article 4 du Code civil.

Deuxièmement, toutes les obligations administratives ne relèvent pas de l'obligation d'agir, il a fallu délimiter cette dernière. Sur ce point, les analyses ont montré que l'obligation d'agir se distingue aussi bien de l'obligation de faire que de l'obligation simple. L'obligation d'agir est différente de l'obligation de faire car leurs sources sont différentes. En effet, alors que l'obligation d'agir provient d'une source unilatérale, l'obligation de faire naît d'une source contractuelle. L'obligation d'agir diffère de l'obligation simple car alors que la première consiste à exercer un acte, la seconde concerne généralement les modalités de l'acte.

La délimitation de l'obligation d'agir a fait du reste apparaître que l'obligation d'agir n'est pas une notion monolithique. Il existe des obligations d'agir qui sont déterminées et d'autres indéterminées dans leurs objets ou leurs contenus. Ces dernières, contrairement aux premières, permettent aux personnes publiques une marge de manœuvre plus ou moins étendue, et au juge un pouvoir plus ou moins large. Néanmoins, ces deux composantes de l'obligation d'agir ne se distinguent pas au sujet de la nature de la faute qui peut être retenue à leur encontre puisque aussi bien l'une comme l'autre connaissent et la faute simple et la faute lourde. Une démarche d'identification doit conduire à une « application

⁸³⁶. Voir supra, chapitre II du titre I.

des critères »⁸³⁷ qu'elle contient. C'est la raison pour laquelle il convient d'envisager l'étude des manifestations de l'obligations d'agir des personnes publiques.

⁸³⁷. A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t1, p. 28.

DEUXIEME PARTIE :
Les manifestations de l'obligation d'agir des
personnes publiques

Il convient de rappeler que l'obligation d'agir, telle qu'elle a été définie, existe dans toutes les branches du droit, et pas uniquement en droit administratif. En effet, à l'instar des personnes publiques, les personnes privées, morales ou physiques, se voient souvent imposer de manière unilatérale des actes par les autorités étatiques. Et toute abstention à cet égard peut être qualifiée d'illégale ou de fautive par le juge compétent.

S'agissant du droit administratif, qui est le principal champ d'investigation de cette étude, il faut observer que l'obligation d'agir a, en plus de la soumission des personnes publiques au droit, pour fonction de rendre celles-ci utiles socialement à travers des actions positives. Cette fonction explique que l'obligation d'agir se manifeste essentiellement de deux manières : dans le cadre d'activités obligatoires et dans celui du contrôle juridictionnel de ces activités.

Premièrement, les personnes publiques doivent effectuer certaines activités ou certains actes au profit des administrés⁸³⁸. En l'occurrence, le vocable le plus souvent employé est celui d'intérêt général, vocable qui cache, en réalité, en matière d'obligation d'agir, un droit des administrés à l'action administrative. Comme le fait remarquer J.-P. Théron, l'intérêt général « n'est rien d'autre qu'une activité dont l'Etat estime qu'elle doit être menée pour la

⁸³⁸. Voir C. CHARLES, « *Le juge administratif, juge administrateur* », th. Toulouse, 2003, p. 350.

satisfaction du plus grand nombre »⁸³⁹, autrement dit au profit des administrés. C'est lorsqu'une activité est obligatoire pour la personne publique qu'elle est présumée constituer un droit pour ces derniers. Ce sera le cas, par exemple de la création de certains services publics. Cette correspondance entre obligation et droit est tout à fait justifiée car là où il y a obligation, il y a droit⁸⁴⁰, et *vice versa*.

Néanmoins, il ne faudrait pas perdre de vue que si la majorité des obligations d'agir des personnes publiques sont supportées au profit des administrés, certaines le sont au profit d'autres personnes publiques. Il en va ainsi de l'obligation de l'Etat de verser certaines dotations aux collectivités territoriales.

Dans l'état actuel du droit administratif, les actions obligatoires des personnes publiques étant multiples et de nature diverse, il serait impossible de les citer toutes. Celles qui relèvent du champ de cette étude feront apparaître le rôle important joué par le juge administratif. Cela ne veut pas dire que c'est lui qui les crée⁸⁴¹. Il ne fait que les préciser ou les faire dépendre de certaines circonstances. Les analyses ultérieures montreront, entre autres, qu'il sanctionne certains textes d'application des lois parce que pris hors délai et, au contraire, qu'il en valide d'autres qui sont pourtant adoptés également hors délai. De même, il décide qu'il y a obligation de prendre un règlement de police dans certaines circonstances de gravité ou d'urgence, et non dans d'autres. Dès lors, il faut observer que le juge a des pouvoirs conséquents qui lui permettent d'apporter des précisions aux obligations d'agir textuelles. Il conviendra par conséquent d'en rechercher les raisons et d'en saisir la portée.

⁸³⁹. J.-P. THERON, « *Recherche sur la notion d'établissement public* », th. précitée, p. 121.

⁸⁴⁰. P. PY, « *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux* », th. précitée, voir par ex. p. 63 & s.

⁸⁴¹. Il a été déjà fait mention du fait qu'une telle création est très exceptionnelle. Nous n'y reviendrons pas. Voir chapitre II du titre I de la première partie.

Deuxièmement, le droit qu'ont les administrés à l'exécution de l'obligation d'agir a pour conséquence, somme toute logique, de leur offrir des voies de recours contre les abstentions des personnes publiques devant les juridictions administratives. En effet, ces abstentions peuvent généralement faire l'objet de recours en annulation ou en indemnité. Le recours vise dans le premier cas à faire annuler l'abstention illégale et, dans le second cas, à obtenir des dommages-intérêts dans l'hypothèse où l'abstention est fautive. Dès lors, ni l'annulation ni l'engagement de la responsabilité ne permettent pas en principe d'aboutir à l'exécution de l'obligation d'agir méconnue.

Aussi, en dépit de la règle de la séparation entre l'administration active et la juridiction administrative, la législation de 1980 et 1995 a-t-il accordé à cette dernière de pouvoirs importants d'injonction et d'astreinte en vue de contraindre les personnes publiques à exécuter leurs obligations d'agir.

L'étude des manifestations de l'obligation d'agir se fera en déterminant son champ d'application (Titre I) et en appréhendant les sanctions dont elle peut être l'objet (Titre II).

TITRE I :
LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'AGIR DES
PERSONNES PUBLIQUES

Malgré sa définition assez homogène, la concrétisation de l'obligation d'agir est souvent une question d'espèce. En effet, les personnes publiques peuvent se retrouver en situation d'obligation d'agir à tout moment, dans toute circonstance. Cela dépend de l'état du droit, mais surtout des appréciations du juge administratif. C'est à ce titre qu'on pourra affirmer que ce dernier détient des pouvoirs importants en matière d'obligation d'agir.

L'obligation d'agir se rencontre dans toutes les branches de l'activité administrative. Dès lors, déterminer avec précision l'étendue du champ d'application de l'obligation d'agir apparaît, à première vue, être une mission impossible. Selon G. Guiavarc'h, il n'existe pas de « domaine de l'obligation d'agir par nature »⁸⁴². Néanmoins, une tentative de synthèse afin de dégager les domaines de prédilection de l'obligation d'agir semble possible. Mais, celle-ci étant plus ou moins fréquente selon les domaines qu'elle concerne, il serait dès lors judicieux de regrouper ces derniers en deux catégories : domaines principaux et domaines partiels.

Les domaines principaux le sont à double titre. D'une part, parce qu'ils concernent les missions principales -des personnes publiques- telles que la préservation de l'ordre public, ou la gestion des services publics, ou encore l'exécution des lois et des jugements. D'autre part, c'est justement dans ces missions que les personnes publiques se voient très fréquemment obligées d'agir. A l'inverse, le terme 'domaines partiels' s'explique par le fait que l'obligation d'agir des personnes publiques y est moins fréquente et difficile à saisir, soit parce qu'elle dépend de circonstances qui se rencontrent assez

⁸⁴². G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 354.

rarement, soit parce qu'elle relève de branches de droit telles que le droit des contrats administratifs où elle est moins présente.

Il convient donc d'examiner les domaines principaux de l'obligation d'agir des personnes publiques (Chapitre 1) avant d'en étudier les domaines partiels (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 :

LES DOMAINES PRINCIPAUX DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES

Il convient de rappeler qu'en matière d'obligation d'agir, le juge administratif détient des pouvoirs assez importants. Cette remarque vaut non seulement pour les obligations d'agir d'origine jurisprudentielle, mais également, pour celles d'origine textuelle.

En effet, dans les domaines principaux, il existe en général des obligations textuelles d'agir. Mais le juge y intervient pour étendre ou, au contraire, limiter leur portée de plusieurs manières. Il apparaîtra ainsi que le « délai raisonnable » en matière de textes d'application des lois, le « péril grave ou imminent » en matière de maintien de l'ordre public, le « fonctionnement normal » en matière de gestion de service public ou encore le « risque de menace grave pour l'ordre public » en matière d'exécution des jugements etc., sont autant de standards⁸⁴³ qui permettent au juge administratif d'avoir la mainmise sur les obligations d'agir textuelles. Par conséquent, si l'obligation d'agir textuelle ou jurisprudentielle est souvent une question d'espèce, sa portée varie « *a fortiori* » en fonction des différentes espèces.

Néanmoins, l'influence du juge administratif sur les obligations d'agir d'origine européenne demeure timorée car c'est la Cour de justice des communautés européennes (C.J.C.E.) qui y joue un rôle dominant. Cependant,

⁸⁴³ Un standard est, selon S. RIALS, une indétermination de la règle de droit (« *le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée, p. 272). Il fait appel à des concepts indéterminés (D. BOURCIER et V. TAUZIAC, « *Du standard technique à la norme juridique : impacts et enjeux* », op. cit., p. 9) tels que l'ordre public, le bruit excessif, etc. L'existence de tels concepts dans la majorité des obligations d'agir que nous avons justement appelées obligations d'agir indéterminées (voir supra) donne aux personnes publiques un pouvoir d'appréciation. Mais celui-ci est détenu, en dernier ressort, par le juge car c'est lui qui décide si l'anormalité (péril grave, délai déraisonnable, bruit excessif, etc.) est atteinte pour que la personne publique soit en situation d'obligation d'agir. On le verra, son appréciation de la normalité ou l'anormalité est souvent différente de celle de la personne publique, et c'est elle -l'appréciation du juge- qui prime.

force est de constater que le Conseil d'Etat n'hésite pas à défendre des thèses souvent opposées à celles de la C.J.C.E., notamment sur la question de savoir si une directive européenne peut imposer directement à l'Etat français une obligation d'agir, c'est-à-dire sans le respect d'une procédure de réception ou de transposition.

Afin de bien distinguer les hypothèses où le juge administratif français est l'acteur principal pour modeler les contours de l'obligation d'agir de celles où il doit faire face à la C.J.C.E., il convient d'étudier d'abord les domaines principaux de l'obligation d'agir en droit interne français (Section 1) et ensuite ceux du droit communautaire (Section 2).

Section 1- Les domaines principaux de l'obligation d'agir des personnes publiques en droit interne français

Les domaines principaux de l'obligation d'agir en droit interne français s'articulent autour de la grande mission des personnes publiques, à savoir préservation de la paix sociale⁸⁴⁴. Cette mission nécessite que les lois et les jugements soient appliqués. Car dans une société où ces actes ne sont pas exécutés, naît un sentiment d'injustice susceptible de compromettre la paix. Elle nécessite en outre que l'ordre public soit préservé afin d'assurer la sécurité des personnes et des biens. Il n'est dès lors pas étonnant que l'exercice du pouvoir réglementaire soit obligatoire dans ces domaines⁸⁴⁵.

Toutefois, il convient de chercher à savoir si, d'une part, l'application des lois et des jugements⁸⁴⁶ (§1) et, d'autre part, le maintien de l'ordre public (§2) s'imposent dans tous les cas aux personnes publiques compétentes.

⁸⁴⁴. Voit SPINOZA, « *Traité politique* », op. cit., p. 114.

⁸⁴⁵. B. SEILLER, « *Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire* », A.J.D.A. 2004, p. 763, col. 1.

⁸⁴⁶. A ce sujet, DUGUIT a pu écrire que l'Etat doit se doter d'« une organisation interne et prendre des mesures » pour parer aux risques de la violation par lui de la règle de droit (« *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 712, voir aussi p. 790 & s.).

§1- L'exécution des lois et des jugements

Les jugements, à savoir les décisions des tribunaux, ont l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire acquièrent, dès qu'elles sont prononcées, force de vérité légale. Les lois, c'est-à-dire les textes votés par le parlement, sont l'expression de la souveraineté nationale. Si les origines de ces deux types d'actes et leurs conditions d'élaboration diffèrent, leurs effets sont identiques, à savoir que les jugements qui sont devenus définitifs après épuisement des voies de recours, doivent être exécutés par les personnes qu'ils concernent, y compris les personnes publiques⁸⁴⁷ au même titre que les lois qui ont été régulièrement promulguées. Néanmoins, ils seront étudiés séparément car les problèmes qui seront soulevés, dans les deux cas, ne seront pas tout à fait les mêmes.

A- L'obligation d'exécution des lois

On s'est souvent demandé si l'obligation du gouvernement d'appliquer les lois était une obligation juridique ou politique. Il est possible d'apporter une réponse à cette question avant d'étudier l'obligation qui en résulte, à savoir l'obligation de prendre des textes d'application des lois. En effet, les lois renvoient souvent pour leur application à des textes seconds. L'adoption des textes d'application est donc une forme d'exécution des lois. Mais la question de la nature de l'obligation d'exécution des lois⁸⁴⁸ et l'étude de l'obligation de prendre des textes en vue de leur exécution paraissent suffisamment différentes pour les aborder l'une après l'autre.

⁸⁴⁷. C. GUETTIER, « *Exécution des jugements* », *Juris cl. Admin.* n° 8, fasc. 1112, 1995, p. 3.

⁸⁴⁸. L'évocation des seules lois ne doit pas faire oublier que les règlements doivent, eux-aussi être exécutés. Le refus de les exécuter engage la responsabilité de l'Etat (ex : C.E., 14 mars 1924, « *Cgie des messageries fluviales de Cochinchine* », R.D.P. 1924, p. 230). Cependant, nous avons choisi de n'étudier que l'obligation d'exécution des lois car elle soulève des problèmes que ne connaît pas l'obligation d'exécution des règlements. Ainsi, la question de savoir si l'obligation d'exécution possède une nature juridique ou politique s'est posée pour la loi et non pour le règlement.

1- L'obligation d'exécution des lois, obligation politique ou juridique ?

Montané de la Roque pense que l'exécution des lois est « une fonction politique et non pas une obligation juridique ». Pour lui, les termes « assure » ou « surveille » de la Constitution de la 4^{ème} République qu'on retrouve en partie dans celle de la 5^{ème} République⁸⁴⁹ n'impliquent pas une obligation⁸⁵⁰. Dès lors, il est de l'avis d'Hauriou et de Barthélémy pour conclure à « la nécessité d'une certaine liberté [pour le gouvernement] dans l'exécution des lois »⁸⁵¹. Certes « une certaine liberté dans l'exécution » est synonyme d'un pouvoir discrétionnaire. Mais celui-ci ne signifie pas forcément une faculté d'agir comme d'ailleurs la compétence liée ne suppose pas toujours une obligation d'agir.

Cette dernière distinction ayant déjà été faite dans l'introduction de cette étude, il convient de ne pas y revenir. Il faut par contre préciser que le pouvoir discrétionnaire n'est pas étranger à l'obligation d'agir. L'application des lois est une obligation d'agir pour le gouvernement, même si celui-ci peut jouir dans ce cas de plus ou moins de liberté, ne serait-ce que sur le délai ou la rigueur de l'application. Par conséquent, il ne faut pas opposer pouvoir discrétionnaire et obligation d'agir et sous-entendre qu'« une certaine liberté dans l'application des lois » signifie automatiquement une faculté d'agir ou, ce qui revient au même, une obligation politique.

D'ailleurs, J.-M. Auby, dans un article⁸⁵² pourtant écrit à la même époque, à savoir la 4^{ème} République, a une position entièrement opposée par rapport à celle de Montané de la Roque, mais en même temps logique pour les raisons qui suivent. Pour montrer que l'exécution des lois n'est pas une obligation politique

⁸⁴⁹. En effet, nous pouvons lire dans l'art. 21 de la Constitution de la 5^{ème} République que le Premier ministre « assure l'exécution des lois »

⁸⁵⁰. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 81.

⁸⁵¹. HAURIOU et BARTHELEMY cités par MONTANE de la ROQUE, Ibid., p. 85.

⁸⁵². J.-M. AUBY, « *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », art. précité, n° 1080.

mais une véritable obligation juridique, J.-M. Auby avance trois arguments qui paraissent cohérents.

Premièrement, selon cet auteur, le pouvoir d'exécution des lois ne relève pas « des relations politiques du gouvernement et du parlement »⁸⁵³, mais de l'activité administrative. Pour lui donc, on ne peut exciper de la théorie des actes de gouvernement pour faire échapper ce pouvoir au contrôle du juge. Cette thèse lève l'obstacle majeur.

Pour le deuxième et le troisième arguments, l'auteur montre d'une part que la séparation entre « autorités délibérantes et exécutives » dans l'organisation politique, séparation qui existe d'ailleurs également au niveau de l'organisation administrative, milite en faveur du caractère obligatoire de l'exécution des lois. Comme il le souligne, « sans cette règle, la fonction délibérante serait en quelque sorte annihilée par l'opposition de l'autorité exécutive qui disposerait d'un pouvoir absolu d'empêcher : le pouvoir délibérant se confondrait en fait avec un organe consultatif »⁸⁵⁴. D'autre part, l'engagement de la responsabilité de l'Etat en cas d'inexécution de la loi est une marque certaine de l'existence d'une obligation juridique d'agir en matière d'application ou d'exécution des lois. A cet égard, J.-M. Auby est affirmatif, même s'il le remarque sous forme de question : « Considérer comme fautive l'inexécution d'une loi, n'est-ce pas nécessairement admettre un manquement à une obligation préexistante »⁸⁵⁵ d'agir ?

En fait, deux raisons essentielles expliquent aujourd'hui l'abandon de la thèse de l'obligation politique. La première étant le fait que l'exécution des lois a son fondement dans un texte éminemment juridique, à savoir la Constitution de 1958. En effet, celle-ci dispose dans son article 21 que le premier ministre « assure l'exécution des lois ». J.-M. Breton fait remarquer, à juste titre, que ce

⁸⁵³. J.-M. AUBY, Ibid.

⁸⁵⁴. J.-M. AUBY, Ibid.

⁸⁵⁵. J.-M. AUBY, Ibid.

présent de l'indicatif « a valeur d'impératif »⁸⁵⁶, c'est-à-dire qu'il possède un caractère obligatoire. La deuxième raison est qu'une obligation politique implique l'existence de sanctions politiques et, par conséquent, l'absence de sanctions juridiques. Or, en matière d'exécution des lois, le constat inverse s'impose, à savoir l'absence des premières qui pourraient consister par exemple dans la censure du gouvernement par le parlement en cas d'inexécution des lois, ou dans l'attente d'un vote défavorable au gouvernement, et l'utilisation des secondes.

Ainsi, dans l'affaire « Société Van Outryve »⁸⁵⁷, le juge annule une décision du ministre des Finances qui différerait une disposition pourtant applicable de la loi du 14 avril 1932. Il déclare qu'en retardant de 6 mois les mesures d'exécution de la loi, le ministre « a méconnu l'obligation qui s'imposait à lui d'une application de la loi dans les délais prévus ». De même, dans l'arrêt « Syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or »⁸⁵⁸, le refus du ministre de l'Agriculture d'appliquer la loi du 6 mai 1919 a suffi pour engager la responsabilité de l'Etat, même si l'indemnité allouée au syndicat n'a représenté qu'une somme symbolique. De même encore dans un arrêt « Giraud »⁸⁵⁹, le Conseil d'Etat a condamné le ministre de l'Education nationale pour s'être abstenu d'appliquer une loi relative à l'enseignement.

Une autre position du juge administratif qui consisterait, par exemple, à ne pas examiner les recours formulés contre les refus d'application des lois, ou à les juger recevables mais à les rejeter parce qu'il laisserait le choix à la personne publique d'exécuter ou non les lois, serait surprenant puisque sa mission première est justement de sanctionner la violation de la loi dont l'inexécution constitue un des aspects. Cette violation n'est-elle pas le cas d'ouverture,

⁸⁵⁶. J.-M. BRETON, « *L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois* », R.D.P. 1993, p. 1752.

⁸⁵⁷. C.E., 6 juillet 1934, « *Société Van Outryve* », Rec., p. 784 ; R.D.P. 1934, p. 629, concl. Rivet.

⁸⁵⁸. C.E., 24 juillet 1936, « *Syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or* », Rec., p. 861.

⁸⁵⁹. C.E., 27 janvier 1988, « *Giraud* », Rec., p. 39 ; R.D.P. 1988, p. 907, obs. Y. Gaudemet ; J.C.P. 1988, note J.-Y. Plouvin.

autrement dit le motif le plus important qui conduit à l'annulation des décisions des personnes publiques et à l'engagement de leur responsabilité ? Il n'y a pas de raisons juridiques solides pour que l'hypothèse d'inexécution des lois soit traitée différemment. En conséquence, l'existence de l'obligation juridique d'appliquer les lois, dont l'obligation de prendre les textes nécessaires à leur application en constitue un aspect, ne fait aucun doute.

2-L'obligation de prendre des textes d'application des lois

Si jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle, l'édiction des textes d'application relevait de la faculté d'agir⁸⁶⁰, aujourd'hui ce n'est plus le cas⁸⁶¹. Guiavarc'h montre⁸⁶²

⁸⁶⁰. Voir par ex. C.E., 30 janvier 1891, « *Syndicat des chaussées de Trébon d'Arles* », Rec., p. 60.

⁸⁶¹. Comme le montre M. GUIBAL (« *Le retard des textes d'application des lois* », R.D.P. 1974, p. 1059), la majorité des théoriciens du régime parlementaire estimait que l'obligation qui incombe au gouvernement de publier les textes d'application des lois est politique et non juridique. Selon eux, le gouvernement dans un tel régime peut faire valoir des conceptions différentes de celles des parlementaires car il est responsable devant le parlement. Or l'adoption des textes d'application n'est facultative que dans le cas où la loi est applicable sans le texte d'application (J.-M. AUBY, « *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », art. précité, n° 1080) et interdite dans celui où elle a prévu « son application individuelle » (J.-M. AUBY, Ibid.). En dehors de ces hypothèses, leur adoption s'impose aux autorités gouvernementales. C'est l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 juillet 1934, « *Société Van Outryve* », (Rec., p. 786 ; R.D.P. 1934, p. 629 ; S. 1934, III, p. 116) qui constitue l'embryon de la reconnaissance d'une telle obligation, une jurisprudence qui n'a cessé depuis de recevoir confirmation (voir par ex. C.E., 13 juillet 1962, « *Kevers-Pascalis* », Rec., p. 475 ; D. 1963, p. 606, note J.-M. Auby ; C.E., 10 mars 1967, « *Société des Ardoisières d'Angers* », Rec., p. 116 ; A.J.D.A. 1967, pp. 339 & 430). P. Bon et P. Terneyre soulignent, à juste titre, que l'obligation juridique de prendre les textes d'application des lois ne fait pas de doute car le juge annule « les refus du Gouvernement de prendre les règlements nécessaires à l'application d'une loi » et condamne « l'Administration à réparer les conséquences dommageables de carence à ce faire » (Obs. sous C.E., 9 avril 1993, « *Société des auteurs des arts visuels-Spadem* », D. 1994, I, SC, p. 59). Madame Puybasset et M. Puissochet ont la même position (chr. de jurisprudence, C.E., 27 novembre 1964, « *Dame veuve Renard* » A.J.D.A. 1964, p. 679). Pour ces derniers, admettre le principe d'une faculté d'agir en la matière « serait introduire dans notre droit une sorte de désuétude des textes » (Ibid., p. 680) contraire à la fois « à la tradition juridique française » et au caractère impératif de la loi. En effet, reconnaître au profit de l'administration une faculté d'agir signifierait que ses abstentions à prendre les textes d'application échapperaient en général à la sanction juridictionnelle et que, par conséquent, les lois concernées ne seraient jamais appliquées si les textes prévus sont indispensables à leur application. De façon générale, G. GUIAVARC'H explique ce revirement de jurisprudence par ce qu'il appelle « la cohérence normative » (« *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 512 & s.), c'est-à-dire le respect de la hiérarchie des normes. M. GUIBAL a une opinion presque similaire par rapport à cette dernière position puisqu'il voit le fondement de l'obligation de prendre les textes d'application des lois dans la supériorité normative de la loi sur ses textes d'application (« *Le retard des textes d'application des lois* », art. précité, p. 1065). Selon lui, la Constitution de 1958 a établi une subordination juridique

que ce n'est pas uniquement quand une loi renvoie à un texte d'application qu'il y a obligation pour le gouvernement d'édicter le texte en question⁸⁶³, mais qu'une telle obligation existe en dehors de tout renvoi, si le juge estime que le texte d'application est nécessaire pour l'application de la loi⁸⁶⁴. Une telle obligation découle de l'esprit de la Constitution de 1958⁸⁶⁵, et notamment de son article 21 précité. Mais le texte demeure muet s'agissant des délais dont dispose le gouvernement pour agir. A ce propos, le législateur accorde souvent au gouvernement un délai impératif ou, au contraire, indicatif et le juge un « délai raisonnable ».

Il convient de montrer que le respect de tout délai se distingue de l'obligation de prendre les textes d'application des lois, avant de souligner le caractère imprécis du délai raisonnable.

a- La distinction entre l'obligation de prendre des textes d'application des lois et l'obligation de les prendre dans les délais

Savoir quand le gouvernement dispose d'un délai impératif ou obligatoire et quand il dispose d'un délai indicatif ou libre pour adopter un texte d'application d'une loi est relativement simple. En effet, selon G. Guiavarc'h⁸⁶⁶,

de ces derniers à la loi. Néanmoins, nous pouvons douter d'un tel fondement pour expliquer ou justifier l'obligation d'agir en cause dans la mesure où cette cohérence normative ou cette supériorité normative de la loi ont existé depuis la Révolution. D'ailleurs, l'arrêt « *Van Outryve* », ci-dessus rappelé et qui semble être le point de départ de la mise en place de l'obligation de prendre les textes d'application des lois comme nous l'avons déjà souligné, est largement antérieur à la Constitution de la 5^{ème} République. Ce qui est donc vrai, c'est que ce revirement de jurisprudence s'inscrit dans un mouvement plus général de responsabilisation de l'Etat, mouvement entamé justement depuis le début du siècle dernier (pour l'historique, voir l'introduction de cette étude). Il est par conséquent permis de voir le fondement de l'obligation d'édiction des textes ou règlements d'application dans le renforcement accru de l'Etat de droit.

⁸⁶². G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 515, voir aussi p. 120.

⁸⁶³. C.E., 26 février 1954, « *Département de la Guadeloupe* » Rec., p. 129.

⁸⁶⁴. C.E., 27 décembre 1938, « *Compagnie Assurance la Vie* » ; C.E., 22 mars 1939, « *Société des Forges de Gueugnon* », Rec., p. 196 ; C.E., 30 mars 1960, « *Petelaud* », Rec., p. 239 ; C.E., 13 juillet 1962, « *Kevers-Pascalis* », D. 1963, p. 606.

⁸⁶⁵. M. GUIBAL, « *Le retard des textes d'application des lois* », art. précité, pp. 1061 & 1062.

⁸⁶⁶. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 530.

le principe est que les délais contenus dans les lois ont un caractère indicatif. Pour qu'ils soient obligatoires, il faut que la loi le précise. Ainsi, les décrets d'application de la loi du 10 juillet 1989 relative au permis à points intervenus après la date limite, à savoir le 1^{er} janvier 1992, fixée par cette loi, n'ont pas été jugés illégaux car, tout simplement, il n'apparaissait pas de par cette loi que cette date était impérative.

Cet exemple semble confirmer, du moins en partie, le point de vue de J.-M. Auby selon lequel les termes de délai indicatif et de délai impératif se déduisent en principe non de la loi mais de la jurisprudence⁸⁶⁷. C'est lorsque cette dernière ne sanctionne pas un dépassement de délai pour adopter un règlement d'application que le délai imparti au gouvernement est dit indicatif, et impératif dans le cas contraire. Cet exemple montre aussi de manière claire que le délai indicatif est distinct ou distant de l'obligation de prendre des textes d'application des lois. Cette évidence n'a pas échappé à G. Guiavarc'h pour qui en effet, le délai indicatif pour agir est détachable, c'est-à-dire n'est pas lié à l'obligation d'agir⁸⁶⁸. Ce qui est somme toute logique dans la mesure où il relève du pouvoir discrétionnaire. En clair, le gouvernement peut le respecter ou pas.

Le délai impératif se situe également en dehors de l'obligation de prendre des textes d'application des lois, même si J.-M. Auby pense qu'il s'impose comme une obligation au gouvernement⁸⁶⁹. En effet, l'obligation de prendre un texte d'application est une chose et le respect d'un délai impératif en est une autre, même si dans les deux cas existe la notion d'obligation. Deux raisons justifient cette affirmation. D'une part, si l'administration n'agit qu'après le délai fixé, il semble difficile de soutenir valablement qu'elle s'est abstenue, alors même que son action peut être jugée illégale. D'autre part, il arrive que

⁸⁶⁷. Voir son article, « *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », art. précité, n° 1080.

⁸⁶⁸. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 531.

⁸⁶⁹. J.-M. AUBY, « *l'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », art. précité, n° 1080.

l'administration ne respecte pas le délai obligatoire, c'est-à-dire qu'elle agit au-delà de ce délai, sans que son action soit illégale ou fautive. C'est le cas de l'adoption d'actes réglementaires, le délai impératif ne s'appliquant, semble-t-il, qu'aux actes individuels⁸⁷⁰. Néanmoins, les actes réglementaires doivent être pris dans ce cas dans un délai « raisonnable », notion qui sera définie ultérieurement.

Le respect d'un délai raisonnable est lui aussi une obligation distincte de l'obligation de prendre des textes d'application des lois. La preuve est que l'administration peut parfois adopter un texte d'application au-delà du délai « déraisonnable » sans pour autant engager la responsabilité de l'Etat. Dans ce cas, il est possible de bien distinguer d'un côté la violation de l'obligation relative au délai et de l'autre l'absence de sanction de l'obligation d'agir qui est en l'occurrence l'obligation de prendre le texte d'application. Selon la doctrine, le juge considère certains faits comme des obstacles techniques ou juridiques... exonérateurs⁸⁷¹ de responsabilité.

Il semblerait, en outre, que dans l'hypothèse où la personne publique n'a pas respecté un délai raisonnable, le juge⁸⁷² puisse parfois engager sa responsabilité sans annuler le texte d'application de la loi. Ces deux hypothèses font clairement apparaître un traitement différent de l'obligation de prendre les textes d'application des lois et de l'obligation de les prendre dans un délai raisonnable. C'est la raison pour laquelle il est loisible de soutenir que ces obligations sont distinctes.

Néanmoins, il est quelque peu paradoxal d'affirmer d'un côté l'existence d'un délai obligatoire et de l'autre l'absence de sanction en cas de son manquement, car cette absence de sanction semble constituer une négation de

⁸⁷⁰. Voir la jurisprudence citée en la matière par G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, , p. 531 & 532.

⁸⁷¹. G. GUIAVARC'H, Ibid., p. 534.

⁸⁷². Ex : C.E., 9 juin 1967, « *Ruben* », Rec. tab., pp. 831, 846 et 885.

l'obligation. Comme cela a déjà été souligné⁸⁷³, cette dernière ne peut exister sans sanction. En réalité, tout délai relève de l'obligation simple qui a été définie dans la première partie de cette étude. A cette occasion, il est apparu que l'obligation simple est distincte de l'obligation d'agir et que le juge administratif sacrifie souvent la première au profit de la seconde. C'est exactement ce qui se passe en matière de délai impératif ou de délai raisonnable car la violation de ceux-ci est parfois passée sous silence au bénéfice de l'obligation d'adoption des textes d'application.

Cependant, la violation de ces délais impératifs peut avoir des conséquences fâcheuses sur cette dernière. Ainsi, le Conseil d'Etat a décidé dans l'espèce « Société Van Outryve »⁸⁷⁴ qu'« en retardant de six mois par voie de disposition générale les mesures d'exécution de la loi du 4 avril 1932, le Ministre a méconnu l'obligation qui s'imposait à lui d'une application de la loi dans les délais prévus ». Mais, malgré cette espèce et d'autres, nombreuses, qui vont dans le même sens, le délai ne peut être rationnellement confondu avec l'obligation de prendre les textes d'application des lois pour les raisons susdites, et parmi lesquelles le fait que souvent ce délai échappe à la sanction.

Le problème est qu'en cautionnant ce raisonnement selon lequel le respect des délais fait partie de l'obligation simple, et donc parfois violable, la distinction entre délai impératif et indicatif se voit priver de toute pertinence. En effet, en matière de délai indicatif, le juge n'annule pas les textes d'application intervenus hors délai⁸⁷⁵, cela va sans dire. Mais, ce n'est pas exactement la même chose car si le dépassement des délais indicatifs échappe tout le temps à la sanction, sous réserve du respect d'un « délai raisonnable », cela n'est pas le cas des délais impératifs. Ceux-ci n'échappent à la sanction que dans certaines circonstances -difficultés techniques ou autres- que le juge administratif

⁸⁷³. Voir chapitre I du titre I de la première partie.

⁸⁷⁴. C.E., 6 juillet 1934, « Société Van Outryve », précité, Rec., p. 786.

⁸⁷⁵. C.E., 8 juin 1923, « Gagey », Rec., p. 452 ; C.E., 8 juin 1923, « Anduze-Acher », Rec., p. 450 ; C.E., 20 octobre 1950, « Commune de Saint-Eugène », S. 1951 III, p. 45.

apprécie. Dès lors, R. Hanicotte pense que la position de ce dernier qui consiste à ne pas sanctionner dans certains cas le non-respect du délai impératif « a le fâcheux inconvénient de déplacer l'exécution des lois en la transférant du domaine de la compétence liée à celui du pouvoir discrétionnaire »⁸⁷⁶.

Cette affirmation paraît ambiguë. Si cet auteur soutient que l'absence de sanction de délai impératif a pour conséquence de transformer l'obligation d'adoption des textes d'application des lois en une faculté d'agir, son affirmation paraît alors inexacte. Car, conformément à la position initiale de cette étude⁸⁷⁷, il existe en cette matière deux types d'obligations : l'obligation de prendre les textes d'application (obligation d'agir) et l'obligation de les prendre dans un délai déterminé (obligation simple). Dans les cas où celle-ci n'est pas sanctionnée, l'autre existe toujours. Autrement dit, l'obligation d'adopter les textes d'application des lois demeure, même si le non-respect d'un délai impératif n'a pas été sanctionné, car l'adoption de ces textes ne peut être différée indéfiniment, le gouvernement devant finir par agir.

En outre, un dépassement d'un délai impératif, même s'il est jugé illégal ou fautif, n'exonère pas l'administration de son obligation de prendre les textes d'application des lois⁸⁷⁸. Il résulte qu'il n'y a véritablement obligation d'agir que dans l'adoption des textes d'application eux-mêmes. L'obligation de respecter en cette matière un délai est une obligation simple. J.-M. Breton semble faire une distinction assez similaire puisque pour lui, la « légalité de l'intervention de l'administration est (...) fondée sur la satisfaction de l'efficacité de l'application

⁸⁷⁶. R. HANICOTTE, « *Le juge face au retard des textes d'application* », R.D.P. 1986, p. 1673

⁸⁷⁷. Voir la distinction que nous avons établie entre l'obligation d'agir et l'obligation simple dans le chapitre II du titre II de la première partie.

⁸⁷⁸. En ce sens : C.E. ass., 31 mars 1950, « *Société mutualiste des professions libérales* », Rec., p. 212 ; C.E. ass., 23 octobre 1992, « *Diermert* », Rec., p. 374 ; D. 1992, p. 511, concl. H. Legal ; A.J.D.A. 1992, p. 785, chr. C. Maugüe et R. Schwartz ; L.P.A. 1992, n° 133-5, note J. Massot, n° 133-9, chr. N. Bodson ; R.F.D.A. 1993, p. 124.

des dispositions législatives répondant à une obligation de fond, et non sur celle du respect des délais, obligation simplement formelle »⁸⁷⁹.

Par contre, l'affirmation de R. Hanicotte se révèle exacte si elle tend à prouver que le pouvoir discrétionnaire peut exister dans l'obligation d'agir. Car, en ne sanctionnant pas un dépassement de délai impératif, le juge fait intégrer ce délai dans le pouvoir discrétionnaire que le gouvernement aurait pour exécuter son obligation d'adopter les textes d'application des lois.

En effet, l'obligation d'agir peut être indéterminée quand elle laisse une certaine liberté à son débiteur⁸⁸⁰. C'est donc le cas en matière d'adoption des textes d'application des lois où, souvent, un certain choix, surtout au niveau du moment de l'action, est laissé, sinon par le législateur, du moins par le juge, au gouvernement pour exécuter son obligation d'agir. Par conséquent, les cas de non-respect de délais impératifs dépourvus de sanction font, de fait, transformer ceux-ci en des délais indicatifs sans pour autant que la distinction entre ces deux types de délais soit, sur le plan général, inutile.

Du reste, le commissaire du gouvernement Delvolvé semble prôner la non annulation des règlements d'application pris hors délai indicatif, même si le retard paraît abusif. L'article 15 de l'ordonnance du 15 juin 1945 « relative aux candidats aux services publics ayant été empêchés d'y accéder, ainsi qu'aux fonctionnaires et agents des services publics ayant dû quitter leur emploi par suite d'évènements de guerre » avait prévu 3 mois pour l'intervention des règlements d'application. Le décret d'application de cette ordonnance n'était intervenu, pour l'enseignement supérieur, que 10 mois plus tard, le 23 avril 1946. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement écrit que ce délai de 3 mois « ne constitue qu'une règle mettant en jeu la discipline interne de l'administration, et son inobservation ne peut priver une loi de toute efficacité,

⁸⁷⁹. J.-M. BRETON, « *L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois...* », art. précité, p. 1757.

⁸⁸⁰. Voir la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée au chapitre II, titre II de la première partie.

lui enlever toute possibilité d'application et entacher d'illégalité les règlements tardifs et les décisions d'application »⁸⁸¹.

Cette position est originale dans la mesure où elle vise, en définitive, à permettre l'application des lois. Mais elle n'est pas totalement acceptable car, au fond, elle conduit à rendre sans objet tout délai, qu'il soit indicatif ou impératif. En effet, l'annulation d'un règlement d'application d'une loi parce que pris au-delà d'un délai impératif aboutit, elle aussi, à rendre la loi inefficace, car elle revient « à interdire définitivement toute possibilité d'appliquer cette loi »⁸⁸². Par conséquent, pour éviter cet inconvénient, il faudrait ne pas sanctionner également les dépassements des délais impératifs. Or cela conduirait inévitablement à considérer tous les délais comme non obligatoires. Sur le plan de la légalité, cette position paraît inadmissible.

En réalité, la seule explication qui peut être fournie à l'absence de sanction d'un délai indicatif est que son dépassement ne mérite pas ou ne doit pas entraîner l'annulation des règlements d'application dans la mesure où ce délai n'est pas en lui-même obligatoire. Le choix tout à fait légal est laissé à l'exécutif de le respecter ou pas.

Cependant, un délai indicatif ou une absence pure et simple de délai n'implique pas un blanc-seing donné au gouvernement, car celui-ci doit en tous les cas agir dans un « délai raisonnable »⁸⁸³. Le caractère imprécis de ce délai attribue au juge des pouvoirs plus ou moins importants.

⁸⁸¹. Delvolvé, Concl. sur C.E. 1^{er} décembre 1950, « *Du Garreau de la Méchenie* » (1^{ère} espèce) et « *Carbonnier & autres* », (2^{ème} espèce), S. 1951, III, p. 41, Col. 1.

⁸⁸². L. Touvet & J.-H. Stahl, chr. à propos de C.E., 6 janvier 1995, « *Soulat et Boivin* », et C.E. sect., 27 janvier 1995, « *Melot* », A.J.D.A. 1995, p. 105, col. 2.

⁸⁸³. Le fait que le retard peut se révéler fautif et témoigner ainsi de l'existence d'une obligation à l'encontre de la personne publique a déjà été souligné par DUEZ. Selon lui, « même lorsque l'administration n'est pas obligée par une loi formelle d'agir dans certains délais prefix, le Conseil d'Etat proclame...son pouvoir de censurer l'inertie administrative » (« *Le développement jurisprudentiel de la responsabilité de la puissance publique* », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1925, p. 596).

b- L'imprécision du délai raisonnable en matière d'obligation de prendre des textes d'application des lois

A en croire J.-M. Auby⁸⁸⁴, la notion de « délai raisonnable »⁸⁸⁵ ne trouve pas à s'appliquer uniquement dans l'hypothèse où « la loi a prévu un délai préfix »⁸⁸⁶ pour son application. Et si c'était le cas, l'auteur aurait, à juste titre, combattu cette possibilité dans la mesure où elle aurait abouti à donner à l'administration « une marge supplémentaire de pouvoir discrétionnaire » en plus de celui qu'elle dispose dans les hypothèses d'absence de délai. Même en dehors d'un délai fixé par la loi pour son application, le gouvernement doit la mettre en œuvre dans un « délai raisonnable » fixé en dernier ressort, par le juge administratif⁸⁸⁷. Par conséquent, selon J.-M. Auby, « le juge administratif non seulement considère comme fautif le retard exagéré dans l'application de la loi, mais encore apprécie la légalité des décisions qui, quelle que soit leur forme, se refusent à cette application ».

Mais en réalité, que signifie un « retard exagéré » ? La réponse à cette question ne peut être que tautologique et, par conséquent, non satisfaisante ; le « retard exagéré » est un dépassement du « délai raisonnable ». Cette réponse semble trouver confirmation auprès de Montané de la Roque pour qui l'administration peut ne pas exécuter une loi dans un délai « raisonnable » mais non « sans limitation de durée »⁸⁸⁸.

Cependant, une telle affirmation laisse penser que le « délai raisonnable » ne s'impose pas à l'administration. Or cette opinion est démentie par la jurisprudence qui souligne qu'en matière de texte d'application des lois, la limite

⁸⁸⁴. J.-M. AUBY, « *l'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », art. précité, n° 1080.

⁸⁸⁵. Voir MONTANÉ de la ROQUE, « *Linertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 323.

⁸⁸⁶. Par rapport à ce qui a été examiné dans le a- précédent, nous pensons qu'en l'occurrence le « délai préfix » signifie un délai prévu par le législateur, mais qui est simplement indicatif. Car une fois qu'un délai est impératif, il doit être respecté ; il n'y a donc pas lieu de parler de « délai raisonnable ».

⁸⁸⁷. C.E., 24 juillet 1936, « *Syndicat Général de défense des grands vins de la Côte d'Or* », D. 1937 III, p. 41, note Waline ; C.E., 11 décembre 1964, « *Caisse d'Allocation Vieillesse des Offices Ministériels* », Rec., p. 533 ; C.E., 9 avril 1993, « *SPADEM* », D. 1994, Somm. Comm., p. 59, obs. P. Bon et P. Terneyre.

⁸⁸⁸. MONTANÉ de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 126.

à ne pas dépasser est le « délai raisonnable » et non le « délai exagéré » et ce, malgré une absence frappante de définition de la notion même du « délai raisonnable ».

Dans la décision « Syndicat des services publics parisiens C.F.D.T »⁸⁸⁹, le juge a décidé qu'après trois ans et demi, le « délai raisonnable » était dépassé pour prendre un décret d'application de l'article 118- I de la loi du 26 janvier 1984⁸⁹⁰. De même, dans la décision « Hardel »⁸⁹¹, un délai d'environ quatre ans était « déraisonnable » pour adopter les décrets d'application des articles 73, 79 et 80 de la loi du 11 janvier 1984⁸⁹². De même encore, dans la décision « Société des auteurs des arts visuels-Spadem »⁸⁹³, un délai d'environ trente trois ans passé sans que les mesures d'application de l'article 42 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique soient prises, était *a fortiori* déraisonnable et constitutif de faute⁸⁹⁴.

Le juge a fixé le délai raisonnable à 1 an dans la décision « Ruben »⁸⁹⁵, à 15 mois dans la décision « Fédération française des sociétés de protection de la nature »⁸⁹⁶, à 2 ans dans la décision « Le Meillour »⁸⁹⁷.

Par conséquent, c'est au gré des espèces, que les délais -divers- pris par l'administration pour la publication des textes d'applications des lois apparaissent « raisonnables » ou « déraisonnables ». Le juge se garde de fixer une fois pour toutes ce fameux « délai raisonnable » dans la mesure où il est

⁸⁸⁹. 8 juin 1994, « *Syndicat des services publics parisiens C.F.D.T.* », tables décenn., 1985-94, t1, p. 544.

⁸⁹⁰. L. n° 84-53 du 26 janvier 1984.

⁸⁹¹. C.E., 24 juin 1992, « *Hardel* », Rec., p. 243 ; tables décenn., 1985-94, t1, p. 544.

⁸⁹². L. n° 84-16 du 11 janvier 1984.

⁸⁹³. C.E., 9 avril 1993, « *Société des auteurs des arts visuels- Spadem* », D. 1994, I, SC, p. 59.

⁸⁹⁴. En ce qui concerne le dépassement du délai raisonnable, voir aussi C.E., 28 juillet 2000, « *Association France Nature Environnement* », Rec., p. 322 ; Petites affiches, 17 novembre 2000, note Laquière ; R.F.D.A. 2003, p. 116, note Deffigier ; C.E., 27 juillet 2001, « *Syndicat général de l'éducation nationale CFDT* », req. n° 208167.

⁸⁹⁵. C.E., 9 juin 1967, « *Ruben* », Rec. tab, pp. 831, 846, 885.

⁸⁹⁶. C.E., 13 octobre 1978, « *Fédération française des sociétés de protection de la nature* », Rec. tab., p. 693.

⁸⁹⁷. C.E., 23 novembre 1979, « *Secrétaire d'Etat aux anciens combattants c. Le Meillour* », Rec., p. 431.

variable selon plusieurs facteurs, notamment les textes qu'il s'agit d'appliquer, les moyens dont dispose l'administration pour prendre les mesures d'application de ces textes, ou « les nécessités du service »⁸⁹⁸. Néanmoins, une estimation peut être proposée.

Tandis que G. Guiavarc'h montre qu'il se situe entre 6 mois et 2 ans selon les cas⁸⁹⁹, S. Rials le situe entre un et trois ans « selon les types de situations »⁹⁰⁰. La question se pose de savoir quelle est la position exacte. Il est difficile de trancher car, au fond, les deux positions méritent considération. En effet, les décisions précitées semblent confirmer la position de S. Rials s'agissant des années maximales constitutives d'un « délai raisonnable ». Mais d'autres décisions confirment la position de G. Guiavarc'h quant aux mois minimaux constitutifs de ce délai. Cependant, il serait hasardeux de le fixer entre six mois et trois ans car en la matière le juge administratif semble souverain et ses décisions peuvent réserver bien des surprises.

Toutefois, les pouvoirs publics prévoient, en général, que les textes d'application des lois interviendront dans un délai de 6 mois. Ainsi l'article 142 de la loi des finances du 13 juillet 1911 avait accordé 6 mois au gouvernement pour prendre un décret déterminant « le nombre et la nature des emplois à prévoir pour chaque cabinet de ministre et sous-secrétaire d'Etat ». Dès lors, ce délai ne pourrait-il pas apparaître comme étant ce fameux délai raisonnable ? Il est difficile de répondre par l'affirmative. Car, d'une part, le délai raisonnable étant une notion jurisprudentielle, pour l'établir, il faut se référer, non pas sur des dispositions textuelles, mais sur la jurisprudence. D'autre part, le juge, conformément à sa jurisprudence qui, en général, refuse de se conformer à tout

⁸⁹⁸. L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., p. 73.

⁸⁹⁹. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 534.

⁹⁰⁰. S. RIALS, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée, p. 383.

délai préfix⁹⁰¹, peut qualifier « le retard d'abusif bien au-delà du délai de six mois »⁹⁰² et, par voie de conséquence, allonger la durée durant laquelle les textes d'application peuvent être pris.

La jurisprudence semble s'expliquer par le fait que, très souvent, le retard mis pour prendre les textes d'application des lois se justifie par des circonstances de droit ou de fait. Quoiqu'il en soit, le juge tient moins compte du délai que de la volonté même de la personne publique de prendre ou non le texte d'application de la loi⁹⁰³. Dès lors, le retard justifié ne sera pas considéré comme tel, et sera donc intégré dans le délai raisonnable. Seul le retard injustifié sera jugé déraisonnable. C'est pourquoi il faudrait conclure que le délai raisonnable dépend essentiellement des cas d'espèce.

Comme le font remarquer P. Bon et P. Terneyre, ce délai est « fixé *in concreto* par le juge en tenant compte des spécificités de l'espèce »⁹⁰⁴. Le délai de 6 mois, souvent avancé par la doctrine comme étant le délai raisonnable, ne peut être en réalité qu'une moyenne dans laquelle les textes d'application des lois sont pris et non le délai raisonnable lui-même puisque ce dernier est variable selon les espèces.

S'il apparaît que l'obligation d'exécution des lois en général et celle d'adoption des textes pour leur application en particulier ont vis à vis de la personne publique des effets similaires par rapport à l'obligation d'exécution des jugements, il faut cependant observer que cette dernière pose des problèmes quelque peu différents⁹⁰⁵.

⁹⁰¹. Par exemple, dans l'arrêt « Ruben » précité, le juge a décidé que le délai raisonnable était d'un an alors que la loi avait prévu un délai de 2 mois. En l'espèce, le texte d'application n'a été pris qu'après 4 ans.

⁹⁰². R. HANICOTTE, « *Le juge face au retard des textes d'application* », art. précité, p. 1675.

⁹⁰³. C.E., 27 novembre 1964, « *Dame veuve Renard* », précité, Rec., p. 599

⁹⁰⁴. P. Bon et P. Terneyre, obs. sous C.E., 9 avril 1993, « *Société des auteurs des arts visuels-Spadem* », D. 1994, I, SC, p. 59.

⁹⁰⁵. Cependant, on rencontre en matière d'exécution des jugements également le problème du « délai raisonnable » ou normal (Voir S. Rials, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée., pp. 381, 396 & 453). Ainsi, un délai de 2 ans pour exécuter un jugement d'une juridiction judiciaire a été jugé anormal, et donc fautif (C.E., 3 mars 1976, « *Epoux Renaudin* », Rec., p. 131). De même un retard de 18 ans pour exécuter un jugement administratif a été *a fortiori* jugé fautif (C.E., 2

B- L'obligation d'exécution des jugements

L'obligation d'exécution des jugements, c'est-à-dire des décisions de justice, pesant sur les personnes publiques pose deux problèmes, celui de son existence et de sa portée d'une part, et celui de sa justification d'autre part.

1- L'existence de l'obligation d'exécution des jugements et sa portée

Il convient d'envisager d'abord le problème de l'existence de l'obligation d'exécution des jugements, avant de montrer que la portée de cette obligation est variable.

a- L'existence de l'obligation d'exécution des jugements

Deux raisons au moins paraissent fortement discréditer l'existence d'une obligation d'exécuter les jugements. D'une part, il arrive qu'un jugement soit rendu sans effet par les autorités politiques. Ainsi, un acte réglementaire annulé par le juge administratif⁹⁰⁶ a pu être validé par le législateur, comme l'a noté C. Guettier⁹⁰⁷. D'autre part, en dehors de toute validation législative, les juges sont

mai 1962, « *Caucheteux et Desmonts* », R.D.P. 1963, note M. Waline). En revanche, une indemnité versée par l'Etat en vertu d'une décision de justice pour partie 1 mois et demi plus tard et pour l'autre 6 mois et demi a été jugée exécuter dans les délais (4 février 1981, « *Medjebeur* », Rec., tables, p. 902). Il paraît qu'en cette matière, l'Etat dispose environ de 2 mois, à partir de la demande de toute personne bénéficiaire d'une décision de justice inexécutée, pour concourir par la force publique à son exécution. Cela montre que la notion de « délai raisonnable » dépasse largement le cadre précis de l'obligation de prendre des textes d'application des lois.

⁹⁰⁶ C.E., 18 mars 1949, « *Chalvon-Demersay* », R.D.P. 1949, p. 217.

⁹⁰⁷ C. GUETTIER, « *Exécution des jugements* », art. précité, p. 11 & 12. Mais cet auteur note en même temps que le Conseil constitutionnel, s'il est saisi, ne permet les lois de validation que sous trois conditions. D'une part, elles ne doivent pas porter sur l'acte qui a été annulé dans la mesure où « il en résulterait une atteinte au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs », écrit C. GUETTIER (Ibid). D'autre part, elles doivent reposer sur des motifs d'intérêt général. Et enfin, elles ne doivent pas méconnaître le principe de non-rétroactivité des lois pénales (C.C., 22 juillet 1980, « *Validation d'actes administratifs* », n° 80-119 DC, Rec., p. 46 ; G.D.C.C. 12^{ème} éd. 2003, p. 410.). En fait, ces conditions sont assez strictes pour réduire au maximum les possibilités de validation en cas de saisine

dépourvus de moyens efficaces, pour contraindre les personnes publiques à se conformer à leur obligation d'exécuter les jugements administratifs les condamnant ou de faire exécuter les jugements judiciaires. La raison essentielle, c'est que ce sont elles qui détiennent « le monopole de la coercition »⁹⁰⁸ ou de la contrainte. Le doute sur l'existence d'une véritable obligation d'agir à l'encontre de l'administration en matière d'exécution des jugements est accentué par le fait qu'aujourd'hui seule une personne publique supérieure peut contraindre une personne publique inférieure, à travers des procédures telles que le mandatement d'office ou l'inscription au budget... à agir.

Mais en réalité et malgré son origine administrative⁹⁰⁹, l'obligation juridique d'exécution des jugements existe bel et bien car sa méconnaissance constitue en principe soit une illégalité⁹¹⁰, soit une faute⁹¹¹, comme l'a magistralement exposé C. Guettier⁹¹². Il faut au demeurant noter que cette méconnaissance qu'elle soit jugée illégale ou fautive ne donne pas en principe au juge d'autres pouvoirs que ceux d'annulation⁹¹³ ou de condamnation⁹¹⁴ de la personne publique concernée au paiement de dommages-intérêts.

Néanmoins, cette remarque n'a rien d'original puisqu'il est admis que la violation d'obligation d'agir quelle qu'elle soit, y compris donc l'obligation d'exécution des décisions de justice, se traduit tout au plus par l'allocation de dommages-intérêts car, en droit français, la contrainte par corps est interdite⁹¹⁵.

du Conseil constitutionnel. Du reste, la première condition permet de préserver l'intégrité des jugements même si elle ne garantit pas l'intégralité de leurs effets.

⁹⁰⁸. C. GUETTIER, *Ibid.*, p. 4.

⁹⁰⁹. MONTANE de la ROQUE fait en effet remarquer fort justement que l'origine de l'obligation d'exécution des jugements est administrative car c'est le chef de l'Etat qui a commencé à ordonner la formule exécutoire des jugements (« *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 210). Il en est ainsi dans le décret du 12 juin 1947.

⁹¹⁰. Voir par ex. C.E., 28 décembre 1949, « *Société des automobiles Berliet* », *Rec.*, p. 579 ; D. 1950, p. 383, note P. Weil ; S. 1951, III, p. 1, concl. Guionin, note A. Mathiot.

⁹¹¹. Ex. C.E., 27 février 1948, « *Peyriguet* », *Rec.*, p. 97 ; C.E., 24 juin 1959, « *Hamon* », *Rec.*, p. 394 ; C.E., 14 décembre 1983, « *Jacq* », *Rec.*, p. 510.

⁹¹². C. GUETTIER, « *Exécution des jugements* », art. précitée, p. 12-14.

⁹¹³. 13 juillet 1962, « *Bréart de Boisanger* », D. 1962, p. 664.

⁹¹⁴. C.E., 2 mai 1962, « *Cauchetaux et Desmots* », R.D.P. 1963, p. 279.

⁹¹⁵. Comme l'explique KELSEN, l'interdiction de la contrainte physique ne fut possible qu'à partir du moment où, après une longue évolution du droit, l'Etat détenant le « monopole » de la contrainte

En plus, s'agissant des personnes publiques, il est connu que ce sont elles qui détiennent le monopole de la contrainte. Par conséquent, il y a juridiquement obligation d'agir en matière d'exécution des jugements, mais la difficulté consiste parfois à en assurer l'effectivité. Tous les auteurs paraissent unanimes sur ce point⁹¹⁶. Certains pensent même que cette obligation a un caractère absolu⁹¹⁷.

Dès lors, les personnes publiques ne peuvent invoquer le principe de séparation des pouvoirs pour refuser d'exécuter les jugements. Sinon le service public de la justice serait entravé. Jèze écrit justement que « *tous les agents publics d'un même pays sont des collaborateurs et non pas des autorités rivales, jalouses les unes des autres. Les unes et les autres ont pour unique mission de faire fonctionner, le mieux possible, les services publics, tous les services publics* »⁹¹⁸, y compris celui de la justice. Par conséquent, « dès qu'un juge a fait une constatation régulière, les agents publics doivent tenir cette constatation comme la vérité légale, régler leur conduite en conséquence, agir (...) de façon à réaliser et non à paralyser l'acte juridictionnel régulier »⁹¹⁹.

En cette matière, il n'y a pas à faire la distinction entre l'acte juridictionnel ou la chose jugée doté d'une autorité absolue et celui doté d'une autorité relative car l'obligation d'agir existe dans les deux cas. La différence entre l'autorité absolue et relative de la chose jugée paraît être plus sociologique que proprement juridique. Si les effets d'un jugement concernent toute la société, son autorité est dite absolue⁹²⁰. C'est le cas d'une annulation d'un acte

(« *Théorie pure du droit* », op. cit., pp. 50 & 51). Dès lors, c'est toujours « une autorité administrative » (Ibid., p. 152), émanation de l'Etat, qui est aujourd'hui chargée de l'exécution forcée.

⁹¹⁶. JEZE, « *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel* », R.D.P. 1913, p. 440 ; P. WEIL, « *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* », th. Précitée, p. 64.

⁹¹⁷. J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », A.J.D.A. 1972, p. 86, col. 2 & p. 87, col. 1 ; C. GOUAUD, « *La loi du 16 juillet 1980 et le Conseil d'Etat, ou la volonté du législateur face au pouvoir du juge administratif* », L.P.A., 17 février 1989, p. 7, col. 3.

⁹¹⁸. JEZE, « *La force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel* », art. précité, p. 440.

⁹¹⁹. JEZE, « *La force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel* », art. précité, p. 440.

⁹²⁰. J. MOREAU, P. ASTIE, J.- M. AUBY et al., « *Droi public* », Economica, t2, 3^{ème} éd. 1995, p. 785.

administratif pour illégalité. En revanche, si ses effets semblent se limiter aux parties, son autorité est dite relative⁹²¹. Il en va ainsi des jugements sur la responsabilité⁹²². Ainsi, l'exécution des jugements compte parmi les domaines principaux de l'obligation d'agir des personnes publiques. Il faut toutefois souligner l'ambiguïté de sa portée.

b- La portée de l'obligation d'exécution des jugements

Quelques observations qui attestent des différentes portées de l'obligation d'exécution peuvent être faites. D'abord, il convient de remarquer que les décisions de justice ne lient pas les personnes publiques que dans les cas où elles sont rendues contre ces dernières ou en faveur d'une personne privée au détriment d'une autre personne privée⁹²³ et que celle-ci refuse d'y déférer. En effet, une décision qui a été rendue en faveur d'une personne publique laisse à celle-ci une faculté d'agir et non une obligation d'agir. Ainsi, en matière d'expropriation, si la décision de justice ne l'annule pas, la personne publique peut, en application de cette décision, poursuivre ou non son opération d'expropriation. Par conséquent, ce n'est que dans les deux premières hypothèses qu'il y a véritablement obligation d'exécution des jugements pesant sur les personnes publiques.

Ensuite, dans le cas d'une véritable obligation d'exécution des jugements, il faut prendre garde de confondre toujours celle-ci avec l'obligation d'agir, car l'exécution d'un jugement peut se résumer dans l'inaction⁹²⁴. C'est ainsi, pour rester dans l'exemple de l'expropriation, qu'une décision ordonnant l'annulation

⁹²¹. J. MOREAU, P. ASTIE, J.- M. AUBY et al., Ibid., p. 800.

⁹²². JEZE critique cette distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée car il considère que les tiers doivent pouvoir se prévaloir ou se voir opposer cette dernière (« *La force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel* », art. précité, p. 444). Dans ce cas, la chose jugée dotée d'une autorité ou d'un effet relatif possède, en réalité, des effets plus étendus.

⁹²³. C.E., 30 novembre 1923, « *Couitéas* », précité, Rec., p. 789.

⁹²⁴. Voir par exemple C.E., 8 août 1919, « *Tosca* », Rec., p. 740, concl. Corneille.

d'une procédure en la matière est considérée comme exécutée quand la personne publique n'a pas poursuivi cette procédure. Dans cette hypothèse, il est clair que l'obligation d'exécution des jugements se traduit pour la personne publique par une obligation de non agir.

Enfin, dans d'autres cas seulement, l'obligation d'exécution des jugements rime avec obligation d'agir. Ce sont par exemple les annulations de refus d'octroi d'autorisation⁹²⁵ ou de licenciement avec ordre de réintégration⁹²⁶. Ce sont plus généralement les hypothèses d'abstentions illégales ou fautives⁹²⁷. Par conséquent, il convient de conclure avec C. Lasry et G.-H. George⁹²⁸ à la généralité de l'obligation d'exécution des jugements, celle-ci n'étant une obligation d'agir que dans les cas où elle implique une action positive obligatoire de la part des personnes publiques.

La portée variable de l'obligation d'exécution des jugements ne prive cependant pas celle-ci de fondements solides.

⁹²⁵. C.E., 22 décembre 1948, « *Bouladou* », Rec., p. 491.

⁹²⁶. C.E., 4 janvier 1952, « *Lhomme* », Rec., p. 15.

⁹²⁷. Voir titre 1 de la première partie.

⁹²⁸. C. LASRY et G.-H. GEORGE, « *Responsabilité de la puissance publique* », Encycl. Dalloz, t2, 1959, p. 783, n° 232 & s.

2- Les fondements de l'obligation d'exécution des jugements

L'obligation d'exécution des jugements possède un fondement logique et un fondement juridique.

a- Le fondement logique de l'obligation d'exécution des jugements

Le fondement logique de l'obligation d'exécution des jugements sera cherché en se référant à leur inexécution. A ce sujet, il convient d'affirmer qu'une décision juridictionnelle qui n'est pas exécutée perd en quelque sorte son caractère de décision. G. Braibant le souligne très bien lorsqu'il écrit que « là où il n'y a pas exécution, il n'y a plus de décision »⁹²⁹ juridictionnelle. Cette logique justifie par conséquent l'existence d'une obligation des personnes publiques d'exécuter les jugements. L'institution de cette obligation est une contrainte non négligeable sur les personnes publiques pour obtenir l'exécution des jugements de leur part.

En effet, étant les premières concernées par les impératifs de l'Etat de droit, elles ne peuvent se permettre de faire de l'inexécution des jugements un principe. Car, la chose jugée est « une règle fondamentale, indispensable à la sécurité des relations sociales »⁹³⁰. C'est la raison pour laquelle elle doit s'imposer à tous, y compris aux personnes publiques. Dès lors, il est aisé de comprendre et accueillir favorablement la position de Montané de la Roque selon laquelle l'inexécution des jugements ne doit être légale que si elle a pour égard l'intérêt général⁹³¹. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a précisé dans un arrêt de principe, « Couitéas »⁹³², que l'obligation d'exécution des jugements pesant

⁹²⁹. G. BRAIBANT, « *Les nouvelles fonctions du Conseil d'Etat* », Rev. admin. 1987, p. 419.

⁹³⁰. Voir L. DELBEZ, « *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité* », R.D.P. 1932, p. 482.

⁹³¹. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 209.

⁹³². C.E., 30 novembre 1923, « *Couitéas* », précité.

sur les autorités publiques s'efface en cas de crainte de troubles graves pour l'ordre public⁹³³.

En l'espèce, le requérant avait obtenu un jugement en sa faveur ordonnant l'expulsion des tribus occupant sa propriété en Tunisie. L'Etat lui avait refusé le concours de la force publique car l'exécution de ce jugement « nécessitait l'organisation d'une véritable expédition militaire »⁹³⁴ dangereuse pour l'ordre public car les occupants étaient nombreux, 8000 environ.

Le tribunal administratif de Paris a jugé une affaire à peu près similaire, sauf que les faits s'étaient déroulés dans un domaine agricole aux Nouvelles Hébrides, le 16 décembre 1983⁹³⁵, et y a donné la même solution. Néanmoins, les arrêts confirmant la jurisprudence « Couitéas » portent surtout sur les occupations de lieux de travail par des grévistes⁹³⁶ et des logements par des personnes sans titre⁹³⁷.

Cependant, ce n'est pas uniquement en matière d'exécution des jugements que le risque de troubles graves à l'ordre public est un facteur exonératoire d'obligation d'agir. Ce facteur exonératoire semble général, c'est-à-dire qu'il permet aux autorités de police de s'abstenir légalement d'exécuter leurs obligations d'agir quelles qu'elles soient dès que ce risque est à craindre⁹³⁸.

⁹³³. Voir R. ROMI, « *La responsabilité pour carence des autorités de la police administrative* », art. précité, pp. 29, 30 & 35.

⁹³⁴. G.A.J.A. 14^{ème} éd. 2003, p. 253.

⁹³⁵. T.A. Paris, « *Société Ballande-Vanuatou* », D. 1984, p. 557, note J.-P. Visconti et E. Agostini

⁹³⁶. C.E. ass., 3 juin 1938, « *Société Cartonnerie Saint-Charles* », Rec., p. 529 ; R.D.P. 1938, p. 375, note G. Jèze ; D. 1938, III, p. 65, note Appleton ; S. 1939, III, p. 9, concl. Dayras ; C.E., 17 février 1988, « *Laporte* », Rec., p. 70 ; R.D.P. 1989, p. 540 ; D. 1989, SC, p. 119, obs. F. Moderne et P. Bon ; C.E., 6 mai 1991, « *Société Automobiles Citroën* », Rec., p. 172 ; R.D.P. 1991, p. 1454 ; Dr. Soc. 1991, p. 940, concl. M. Denis-Linton ; Rev. admin. 1991, p. 429, note H. Ruiz-Fabri ; D. 1992, SC, p. 144, obs. P. Bon et P. terneyre ; C.E., 8 juillet 1992, « *S.A. Automobiles Peugeot* », R.D.P. 1993, p. 258.

⁹³⁷. C.E., 11 juin 1985, « *Société Parigest* », R.D.P. 1986, p. 901 ; C.E., 21 juillet 1989, « *Cons. Haubois* », D.A. 1989, n° 537 ; Quot. Jurid., 23 novembre 1989, p. 3, note M.-C. Rouault.

⁹³⁸. Dans un arrêt « *Société navale Delmas-Vieljeux* » (C.E., 15 juin 1987, Rec., p. 216 ; R.F.D.A. 1988, p. 508, concl. O. Schrameck), le juge a par exemple décidé « qu'ainsi et qu'il ne ressort pas de l'instruction (...) qu'existait un risque sérieux de troubles graves, les autorités chargées de la police de l'ordre public dans la commune du Havre, en s'abstenant de prendre des dispositions pour s'opposer à la formation des barrages à l'entrée du port du Havre (...) ont commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat ». *A contrario*, si un tel risque existe, l'abstention des autorités de

En dehors de risque de troubles graves pour l'ordre public, ce qui semble tolérable en matière d'exécution des jugements, c'est uniquement une marge de pouvoir discrétionnaire. Les personnes publiques ont en effet « le droit, d'après un ancien arrêt⁹³⁹, de choisir les mesures et le moment le plus favorable à l'exécution » des arrêts. Mais cette marge de liberté dans l'obligation d'exécution des jugements est aujourd'hui très limitée du moins quant au moment pour agir puisque le juge administratif sanctionne en principe tout dépassement de « délai raisonnable » en cette matière.

Ce fondement logique de l'obligation d'exécution des jugements explique sans doute l'autorité de la chose jugée attachée à ces derniers et qui, au demeurant, en constitue le fondement juridique.

b- Le fondement juridique de l'obligation d'exécution des jugements

Il est certain que les jugements doivent être exécutés par les personnes publiques notamment une fois qu'ils sont passés en force de la chose jugée⁹⁴⁰, c'est-à-dire une fois qu'ils ne sont plus susceptibles de recours. Mais, en réalité s'agissant des jugements administratifs, c'est-à-dire des juridictions administratives, ce n'est pas uniquement l'épuisement des voies de recours qui rend obligatoire l'exécution des jugements, car toutes les décisions des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel revêtent l'autorité de la chose jugée. Cela signifie qu'elles sont exécutoires⁹⁴¹ et que, par conséquent, les autorités administratives et notamment les ministres doivent pourvoir à leurs exécutions. Car il est connu que « l'appel en matière

police n'est pas jugée fautive et n'engage donc pas la responsabilité de l'Etat (C.E., 27 mai 1977, « *S.A. Victor Delforge* », Rec., p. 252, concl. Genevois ; J.C.P., II, n° 18778, note Pacteau). Etait en jeu dans ces deux espèces, l'obligation d'« assurer aux usagers du domaine public portuaire une utilisation normale de ce domaine », et non celle d'exécuter les jugements.

⁹³⁹. C.E., 2 avril 1928, « *Les bourgmestres de la ville de Liège* », décision citée par Montané de la Roque dans sa thèse, p. 213.

⁹⁴⁰. Voir MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 211 & 212.

⁹⁴¹. C. GUETTIER, « *Exécution des jugements* », art. précité, pp. 5, 9 et 10.

administrative n'est pas suspensif sauf si la juridiction d'appel ordonne le sursis à l'exécution »⁹⁴². Sans ce sursis, qui demeure très hypothétique⁹⁴³, les jugements administratifs doivent être exécutés.

Cette obligation est si 'forte' que Duez, citant l'arrêt « Tosca »⁹⁴⁴ a voulu croire en la primauté de la chose jugée par rapport à la loi⁹⁴⁵. Mais, ayant déjà vu avec R. Chapus⁹⁴⁶ que la chose jugée a, en réalité, une valeur infra-législative, celle-ci ne doit pas être comprise comme étant une remise en cause de l'obligation d'exécuter des jugements. Duez n'écrit-il pas que l'autorité de la chose jugée est un « principe fondamental, d'utilité sociale incontestable, générateur de sécurité »⁹⁴⁷ ?

Toutefois, s'agissant des jugements rendus entre particuliers, Montané de la Roque explique que puisque l'administration y est tiers, « l'autorité de la chose jugée ne joue pas à son encontre »⁹⁴⁸. Selon lui, l'autorité de la chose jugée ne s'impose à elle qu'au pénal. En fait, il y a peut-être dans la position de cet auteur une part de vérité, mais aussi une part d'erreur. La vérité réside dans le fait qu'un jugement rendu entre personnes privées concerne au premier chef ces dernières. Ce sont elles qui doivent, par conséquent, l'exécuter. La part d'erreur consiste dans le fait que si une personne privée qui constate qu'un

⁹⁴². C. GUETTIER, « *Exécution des jugements* », Ibid.

⁹⁴³. En effet, le sursis à exécution n'est ordonné par le juge que si le jugement a une forte chance d'être annulé et que son exécution entraînera des conséquences irréparables ou difficilement réparables. En plus, même si ces deux conditions sont satisfaites, le juge reste libre de l'ordonner ou pas.

Il faut néanmoins souligner que les abstentions des personnes publiques ne pouvaient, avant la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives qui autorise « la suspension de l'exécution d'une décision administrative, même de rejet » (art. L 521-1 C.J.A.) par le juge des référés, faire l'objet de sursis à exécution. En effet, comme le fait remarquer P. CASSIA (« *Les référés administratifs d'urgence* », L.G.D.J., 2003, pp.16 & 17), pour le juge administratif, surseoir à l'exécution d'une décision administrative de refus était assimilable à une injonction (C.E. ass., 23 janvier 1970, « *Amoros* », Rec., p. 15) dont il s'interdisait le prononcé. A partir de l'arrêt « *Ouatah* » (C.E. sect., 20 décembre 2000, R.F.D.A. 2001, p.371, concl. Lamy ; A.J.D.A. 2001, p. 146, chr. M. Guyomar & P. Collin; P.A., 19 mars 2001, n°55, p. 8, note F. Mallol), le sursis à exécution est possible contre les refus des personnes publiques. Cela signifie que les refus administratifs d'exécution des jugements peuvent aussi faire l'objet de suspension.

⁹⁴⁴. C.E., 8 août 1919, « *Tosca* », Rec., p. 740, concl. Corneille.

⁹⁴⁵. DUEZ, « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », op. cit., p. 24.

⁹⁴⁶. R. CHAPUS, « *De la valeur juridique des principes généraux du droit* », art. précité

⁹⁴⁷. DUEZ, « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », op. cit., p. 147.

⁹⁴⁸. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 215.

jugement dont elle est bénéficiaire n'est pas exécuté demande le concours de l'Etat, celui-ci doit accepter d'utiliser la force publique afin d'en obtenir l'exécution.

Sur ce dernier point, l'arrêt « Société la cartonnerie et imprimerie Saint-Charles »⁹⁴⁹ est particulièrement clair. La Haute juridiction y déclare en effet que « le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré ». Convient-il de rappeler qu'un droit pour une personne est une obligation pour une autre. Prêter main forte à l'exécution des jugements judiciaires est donc une obligation pesant sur l'Etat, sauf dans le cas de crainte de troubles pour l'ordre public⁹⁵⁰. En dehors de cette exception, le refus de l'Etat d'y déférer constitue une faute⁹⁵¹ qui ouvre dans tous les cas, que la faute soit simple ou grave, droit au versement de dommages-intérêts au profit de la personne privée requérante.

§2- Le maintien de l'ordre public

La notion d'ordre public a une large portée car elle irrigue tous les domaines du droit, que ce soit le droit constitutionnel, le droit pénal, le droit administratif... Néanmoins, sa portée sera limitée au seul droit qui intéresse directement cette étude, à savoir le droit administratif.

Cette notion est également protéiforme ; en effet, G. Guiavarc'h pense qu'elle a quatre composantes qui sont « la défense de l'Etat (...) ; l'ordre « dans la rue » ; la sauvegarde des personnes et des biens ; la satisfaction de certains besoins de la population »⁹⁵². Mais, ce ne sont pas tant les différentes

⁹⁴⁹. C.E. ass., 3 juin 1938, « Société La cartonnerie et imprimerie Saint-Charles », Rec., p. 521 ; R.D.P. 1938, p. 375, note Jèze ; J.C.P. 1938, II, p. 834, note Mihura ; D. 1938, III, p. 65, note Appleton ; S. 1939, III, p. 9, concl. Dayras.

⁹⁵⁰. C.E., 30 novembre 1923, « Couitéas », précité.

⁹⁵¹. C.E., 3 novembre 1967, « Ministre de l'intérieur c. Dame FIAT », Rec., p. 409.

⁹⁵². G. GUIAVARC'H, « Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes », th. précitée, p. 103.

composantes de l'ordre public que les situations d'obligation d'agir que cet ordre public génère à la charge des personnes publiques ou, plus exactement, des autorités de police⁹⁵³ qui intéressent cette étude. A ce sujet, il faut souligner que l'obligation d'agir est limitée dans certains cas aux hypothèses de péril grave⁹⁵⁴ ou imminent et que, dans d'autres, elle est plus étendue dans la mesure où une obligation de sécurité semble peser sur les autorités de police. Encore faudra-t-il chercher à expliquer cette dichotomie.

A - L'obligation d'assurer l'ordre public en cas de péril grave ou imminent

A priori, la gravité est une caractéristique du péril ou du danger. Un danger grave est un danger qui risque de causer un préjudice irréparable ou difficilement réparable, même si la juge administratif octroie dans presque tous les cas des dommages-intérêts dont le montant varie en fonction de la nature et de l'étendue du préjudice. L'imminence, quant à elle, caractérise le peu de temps qui reste avant la survenance du péril.

⁹⁵³. Le mot « police » vise au sens large l'ensemble des polices, à savoir la police administrative, la police judiciaire et les polices spéciales. Il faut noter que plusieurs critères distinguent la police administrative de la police judiciaire (voir C.E. ass., 24 juin 1960, « *Société Frampar* », Rec., p. 421 ; concl. Heumann ; R.D.P. 1960, p. 815, concl. Heumann ; J.C.P. 1960, II, 11743, note Gour ; D. 1960, p. 744, note Robert ; S. 1960, p. 348, note Debbasch ; G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 536). Néanmoins, le critère quasiment premier parce qu'il est le plus significatif, même s'il se révèle souvent relatif, est le fait que la police judiciaire est qualifiée de répressive et la police administrative de préventive. Quant aux polices spéciales, elles concernent des domaines très précis, contrairement aux deux premières. C'est ainsi qu'il existe une police de la chasse, une police de l'environnement, etc. Mais, toutes les polices spéciales sont, au fond, administratives puisqu'elles ont pour mission de prévenir.

Malgré cette variété de polices, nous aurons affaire principalement à la police administrative générale pour au moins deux raisons ; d'une part, parce que la police judiciaire relève de la compétence du juge judiciaire, contrairement à la police administrative qui relève du juge administratif ; d'autre part, parce que les polices spéciales peuvent viser d'autres buts que l'ordre public, contrairement à la police administrative qui a essentiellement ce dernier comme objet ; enfin et surtout, parce, tandis que la police judiciaire, y compris les polices spéciales sont exercées au nom et pour le compte uniquement de l'Etat, la police administrative générale peut-être exercée au nom et pour le compte de toutes les personnes publiques.

⁹⁵⁴. Voir A.-M. LE BOS-Le POURHIET, « *La substitution de compétence en droit public* », th. Paris, 1983, p. 194.

Ces définitions montrent que la gravité et l'imminence de la menace de l'ordre public sont deux conditions cumulatives, c'est-à-dire qui doivent toutes deux être satisfaites, pour que les autorités de police soient obligées d'agir. Cette idée apparaît, nous le verrons, de façon sous-jacente, dans deux célèbres arrêts dont l'un, « Doublet », évoque principalement la gravité et l'autre, « Garcin », l'imminence.

1- L'arrêt « Doublet », une illustration de la gravité du péril pour l'ordre public génératrice d'obligations d'agir

Dans cette affaire⁹⁵⁵, le requérant avait demandé au maire de Saint-Jean-de-Monts de réglementer un camping à cause de « très graves inconvénients que celui-ci faisait courir à l'ordre public ». En effet, il prétendait que le rassemblement des campeurs au voisinage immédiat d'une partie de l'agglomération où, qui plus est, se trouvait sa villa, était très néfaste pour « l'hygiène et la sécurité des habitants ». Mais ayant été éconduit par le maire, et ensuite par le tribunal administratif de Nantes, il saisit le Conseil d'Etat. Celui-ci devait donc trancher la question de savoir si, en l'espèce, l'autorité de police municipale avait une obligation d'agir ou pas.

Suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement A. Bernard, le juge rejeta la demande du requérant parce que, selon lui, le respect de la réglementation préexistante suffisait pour parer aux dangers que représentait « le rassemblement des campeurs » pour l'ordre public⁹⁵⁶ d'une part et, d'autre part et surtout, décida qu'une mesure de police n'est obligatoire qu'en cas de péril grave pour cet ordre public⁹⁵⁷. Le considérant à ce sujet est clair : « Considérant

⁹⁵⁵. C.E., 23 octobre 1959, « Doublet », R.D.P. 1959, p. 1235, concl. A. Bernard.

⁹⁵⁶. « Considérant que les prescriptions de l'arrêté préfectoral des 6 mars 1951 et 1^{er} juillet 1955 étaient, si l'exploitant du terrain de camping de la rue des Sports s'y était conformé, suffisantes pour pallier les réels dangers que faisaient courir à l'hygiène et à la sécurité publiques les conditions dans lesquelles le camp dont il s'agit fonctionnait ».

⁹⁵⁷. Voir G. TIMSIT, « Compétence liée et principe de légalité », Recueil Dalloz, 1964, p. 220 ; L. Richer, « La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », op. cit., p. 18.

que le refus opposé par un maire à une demande tendant à ce qu'il fasse usage des pouvoirs de police à lui conférés par l'article 97 (...) de la loi du 5 avril 1884 n'est entaché d'illégalité que dans le cas où, à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publiques, cette autorité, en n'ordonnant pas les mesures indispensables pour faire cesser ce péril grave, méconnaît ses obligations légales ». Ce considérant ne définit pas précisément le péril grave. Il n'en fournit qu'une indication assez vague : le péril grave est représenté par une « situation particulièrement dangereuse » pour l'ordre public. Cette imprécision laisse penser qu'en réalité la notion de gravité résulte de l'appréciation du juge.

En l'espèce, le seuil de gravité a été atteint. La preuve est que le requérant, manifestement non impressionné par les longues procédures, demanda, cette fois-ci, à être indemnisé du préjudice qu'il avait subi du fait de la non application de la réglementation préexistante sur le camping. Mais, n'ayant pas été entendu par les autorités inférieures, il se pourvut à nouveau devant le Conseil d'Etat qui décida, dans une autre décision « Doublet »⁹⁵⁸ que celui-ci ayant subi « des troubles de jouissance graves », la commune de Saint-Jean-de-Monts a commis une faute lourde pour n'avoir pas fait respecter la réglementation du camping. Cela montre, sauf à s'y méprendre, que pour qu'une autorité inférieure soit obligée de mettre en œuvre une réglementation de police d'autorités supérieures, il faut un péril grave pour l'ordre public.

La jurisprudence précédemment examinée était déjà en germe dans la décision « Société cartonnerie et imprimerie Saint-Charles »⁹⁵⁹. En effet, le Conseil d'Etat y a déclaré qu'« il résulte de l'instruction que l'occupation, quelque illicite qu'elle fût, s'est effectuée et poursuivie dans des conditions qui ne constituaient pas une atteinte à l'ordre public telle que les autorités administratives chargées d'en assurer le maintien dans l'intérêt général,

⁹⁵⁸. C.E., 14 décembre 1962, « Doublet », Rec., p. 680.

⁹⁵⁹. C.E. ass., 3 juin 1938, « Société cartonnerie et imprimerie Saint-Charles », Rec., p. 521.

n'auraient pu, sans méconnaître leurs obligations légales, se refuser à intervenir ». Néanmoins, L. Richer adopte un point de vue différent puisque, pour lui, l'obligation de l'autorité de police d'agir pour préserver l'ordre public en cas d'atteinte particulièrement grave commence véritablement avec l'arrêt « Société cartonnerie et imprimerie Saint-Charles »⁹⁶⁰. Or il convient de noter que le terme « grave » et, encore moins, celui de « particulièrement grave » n'y apparaissent pas. Par conséquent, cette décision n'était que l'embryon, l'annonce de la jurisprudence « Doublet », confirmée par la suite.

Ainsi, dans un arrêt, « Commune de Lège-Cap-Ferret »⁹⁶¹, le maire n'avait pas interdit des spectacles et manifestations organisés en plein air et qui avaient, en raison tant de leur durée que de l'ampleur des bruits provoqués par l'utilisation de haut-parleurs, porté gravement atteinte à plusieurs reprises à la tranquillité et au repos nocturne du requérant. Le juge décida « qu'il incombait au maire chargé, en vertu de l'article L. 131-2 du code des communes, de la police municipale de prendre les mesures appropriées pour empêcher sur le territoire de sa commune les bruits excessifs de nature à troubler le repos et la tranquillité des habitants et d'assurer l'observation de la réglementation départementale édictée à cet effet », et engagea la responsabilité de la commune pour faute lourde. Par conséquent, comme dans les espèces « Doublet » précitées, en présence à la fois d'une atteinte grave pour l'ordre public -en l'espèce, la tranquillité publique- et d'un refus d'agir de la personne publique, la responsabilité de celle-ci est engagée pour faute lourde.

De même, et comme dans le cas précédent, dans un arrêt « Commune de Montcourt-Fromonville »⁹⁶², des rassemblements d'individus -manifestations organisées dans un foyer situé à proximité du domicile du requérant- avaient porté une atteinte grave « à la tranquillité et au repos nocturne de l'intéressé » en

⁹⁶⁰. L. RICHER, « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », op. cit., p. 51.

⁹⁶¹. C.E., 25 septembre 1987, « *Cne de Lège-Cap-Ferret c. Martigne* », Rec., p. 296 ; D. 1988, SC, p. 376, obs. F. Moderne et P. Bon ; Gaz. Pal. 1988, 1, pan. Dr. Admin., p. 130.

⁹⁶². C.E., 17 mars 1989, « *Commune de Montcourt-Fromonville c. Lagrange* », Rec. tab., p. 914.

raison à la fois des bruits excessifs et de leurs prolongations répétées jusqu'à tard la nuit. L'abstention du maire de prendre les mesures appropriées pour mettre fin à cette situation engagea la responsabilité de la commune pour faute lourde.

Pourtant, dans une espèce assez similaire -entreprise bruyante implantée à proximité du domicile du requérant -, le tribunal administratif décida que l'abstention du maire ne constituait qu'une faute simple -sans doute parce qu'en l'occurrence le bruit n'avait pas un caractère excessif- engageant la responsabilité de la commune⁹⁶³. Cependant, que la responsabilité soit engagée pour faute lourde ou simple, les deux cas témoignent de l'existence d'une obligation d'agir.

En réalité, ce dernier jugement ne permet-il pas de considérer que les autorités de police sont tenues d'agir pour préserver l'ordre public, même en dehors d'un péril ou d'une atteinte grave de celui-ci ? Rien n'est moins sûr, car il ne faut pas oublier qu'il s'agit là d'un arrêt d'une juridiction du fond et que la Haute juridiction semble continuer à exiger, pour qu'il y ait obligation d'agir, la présence d'un péril grave, comme dans la solution « Doublet ».

En effet, un arrêt de 1992 « SCI Le Panorama »⁹⁶⁴ paraît reconduire la jurisprudence « Doublet ». Comme dans cette dernière, il s'agissait dans l'arrêt « SCI Le Panorama » d'un rassemblement d'individus et d'une carence de l'autorité de police à faire respecter les mesures de police préexistantes. La présence et l'activité de très nombreux « silhouettistes » et portraitistes sur la chaussée, le trottoir et l'entrée du bâtiment géré par la requérante occasionnèrent des dégradations sur la façade de ce bâtiment. Le juge releva que « cette situation est imputable (...) à l'absence de mesures prises pour faire respecter tant les dispositions » de l'arrêté du 1er septembre 1983 que celui du 13 juin 1985, et engagea la responsabilité de la personne publique pour faute lourde.

⁹⁶³. T.A. de Rennes, 20 juin 1991, « *Le pioufle* », Rec. tab., p. 1190.

⁹⁶⁴. C.E., 25 septembre 1992, « *SCI Le Panorama* », Rec., p. 1160.

La seule évolution du présent arrêt par rapport à celui de 1959 se situe au niveau du vocabulaire ; l'arrêt de 1992 n'a utilisé ni l'expression « gravité du péril », ni une autre voisine. Mais la disparition dans le vocabulaire du juge de telles expressions ne signifie pas que l'exigence d'une menace grave a disparu, elle aussi. Le rassemblement de « silhouettistes » et portraitistes « sur des emplacements d'une exigüité excessive » représentait une menace grave pour la sécurité dans l'arrêt de 1992 comme le rassemblement des campeurs avait constitué une menace grave pour la tranquillité et la salubrité dans celui de 1959. Par conséquent, malgré le changement de vocabulaire, la solution reste au fond la même : il faut que l'ordre public soit gravement menacé pour que l'autorité de police compétente soit obligée d'agir pour y mettre fin.

En tout état de cause, en matière d'obligation d'agir pour préserver l'ordre public, la gravité du péril ne saurait être dissociée de l'imminence de celui-ci et ce, même si le juge ne le mentionne pas comme c'est le cas dans l'arrêt « Doublet » de 1959. Car, pour s'en tenir à cette dernière espèce, les faits et le contexte faisaient apparaître la présence d'un péril imminent.

En effet, dès que le requérant apprit que le terrain à proximité duquel se trouvait sa demeure allait bientôt être affecté à un camping collectif, il craignit pour la tranquillité, la sécurité et l'hygiène pour sa villa et son quartier. Ce fut pourquoi, mieux valait prévenir que guérir, il entreprit toutes les démarches que l'on sait. Par conséquent, l'imminence du grave danger pour l'ordre public était tellement évidente. Ce fut peut-être pour cette raison que le Conseil d'Etat ne l'évoqua pas dans les conditions de l'existence de l'obligation d'agir en cette matière.

D'ailleurs, l'obligation d'agir, dans l'idée la plus simple qu'elle véhicule, signifie l'obligation d'entreprendre un acte. Par conséquent, il serait quelque peu contradictoire d'instituer une obligation d'agir en matière de préservation de l'ordre public alors que le grave danger qui est craint est situé loin dans le futur.

Si tel est le cas, il faudra attendre que le facteur déclenchant -le danger grave- se réalise pour voir naître l'obligation d'agir.

Ainsi, la gravité et l'imminence du péril apparaissent être deux conditions *sine qua non* de l'obligation -d'agir- pour l'autorité de police d'empêcher par tout moyen l'atteinte à l'ordre public. Par conséquent, si le juge, ou le commissaire du gouvernement comme c'est le cas dans l'arrêt qui va suivre, met en avant l'imminence du danger, il faudra sous-entendre aussi la gravité.

2- L'arrêt « Garcin », une illustration de l'imminence du péril pour l'ordre public génératrice d'obligations d'agir

Dans cette espèce⁹⁶⁵, un dangereux aliéné dénommé Jérôme étant laissé en liberté, commit un meurtre sur la personne du Sieur Garcin. Dès lors, la femme et la fille de ce dernier demandèrent à l'Etat réparation du préjudice. Devant le refus de celui-ci, refus motivé par un problème de compétence du ministre auquel la demande de réparation fut adressé –cet aspect ne sera pas abordé parce qu'il n'a pas de lien direct avec la démonstration à venir- le Conseil d'Etat fut saisi. Il donna gain de cause aux requérantes.

Dès lors, on pourrait se demander qu'elle fut la raison qui conduisit le juge sur proposition de son commissaire du gouvernement Latournerie, à condamner l'Etat. Pour y répondre, l'historique de l'affaire présenté par Latournerie⁹⁶⁶ et dont il convient de rappeler les faits les plus marquants et les plus frappants, est incontournable. Le médecin de l'asile d'aliénés de Montdevergues avait diagnostiqué chez Jérôme des troubles mentaux qui allaient dégénérer en un « délire interprétatif de persécution », avec « excitation vive par intervalles ».

⁹⁶⁵. C.E., 23 janvier 1931, « *Sieur Garcin* », S. 1931,III, p.97, concl. Latournerie, note Bonnard.

⁹⁶⁶. Concl. Latournerie, S. 1931,III, p.102.

En effet, ce dernier pensait que tous les habitants de Valensole conspiraient contre lui. Et l'ennemi à abattre était Sieur Garcin parce que celui-ci lui attribuait « injustement la paternité de l'enfant naturel de sa fille ». Mais toutes ces idées démoniaques n'étaient que pure imagination produite par son état de folie. Le maire avait même demandé au préfet de prendre des mesures immédiates pour parer à un meurtre qui paraissait imminent, Jérôme s'étant acheté un pistolet automatique, connu des services de police, afin d'exécuter Sieur Garcin dans le cas où celui-ci persisterait à ne pas lui signer la déclaration l'innocentant du viol de mademoiselle Garcin.

Malgré l'imminence de ce danger, le préfet ne prit aucune mesure pour l'éviter ; Jérôme passa à l'acte. Les conclusions du commissaire du gouvernement font apparaître que tout s'était déroulé entre « les premiers mois de 1923 » et fin juillet de la même année, par conséquent, très vite pour un acte aussi grave. D'après Latournerie, qui a été suivi par le Conseil d'Etat, l'article 18 de la loi du 30 juin 1838, en déclarant que les préfets « ordonneront d'office le placement dans un établissement d'aliénés de toute personne interdite ou non interdite dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public, ou la sûreté des personnes », met à l'encontre des préfets et, donc, de l'Etat une obligation d'assurer la sûreté des personnes⁹⁶⁷. Selon lui, « Ordonneront d'office » signifie « Ordonneront immédiatement, ou du moins le plus tôt possible ». En d'autres termes, en cas de péril imminent pour la sécurité des personnes ou, plus généralement, pour l'ordre public, les autorités de police doivent agir très vite pour l'éviter. Ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Bonnard ne s'y est d'ailleurs pas trompé ; il souligne dans sa note⁹⁶⁸ qu'il s'agissait dans l'arrêt « Garcin » d' « un manquement très grave dans l'exercice de la police des aliénés » dans la mesure où le préfet avait été informé de « l'état particulièrement menaçant pour la sécurité publique d'un aliéné dangereux » et

⁹⁶⁷. Concl. Latournerie, S. 1931, III, p.103.

⁹⁶⁸. Note Bonnard, S. 1931, III, p. 97.

n'avait pas pris les mesures qui s'imposaient « en temps utile » ; selon lui, le préfet « avait trop tardé à décider l'internement » alors que celui-ci était urgent.

Néanmoins, l'imminence du péril ne suffit pas pour qu'il y ait obligation de sauvegarder l'ordre public. Si en l'espèce, c'est l'imminence ou l'urgence qui est mise en exergue, c'est parce que la gravité du péril, le risque de perte d'une vie humaine, n'a pas besoin d'être démontré. Toutefois, Latournerie l'évoque et ce, en même temps que l'urgence : « l'urgence des mesures » et « la gravité du danger »⁹⁶⁹. Celles-ci semblent donc être deux conditions indissociables de l'obligation d'agir en matière de préservation de l'ordre public.

Du reste, il convient de soulever un paradoxe généré par l'obligation de préserver l'ordre public. En effet, l'imminence et la gravité du péril laissent souvent à l'autorité de police une marge de manœuvre. Celle-ci dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à la nature des mesures à prendre, et non en principe quant au moment pour agir puisque, par définition, l'imminence et la gravité du péril commandent l'exécution rapide de l'action⁹⁷⁰. En revanche, il y a un renforcement de l'obligation d'agir dans cette hypothèse. Comme l'écrit Latournerie, « s'il est de règle que, dans les cas d'urgence ou de nécessité, les pouvoirs de police reçoivent plus d'extension, il faut admettre aussi que, dans les mêmes cas, les devoirs des autorités de police, ainsi que leur responsabilité, s'accroissent dans la même mesure »⁹⁷¹.

Si l'étude s'est attardée sur cette espèce « Garcin », c'est parce qu'elle paraît instituer une solution de principe qui n'a cessé de recevoir application.

Ainsi, dans l'arrêt « Ministre de l'Intérieur et commune de Saulgé »⁹⁷², le juge a décidé que le maire n'a pas commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de la commune en s'abstenant soit d'informer le préfet, soit de

⁹⁶⁹. Concl. Latournerie, S. 1931,III, p.102.

⁹⁷⁰. Même s'agissant du moment, les autorités de police ont un pouvoir discrétionnaire plus ou moins grand car les termes « très vite » ou « en urgence » sont assez vagues. C'est, en fin de compte, le juge qui apprécie selon les cas si ces autorités ont agi à temps ou pas.

⁹⁷¹. Concl. Latournerie, S. 1931,III, p.103.

⁹⁷². C.E., 13 juillet 1968, « *Ministre de l'Intérieur et commune de Saulgé c. Epoux Hugonneau* », R.D.P. 1969, p. 544.

prendre des mesures d'urgence pour prévenir tout accident qui pourrait être causé par Sieur Desmaisons dont le caractère menaçant de la déficience mentale n'était attesté que par un seul témoignage et, qui plus est, imprécis. C'est *a contrario* que cet arrêt confirme la jurisprudence de 1931. En effet, si la menace que véhiculait la déficience mentale du requérant était imminente, en ce sens qu'elle était établie par des témoignages précis, la responsabilité de la commune aurait été engagée pour faute lourde.

Il convient de faire également allusion à l'arrêt « Dufour »⁹⁷³, dont la différence notoire avec l'arrêt « Garcin » est que la personne publique avait, dans le premier cas, respecté son obligation d'agir alors que, dans le second cas, elle l'avait méconnue.

En réalité, le paradoxe n'est qu'apparent, puisque le renforcement de l'obligation d'agir en la matière n'est pas synonyme de renforcement des hypothèses de responsabilité dans la mesure où, en principe, une faute lourde est nécessaire pour engager la responsabilité de l'autorité publique⁹⁷⁴, comme c'est justement le cas dans l'arrêt « Garcin ». Or la faute lourde a, entre autres, pour fonction de limiter la responsabilité administrative⁹⁷⁵, car sa preuve est difficile à apporter, sauf dans des cas évidents comme dans celui de l'espèce « Garcin ».

En définitive, cette jurisprudence n'a pas une portée limitée à la seule police des aliénés. Elle semble, en effet, s'appliquer à tous les aspects de l'ordre public.

Ainsi, en cas de péril grave et imminent, l'autorité de police doit protéger une personne menacée même par un individu sain d'esprit. Dans la célèbre affaire « Villemin », l'Etat a été condamné le 4 avril 2000 par le T.A de Nancy pour s'être abstenu « de prendre des mesures de protection appropriées » en

⁹⁷³. C.E., 10 avril 1984, « Mme Dufour », A.J.D.A. 1984, p. 403. Cet arrêt a déjà été évoqué dans le chapitre I du titre I de la première partie.

⁹⁷⁴. Latournerie va même jusqu'à penser qu'en matière de sécurité des personnes, la responsabilité des personnes publiques ne doit être engagée qu'en cas de faute lourde (Concl., S. 1931, III, p.101 & s.).

⁹⁷⁵. La faute lourde a aussi pour fonction de ne pas décourager l'action des personnes publiques dans des matières difficiles par « l'appréhension d'indemnités sanctionnant les fautes les plus légères », comme l'écrit Latournerie (concl., S. 1931, III, p.101).

faveur de B. Laroche. En l'espèce, le T.A. relève que la menace sur ce dernier existait et était connu des services de l'Etat et du ministre de l'intérieur en particulier.

En effet, J.-M. Villemin, homme normal mais tourmenté par la disparition de son fils, disparition qu'il imputait à B. Laroche, avait acheté deux fusils dont un était connu des services de police, arme qui allait être fatale à ce dernier. Le juge a donc noté que nonobstant cet état de menace, l'Etat n'a pas pris des mesures « appropriées » pour protéger B. Laroche⁹⁷⁶. Par conséquent, sans danger grave et imminent, l'obligation d'agir n'aurait pas existé en l'espèce.

L'autorité de police doit également agir pour prendre les mesures qui s'imposent en cas de conditions météorologiques présentant un danger imminent pour les individus. Dans un arrêt « Commune de Cilaos »⁹⁷⁷, un cyclone accompagné de pluies torrentielles avait atteint l'Ile de la Réunion. Le plan ORSEC -plan d'organisation de secours- avait été déclenché. Les routes étaient devenues impraticables. Des collégiens internes, en essayant de regagner leurs domiciles à pied se noyèrent en cours de route.

Il est clair que le danger avait tout d'imminent et de grave. En conséquence, le juge décida « qu'en ne prenant pas les mesures nécessaires pour empêcher les enfants de quitter le collège d'enseignement secondaire..., alors qu'il ne pouvait ignorer que le 10 mars 1973 était un jour de sortie pour les internes de l'établissement, qu'il savait que le service de ramassage scolaire était interrompu et qu'il devait connaître les dangers auxquels s'exposeraient les enfants qui emprunteraient le chemin départemental 241, le maire a commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de la commune ».

Cette responsabilité n'a été engagée que pour faute simple par la Cour administrative d'appel de Paris dans des circonstances pourtant assez similaires : l'Etat n'avait pas pris la mesure qui s'imposait, à savoir une interdiction totale

⁹⁷⁶. M. RAUX, « *Le Monde* », 6 avril 2000, p. 10.

⁹⁷⁷. C.E., 14 mai 1986, « *Cne de Cilaos* », Rec., p. 708 ; A.J.D.A. 1986, p. 466, obs. L. Richer ; R.D.P. 1987, p. 478.

de circulation sur la R.N. n° 1 entre Saint-Denis et la Possession, pour éviter tout accident pendant une dépression tropicale accompagnée « d'importantes chutes de pluie » et rendant « prévisible l'aggravation des risques » de chute de pierres sur la voie⁹⁷⁸.

Pourquoi l'exigence d'une faute simple dans cette dernière espèce, alors que, dans presque toutes les autres depuis la solution « Garcin », le juge a exigé une faute lourde pour engager la responsabilité des personnes publiques en cas de danger imminent et grave pour l'ordre public ? *A priori*, il n'y a pas de réponse à cette question puisque dans les deux cas, il s'agissait de dépression tropicale génératrice de fortes pluies. En plus, cette circonstance devait amener la personne publique à prendre à peu près les mêmes mesures : dans le premier cas, une interdiction totale de sortir et, dans le second, une interdiction totale de circuler ; par conséquent, ces deux affaires ne devaient-elles pas recevoir le même dénouement ?

Il ne faut pas perdre de vue que c'est la R.N. n°1 qui a donné naissance à la célèbre jurisprudence « Dalleau »⁹⁷⁹, consacrant la responsabilité sans faute de l'Etat en cas d'accident causé par un ouvrage présentant un caractère très dangereux que justement la route précitée possédait⁹⁸⁰. Mais, la Cour administrative d'appel ne pouvait dans l'espèce « Consorts Babet » appliquer la jurisprudence « Dalleau », car ce serait nier l'existence de l'obligation des personnes publiques d'agir en cas de danger imminent et grave pour l'ordre public.

En effet, la responsabilité sans faute est une mesure d'équité qui est retenue comme son nom l'indique en l'absence de toute faute et, partant, d'obligation d'agir. Elle pouvait par contre retenir la faute lourde, mais ce serait

⁹⁷⁸. C.A.A. de Paris, 16 mai 1989, « *Ministre de l'équipement c. Consorts Babet* », Rec., p. 913.

⁹⁷⁹. T.A. de la Réunion, 9 décembre 1970, « *Dalleau* », Rec., p. 875 ; A.J.D.A. 1971, p. 558, note Moderne ; C.E. ass., « *Dallau* », 6 juillet 1973, Rec., p. 482 ; A.J.D.A. 1973, p. 588, chr. France et Boyon ; D. S. 1973, p. 740, note Moderne.

⁹⁸⁰. T.A. Saint-Denis de la Réunion, 13 juin 1979, « *Payet et autres c. ministre des Transports* », A.J.D.A. 1980, p. 199, note F. Flottes.

limiter les hypothèses de responsabilité sur un ouvrage aussi dangereux. Il convient de rappeler qu'en effet la faute lourde est en principe plus difficile à établir que la faute simple. Il semble par conséquent que c'est ce dilemme qui explique le choix en faveur de cette dernière, autrement dit, le choix de la solution médiane entre les jurisprudences en présence.

L'adoption de la faute simple pourrait aussi s'expliquer par le fait qu'en 1989, la R.N n° 1 n'avait plus le caractère « d'ouvrage exceptionnellement dangereux » car elle a été refaite-multiplication du nombre de voies et « des travaux de protection y ont été exécutés ». C'est en tout cas le sens de la décision du Conseil d'Etat « *Ministre des transports c. Payet* »⁹⁸¹. Mais cette décision n'explique pas le choix de la responsabilité pour faute simple au détriment de la responsabilité pour faute caractérisée ou lourde, de telle sorte que l'explication qui a été proposée reste valable : le juge a sans doute estimé que le passage d'une responsabilité sans faute à une responsabilité pour faute grave serait trop brutal et difficile à comprendre, d'où le choix de la voie médiane : la responsabilité pour faute simple.

Néanmoins, l'engagement de la responsabilité pour faute simple ne change rien au fond, car l'obligation d'agir demeure. C'est sur cet aspect que la solution apportée par la Cour administrative s'avère particulièrement instructive. En effet, elle montre qu'il faut se garder d'établir une liaison étroite entre le danger imminent ou grave et la faute lourde. Autrement dit, il ne faut pas s'attendre à ce que la méconnaissance de l'obligation d'agir pour préserver l'ordre public en cas de danger imminent ou grave engage toujours la responsabilité des personnes publiques pour faute lourde. Cette responsabilité peut être engagée pour faute simple, l'arrêt « *Consorts Babet* » l'atteste, dans le même cas, sans qu'il y ait une remise en cause de l'obligation d'agir.

⁹⁸¹. C.E., 3 novembre 1982, « *Ministre des transports c. Payet* », Rec., p. 367 ; voir aussi C.E., 11 juillet 1983, « *Ministre des transports c. Kichemin* », Rec. tab., p. 898.

D'ailleurs, le mouvement jurisprudentiel de responsabilisation accrue des personnes publiques qui a, entre autres comme conséquence le déclin de la faute lourde⁹⁸², pourra conduire les juges, y compris le Conseil d'Etat, à s'en tenir généralement à la faute simple en cas d'abstention à prendre les mesures de police pour parer aux menaces imminentes et graves pour l'ordre public.

Du reste, l'autorité de police compétente doit annoncer les crues imminentes des rivières⁹⁸³, ou intervenir sur une propriété privée pour parer aux dangers d'écoulement des eaux⁹⁸⁴, ou encore intervenir en cas d'abstention d'une autorité de police spéciale⁹⁸⁵. Les exemples peuvent ainsi être multipliés.

Cependant, dans d'autres hypothèses, les plus nombreuses, la jurisprudence n'exige pas un péril grave et imminent comme conditions de l'obligation -agir- d'assurer l'ordre public.

B- L'obligation d'assurer l'ordre public en dehors d'un péril grave et imminent : l'obligation de sécurité

G. Guiavarc'h semble penser que la jurisprudence « Doublet » précitée a, aujourd'hui, perdu de son actualité car le juge administratif n'exige plus un « péril grave » pour qu'une autorité publique soit en situation d'obligation d'agir en matière de préservation de l'ordre public. A partir de cette idée, il conclut que « l'obligation d'agir (...) s'est renforcée, densifiée, qu'elle est omniprésente et que l'administration se doit d'être, à tous les coups, vigilante »⁹⁸⁶. En vérité, la jurisprudence « Doublet » est toujours en vigueur. La Haute juridiction n'a-t-elle

⁹⁸². Voir les remarques que nous avons consacrées à l'évolution de la faute lourde dans une note au chapitre I du titre I de la première partie.

⁹⁸³. C.E., 22 juin 1987, « *Ville de Rennes* », Rec., p. 223 ; L.P.A., 26 octobre 1987, p. 16, note F. Moderne ; A.J.D.A. 1988, p. 65, obs. J. Moreau.

⁹⁸⁴. C.E., 11 mars 1983, « *Bertazzon* », Rec., tables, p. 858. Cette jurisprudence existe depuis longtemps en matière d'édifices menaçant ruine (C.E., 25 avril 1941, « *Maurel* », Rec., p. 70).

⁹⁸⁵. C.E., 10 mai 1974, « *Commune de Thusy* », Rec., p. 278.

⁹⁸⁶. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 476.

pas jugé en 1993⁹⁸⁷ que pour que le maire soit obligé d'agir pour préserver « la tranquillité publique », il faut que l'atteinte portée à celle-ci soit grave ?

En fait, la situation que décrit G. Guiavarc'h désigne une réalité différente de celle des arrêts « Doublet » et « Garcin » examinés dans le paragraphe précédent. Il y a une obligation générale de sécurité qui pèse sur les personnes publiques pour éviter toute atteinte à l'ordre public, par conséquent, en dehors d'un péril grave et imminent. A ce stade, l'interrogation rejaillit d'elle-même, à savoir, pourquoi dans les arrêts précités l'obligation d'agir est conditionnée par un péril grave et imminent, et dans la présente hypothèse, elle existe sans ces conditions, alors que par ailleurs elle porte ou peut porter dans les deux cas sur la sécurité ? Avant d'essayer d'y apporter une réponse, une remarque s'impose.

La présentation faite par G. Guiavarc'h de « l'obligation générale de sécurité »⁹⁸⁸ peut laisser croire que celle-ci est une obligation d'agir. Selon lui en effet, le manquement à cette obligation est constitutive d'une faute⁹⁸⁹. Il s'agirait par conséquent d'une véritable obligation d'agir.

Cependant, il présente aussi « l'obligation générale de sécurité » comme un fondement d'hypothèses d'obligations plus concrètes. A notre avis, c'est cette deuxième présentation⁹⁹⁰ qui est correcte. Car, « l'obligation générale de sécurité », d'ailleurs son nom l'indique, est une obligation générale telle qu'il l'a été définie⁹⁹¹, c'est-à-dire une règle générale du droit autour de laquelle peuvent s'articuler de multiples obligations, des obligations d'agir comme des obligations d'autre nature. La position, défendue par cette étude, paraît conforme à la jurisprudence.

En effet, à la suite d'un accident de ski causé par la présence d'une importante tranchée sur la piste, le juge déclare que l'arrêté municipal invoqué

⁹⁸⁷. C.E., 8 juillet 1993, « Ville de Chevreuse », Rec., p. 278.

⁹⁸⁸. G. GUIAVARC'H, « Abstention et obligation d'agir en droit public Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes », th. précitée, p. 458-493.

⁹⁸⁹. G. GUIAVARC'H, Ibid., p. 482.

⁹⁹⁰. G. GUIAVARC'H, Ibid., p. 459-481.

⁹⁹¹. Voir chapitre II, titre II, 1^{ère} partie.

par la commune pour se dégager de sa responsabilité ne saurait « décharger le maire de son obligation générale de sécurité »⁹⁹². De cette obligation générale, le juge déduit la présence d'obligations d'agir en ces termes : « il appartenait au maire, compte tenu de la configuration des lieux et du danger présenté par l'existence de la tranchée, de prendre les dispositions de nature à interdire l'accès de la piste ou tout au moins d'en signaler les risques »⁹⁹³.

En l'espèce, l'obligation d'agir véritable consistait donc soit dans une mesure d'interdiction, soit dans celle de signalisation. En clair, l'obligation générale de sécurité n'est pas une obligation d'agir au vrai sens du terme pour la raison toute simple qu'elle ne désigne pas un acte précis que la personne publique doit faire. Par conséquent, pour être plus près de l'idée véhiculée par l'obligation d'agir, il convient de parler de l'obligation de sécurité tout court. Néanmoins, l'affirmation selon laquelle les personnes publiques doivent aujourd'hui être vigilantes paraît justifiée. En effet, une obligation de sécurité leur est imposée dans divers domaines.

Elles doivent être vigilantes s'agissant par exemple d'accueils d'enfants. Ainsi, dans une affaire « Epoux Ouaras »⁹⁹⁴, à l'instigation du service d'assistance technique de la direction départementale des polices urbaines de la Seine-Saint-Denis, les requérants ont laissé partir leur fille de trois ans pour trois mois dans une famille néerlandaise choisie par l'association belge « Les semeurs de joie ». Maltraitée par sa famille d'accueil, l'enfant décède. Le juge décide que le service d'assistance technique « en ne prenant pas les précautions suffisantes pour s'assurer que la famille auprès de laquelle l'enfant allait séjourner présentait toutes les garanties nécessaires à l'accueil de l'enfant en bas âge a

⁹⁹². T.A. de Grenoble, 4 juillet 1973, « *Dujon et Hamadi c. Cne de Contamines-Montjoie* », D. 1974, I, p. 82, 3^{ème} consid.

⁹⁹³. 4^{ème} consid.

⁹⁹⁴. C.E., 23 septembre 1987, « *Epoux Ouaras* », Rec., p. 290, D. 1988, pp. 376 & 377, obs. F. Moderne & P. Bon ; J.C.P. 1988, éd. G., II, n° 21043, note E.-S. de la Marnière ; Gaz. Pal. 1988, 1, pan. Dv. Admin., p. 131.

commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat »⁹⁹⁵. Selon E.S. de la Marnierre, il appartient à ce service « de vérifier d'abord quelles sont les garanties qu'offre la famille d'accueil, ensuite de contrôler la situation où est l'enfant »⁹⁹⁶.

Les personnes publiques doivent aussi veiller à la sécurité des bâtiments destinés à accueillir du public. Dans un arrêt « Ministre de l'Équipement et commune de Val d'Isère »⁹⁹⁷, une avalanche s'était abattue sur un chalet appartenant à l'Union nationale des Centres sportifs de plein air causant la mort de 38 personnes. Après avoir souligné les diverses carences -au niveau du contrôle, de l'exécution de certains travaux, de l'information etc., - commises par les autorités compétentes -au premier rang desquelles le maire de Val d'Isère qui a accordé le permis de construire- sur le choix de l'implantation du chalet, et rappelé la destination de celui-ci, construit pour recevoir du public -environ 200 personnes-, le juge déclare qu' « eu égard à la destination de ce chalet qui recevait [au moment du drame] cent soixante jeunes gens ou jeunes filles âgés de 20 à 25 ans, non originaires de la montagne et souvent en stage obligatoire, l'administration avait le devoir de veiller spécialement à leur sécurité en étudiant soigneusement l'implantation et les conditions de construction »⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵. En revanche, quand le service d'accueil est assuré par une personne privée, l'obligation de surveillance pèse en général sur cette dernière. Le juge a par exemple déchargé de toute responsabilité le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui avait placé un enfant dans un centre privé de réadaptation et d'orientation dans la mesure où il a estimé que le défaut de surveillance était imputable à ce centre (C.E., 30 juin 1986, « *Lallée* », Rec., tab., p. 711 ; D. 1987, SC, p. 117, obs. F. Moderne et P. Bon). Mais, même dans ce cas, la personne publique n'est pas à l'abri ; elle peut voir sa responsabilité engagée si elle commet une faute ; il en est ainsi quand le juge décide qu'une part de l'obligation de surveillance pèse sur elle et qu'il faut dès lors procéder à un partage des responsabilités entre elle et la personne privée.

⁹⁹⁶. E.-S. de la Marnierre, obs. sous « *Epoux Ouaras* », précité, J.C.P. 1988, éd. G., II, n° 2104.

⁹⁹⁷. T.A. de Grenoble, 19 juin 1974, « *Dame Bosvy et autres c. ministre de l'Équipement et Cne de Val d'Isère* », A.J.D.A. 1975, p. 194, note F. Servoin. Cet arrêt a été confirmé en appel : C.E., 14 mars 1986, « *Cne de Val d'Isère c. Mme Bosvy & autres* », A.J.D.A. 1986, pp. 298 & 336.

⁹⁹⁸. Cette jurisprudence peut trouver à s'appliquer s'agissant des écoles, universités, restaurants universitaires, mairies, piscines municipales, terrains de football, etc.

Ni dans la première espèce, ni dans la seconde n'apparaît l'exigence d'un danger imminent et grave et pourtant, il y a obligation d'agir qui est en l'occurrence l'obligation de surveillance et de contrôle.

Dans l'arrêt « Caisse des Ecoles de la Courneuve »⁹⁹⁹, le juge évoque certes le « caractère dangereux » de l'activité. Il a estimé qu'un jeu qui consistait dans la confection d'une cabane par des enfants « n'avait en lui-même aucun caractère dangereux et qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'une faute (...) de surveillance puisse être reprochée au « Centre aéré » ». Mais il convient de remarquer qu'il ne s'agit pas d'un danger grave et imminent qui est mis en avant et que la dangerosité de l'activité ne peut être considérée en elle-même comme une condition d'engagement de la responsabilité de la personne chargée de la sécurité.

La responsabilité de celle-ci a été engagée dans plusieurs espèces alors même que l'activité ne présentait pas un caractère dangereux. Ce fut le cas notamment lors d'une fête de gymnastique organisée sans la mise en place d'un service de secours¹⁰⁰⁰ ou d'un ramassage scolaire organisé en l'absence de mesures de sécurité¹⁰⁰¹. Par conséquent, dans ces types d'activités, ce n'est pas tant le caractère dangereux de l'activité que l'absence ou non de mesures pour assurer la sécurité du public qui semble déterminer le juge.

Les personnes publiques doivent encore assurer la sécurité sur les baignades¹⁰⁰², sur les parkings municipaux, les pistes de ski¹⁰⁰³, dans les métros, sur les routes et autoroutes etc., et ce, même en l'absence de péril grave et

⁹⁹⁹. C.E., 27 janvier 1971, « Caisse des Ecoles de la Courneuve », Rec., p. 70 ; D. 1973, II, p. 521, note J.-F. Lachaume.

¹⁰⁰⁰. C.E., 20 avril 1934, « Lorrain », Rec., p. 464 ; S. 1935, III, p. 31 ; D. Hebdo. 1934, p. 354.

¹⁰⁰¹. C.E., 4 juillet 1980, « Chevrier », Rec., p. 309.

¹⁰⁰². C.E., 23 mai 1958, « Consorts Amoudruz », Rec., p. 302 ; A.J.D.A. 1958, II, p. 309, chr. Fournier & Combarous ; C.E., 4 octobre 1961, « Veuve Verneuil », Rec., p. 533 ; C.E., 9 février 1966, « Ville du Touquet », Rec., p. 91 ; C.E., 5 mars 1971, « Le Fichant », A.J.D.A. 1971, p. 680, note Moreau ; C.E., 9 mai 1980, « Cne de Ladignac-Le-Long et Epoux Courteille » ; C.E., 13 mai 1983, « Veuve Lefebvre », A.J.D.A. 1983, p. 476.

¹⁰⁰³. C.E., 28 avril 1967, « Lafont », Rec., p. 182 ; D. 1967, p. 334 ; T.A. Grenoble, 4 juillet 1973, « Dujon et Hamadi c. Cne de Contamines- Montjoie », D. 1974, I, p. 82, note W. Rabinovitch ; C.E., 11 juillet 1973, « Roques », D. 1974, p. 81, note Rabinowitch.

imminent pour la sécurité des personnes et de leurs biens. Cette obligation de sécurité doit se concrétiser par des mesures juridiques -réglementaires ou individuelles- ou matérielles- réparations, signalisation¹⁰⁰⁴, entretien¹⁰⁰⁵, équipements pour personnes handicapées...- qui sont nécessaires pour la sécurité des personnes.

Pourquoi donc le juge n'exige pas dans ces différentes hypothèses un péril grave et imminent ? La raison paraît résider dans le fait que toutes ces hypothèses concernent des activités ou ouvrages qui sont censés apporter une quelconque utilité -loisir, instruction, protection de biens, etc- aux individus -en général, un public plus ou moins large- qui les fréquentent. Certains auteurs soutiennent une position assez similaire.

Ainsi, F. Servoin écrit que « Les communes touristiques et les stations de sports d'hiver, « où se font de grands rassemblements d'hommes », sont un champ d'application privilégié de la police. Plus que partout ailleurs, les multiples dangers qui guettent le touriste doivent faire l'objet d'une attention sans faiblesse. Le juge sanctionne tous les manquements, quelles que soient les circonstances, sur la base de la faute simple »¹⁰⁰⁶. De même, selon L. Beurdeley, la commune assume pour le fonctionnement des centres de loisirs et des

¹⁰⁰⁴. C.E., 3 novembre 1982, « Payet », précité, Rec., p. 367 ; C.E., 9 mars 1984, « Pujo c. Cne d'Amagne », Rec. tab., p. 745 ; Gaz. Pal. 1984, II, pan. Dr. Admin., p. 462 : il s'agit de l'absence de signalisation d'un cortège organisé par la commune à l'occasion de la fête nationale ; C.E., 31 janvier 1986, « Démoli », D.A. 1986, comm. n° 186 : est en cause l'absence de signalisation de la présence d'une excavation sur la route.

¹⁰⁰⁵. 12 octobre 1955, « *Ministre des travaux publics c. dame Guinguenaud* », Rec.tab., p. 818.

¹⁰⁰⁶. F. Servoin, note sous T.A. de Grenoble, 19 juin 1974, « *Ministre de l'Équipement et Cne de Val d'Isère* » précité, A.J.D.A. 1975, p. 200, col. 1. Cet auteur, pour expliquer la solution retenue par cet arrêt, met aussi l'accent sur l'aspect économique de l'activité. Selon lui, « Les juges, par leur sévérité, entendent ainsi veiller à ce que les contraintes économiques de l'exploitation d'installations touristiques n'incitent pas les édiles municipaux à s'accommoder des risques éventuels ou à les sous-estimer » (A.J.D.A. 1975, p. 199, col. 2). Mais cette explication ne peut être généralisée ; elle ne peut être retenue que si la personne publique n'a pas les moyens financiers, comme c'est souvent le cas des petites communes, ou si l'activité a nécessité des investissements colossaux.

vacances en gestion directe « une obligation administrative de sécurité à l'égard du public qu'elle accueille »¹⁰⁰⁷.

La responsabilité de la commune a, par exemple, été engagée en dehors d'un péril grave et imminent dans les cas suivants. Dans un arrêt « Epoux Gautier »¹⁰⁰⁸, le fils des requérants se noya « au cours d'une promenade de la colonie des vacances organisée par la commune de Floirac ». Le juge décida que la mort de l'enfant était en partie imputable « à une insuffisance d'organisation de la surveillance de la colonie et à un manque de précaution de la part de la directrice qui avait autorisé les enfants à entrer dans l'eau » et engagea, par conséquent, la responsabilité de la commune¹⁰⁰⁹. De même, dans l'espèce « Commune de Pauillac »¹⁰¹⁰, la responsabilité de celle-ci fut engagée à cause du fait que les moniteurs du centre aéré communal ne s'étaient pas opposés à un jeu dangereux qui fut à l'origine d'un accident¹⁰¹¹.

Le juge semble donc estimer que, du moment qu'un public participe à une activité ou fréquente un ouvrage, les personnes publiques doivent assurer à son égard une plus grande vigilance. Dès lors, en cas de défaillances de leur part pour assurer une surveillance ou un contrôle suffisant selon les cas, elles doivent voir leur responsabilité engagée en dehors de tout péril grave imminent. C'est la raison pour laquelle les hypothèses de responsabilité en cette matière sont nombreuses. Le juge cherche ainsi à accentuer le rôle social des personnes publiques.

Cette jurisprudence, aussi louable soit-elle, comporte néanmoins un risque, celui de faire perdre aux individus intéressés tout effort personnel de vigilance. Mais ce risque est minimisé par le fait que le juge procède, si un tel

¹⁰⁰⁷. L. BEURDELEY, « La responsabilité extra-contractuelle des communes liée au fonctionnement des centres de loisirs, centres de vacances en gestion directe », *Rev. admin.*, 1993, p. 331.

¹⁰⁰⁸. C.E., 20 septembre 1944, « Epoux Gautier », *Rec.*, p. 253.

¹⁰⁰⁹. Voir aussi C.E., 23 septembre 1987, « Cne de Saint-Ouen c. Dame Pamies », *Gaz. Pal.*, 1988, 1, pan. Dv. Admin., p. 130.

¹⁰¹⁰. 26 mars 1982, « Cne Pauillac », *Rec.*, p. 744.

¹⁰¹¹. Voir aussi C.E., 3 février 1984, « Loubat », *Rec.*, p. 46 ; T.A. de Montpellier, 23 juin 1999, « Ruggieri et S.A. Préservatrice foncière assurances », *Juris-Data* n° 1999-105052.

cas se présente, à un partage des responsabilités entre l'administré et la personne publique¹⁰¹² ; c'est au fond l'obligation de surveillance qui est partagée. Parfois même, il fait peser celle-ci uniquement à l'administré dans les cas où ce dernier a manifestement manqué de vigilance ; cette idée se traduit au contentieux par le refus de sanctionner la personne publique¹⁰¹³.

En dehors de ces hypothèses nombreuses, un péril grave et imminent est exigé. Ainsi, dans l'arrêt « Doublet » étudié dans le précédent paragraphe, le problème de la préservation de l'ordre public ne s'était pas posé par rapport au camping et aux campeurs -si c'était le cas, le juge n'aurait pas exigé un péril grave conformément à la jurisprudence appliquée aux hypothèses qui viennent d'être évoquées- mais parce que le camp était nuisible à autrui, par conséquent, à une personne qui n'en bénéficiait pas. L'arrêt « Garcin », lui aussi étudié dans le paragraphe précédent, n'entre pas non plus dans les hypothèses évoquées ici car le requérant a été menacé en dehors de toute activité ou ouvrage. Cette jurisprudence paraît applicable en cas d'inondation.

Ainsi, face à une menace d'inondation présentant les caractères de danger grave et imminent -risque important de débordement de l'Ille¹⁰¹⁴ - l'absence du déclenchement de l'état d'alerte et de l'avertissement des riverains a engagé la responsabilité de la commune¹⁰¹⁵. En l'espèce, il n'y a pas eu de perte de vies humaines, mais les biens d'une personne morale de droit privé ont été endommagés. Il convient de remarquer que n'a été en cause aucune activité ou ouvrage fréquenté par un public.

Par conséquent, la distinction entre l'exigence d'un péril grave et imminent et l'absence d'une telle exigence semble bien résider dans la présence

¹⁰¹². C.E., 20 septembre 1944, « *Epoux Gautier* », Rec., p. 253 ; C.E., 8 février 1984, « *Ville de Pantin c. Gonzalez-Suarez* », Gaz. Pal. 1984, II, pan. Dr. Admin., p. 462. Voir aussi J. MOREAU, « *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative* », th., L.G.D.J., Paris, 1957, p. 202, n° 225.

¹⁰¹³. C.E., 29 février 1980, « *Commune de Saint-Jean-Pied-de-Port* », Rec., p. 120.

¹⁰¹⁴. En effet, le juge souligne que « la cote d'alerte constatée le 12 mai 1981 (...) laissait présager l'imminence du débordement de l'Ille qui s'est produit » le deuxième jour.

¹⁰¹⁵. C.E., 22 juin 1987, « *Ville de Rennes* », précité, Rec., p. 223 ; D.A. 1987, comm. n° 452 ; A.J.D.A. 1988, p. 65, obs. J. Moreau ; D. 1988, somm. p. 163.

ou non d'un public participant ou fréquentant une activité ou un ouvrage dont la responsabilité relève de la personne publique. Mais puisque la responsabilité de celle-ci est retenue dans cette hypothèse en dehors d'un péril grave et imminent, il est logique qu'elle le soit *a fortiori* en cas de péril ayant ces derniers caractères¹⁰¹⁶.

En définitive, ce sont peut-être ces quelques explications qui forcent le mystère du caractère différencié de la jurisprudence sur l'obligation d'assurer l'ordre public.

Ce qui précède montre que l'obligation d'agir est omniprésente dans certains domaines du droit interne français. Elle se manifeste de la même manière en droit communautaire.

Section 2- Les domaines principaux de l'obligation d'agir des personnes publiques résultant du droit communautaire

Le droit communautaire a pu parfois être considéré, même par la Cour de Luxembourg¹⁰¹⁷, comme une branche du droit international. Néanmoins, cette position mérite d'être nuancée.

Il est vrai que, comme l'a bien remarqué R. Kovar, aussi bien le droit communautaire que le droit international voient la question de leur rang par rapport au droit français régler par l'article 55 de la Constitution actuelle¹⁰¹⁸. Cet auteur conclut, par conséquent, que « le risque d'une dérive vers la

¹⁰¹⁶. Ex : C.A. Fort-de-France, 21 juin 1996, « *Soc. Affitec c. Ville de Fort-de France* », Juris-Data, n° 1996-055504.

¹⁰¹⁷. C.J.C.E., 5 février 1963, aff. 26/62, « *Van Gend en Loos* », Rec., p. 1, J.-C. MASCLET, « *Les grands arrêts de droit communautaire* », Que sais-je, P.U.F., 2^{ème} éd. 2003, p. 14 : en effet, la Cour déclare dans cet arrêt (2^{ème} attendu, 5^{ème} aliéna) que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international ».

¹⁰¹⁸. Cette article dispose que « les Traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois... ». Autrement dit, les traités ou accords internationaux qui satisfont aux conditions de réception en droit interne français priment sur les lois françaises.

reconnaissance de la prééminence du droit communautaire sur les normes constitutionnelles paraît conjuré »¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁹. R. KOVAR, « *Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire* », D. 1992, I, p. 209. En effet, au sujet du rang du droit international par rapport à la Constitution française, le Conseil d'Etat ne semble pas faire une distinction entre le droit européen et le droit international général car il refuse à l'un comme à l'autre toute « valeur supraconstitutionnelle » (T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », R.T.D.E. 1992, p. 636). Pourtant, s'agissant du droit européen, certaines affirmations de la C.J.C.E., par leur généralité pouvaient laisser présager le contraire. Elle déclare par exemple dans un arrêt que « le droit né du traité ne pourrait (...) en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quelqu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même » (15 juillet 1964, aff. 6/64, « *Costa c. Enel* », Rec., p. 1141 ; J.-C. MASCLET, « *Les grands arrêts de droit communautaire* », op. cit., p. 18) et, dans un autre, que « les conflits entre la règle communautaire et les règles nationales (...) doivent être résolus par application du principe de la primauté de la règle communautaire » (13 février 1969, aff. 14/68, « *Walt Wilhelm* », Rec. XV, p.1), dans un autre encore « que l'attribution, opérée par les Etats membres, à la Communauté des droits et pouvoirs correspondant aux dispositions du Traité, entraîne (...) une limitation définitive de leurs droits souverains, contre laquelle ne saurait prévaloir l'invocation de dispositions de droit interne de quelque nature qu'elles soient » (13 juillet 1972, aff. 48/71, « *Commission c. Italie* », Rec., p. 529 ; J.-C. MASCLET, « *Les grands arrêts de droit communautaire* », op. cit., p. 28). En sus du fait qu'ils montrent clairement que la C.J.C.E. entend conférer à ses décisions une autorité absolue, c'est-à-dire la capacité de s'imposer à tous les Etats membres, une autorité contre laquelle, semble-t-il, le Conseil d'Etat résiste afin de ne pas reconnaître, même implicitement, une valeur supraconstitutionnelle au droit communautaire (T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 637), ces quelques attendus peuvent laisser penser que la C.J.C.E. place le droit communautaire au-dessus des constitutions nationales, y compris, par conséquent, la Constitution française.

Néanmoins, dans une décision ultérieure, la C.J.C.E. ne désignera que les « dispositions législatives » en des termes, de surcroît, très clairs : « tous les organes de l'Etat membre concerné ont l'obligation d'assurer, dans les domaines de leurs pouvoirs respectifs, l'exécution de l'arrêt de la Cour. Dans le cas où l'arrêt constate l'incompatibilité avec le traité de certaines dispositions législatives d'un Etat membre, il entraîne, pour les autorités participant à l'exercice du pouvoir législatif, l'obligation de modifier les dispositions en cause, de manière à les rendre conformes aux exigences du droit communautaire » (14 décembre 1982, aff. 314 à 316/81 et 83/82, « *Waterkeyn* », Rec., p. 4360). On peut dès lors affirmer que la C.J.C.E. accorde au droit communautaire un rang supérieur par rapport aux dispositions législatives des Etats membres, mais un rang inférieur par rapport à leurs constitutions. Nous pensons que c'est une manière de tirer les conséquences des dispositions constitutionnelles françaises sur la question.

En effet, selon l'article 54 de la Constitution, « Si le Conseil constitutionnel (...) a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ». Cela étant, si on peut assimiler les traités régissant les Etats de l'Union européenne à des engagements internationaux, ce qui semble bien être le cas car, à l'exception des normes prises conformément à ces traités -normes qui ont un caractère unilatéral très marqué- les traités eux-mêmes ressemblent dans certains de leurs aspects -élaboration ou entrée en vigueur- aux traités internationaux classiques, alors ces traités entrent dans le champ de l'article 54. Autrement dit, en cas de contradiction entre un traité ou une de ses clauses avec la Constitution française, le traité ou sa clause ne pourra être applicable en France qu'après la révision de sa Constitution. Cela signifie que tant que celle-ci ne sera pas révisée, le traité ou sa clause sera tenu à l'écart. C'est en cela que la Constitution est supérieure au traité.

En réalité, on peut soutenir une opinion tout à fait opposée au schéma précédent : la révision de la Constitution, seule possibilité pour permettre la ratification d'un traité qui ne lui est pas conforme,

Néanmoins, le droit communautaire se démarque du droit international classique pour au moins trois raisons : la première est le fait d'avoir plus largement ouvert la saisine de la C.J.C.E. par rapport à celle de la C.I.J.¹⁰²⁰, et non celui d'avoir institué une Cour de justice chargée d'apprécier les traités communautaires et leurs droits dérivés, comme le croit T. Dal Farra¹⁰²¹. Car la C.I.J. a en principe la même fonction en droit international à l'égard des traités internationaux. La saisine ne présentant aucun intérêt pour notre problématique ne mérite pas d'amples développements.

La seconde raison est que, contrairement à l'application en France des traités internationaux auxquels celle-ci est partie, celle des traités communautaires n'est pas soumise à la condition de réciprocité formulée par l'article 55 de la Constitution de 1958. Cette condition a déjà été étudiée¹⁰²².

La troisième est que, contrairement aux actes d'organisations internationales classiques qui ne produisent en principe d'effets que dans les rapports entre les Etats membres, certains actes des organes communautaires¹⁰²³ possèdent la vertu de pouvoir s'imposer dans les ordres juridiques nationaux, et donc en France, et non uniquement dans l'ordre juridique communautaire.

A la lumière de l'article 189 du traité de Rome qui énumère, entre autres, les actes obligatoires vis à vis des Etats membres, les directives

signifie en quelque sorte que la Constitution s'efface devant le traité et que, par voie de conséquence, le traité lui est supérieur. Il convient de se pencher pour cette deuxième interprétation dans la mesure où c'est la Constitution qui peut être amenée à être modifiée pour accueillir le traité, et jamais le contraire.

Néanmoins, la suprématie des traités par rapport à la Constitution française n'est pas défendable au regard de l'article 55 de celle-ci qui dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois... », autrement dit, une autorité inférieure à celle de la Constitution.

¹⁰²⁰. En effet, tandis que seuls les Etats sont autorisés à présenter des réclamations devant la C.I.J. (art. 34, §1, du statut de la C.I.J.), la saisine de la C.J.C.E. est beaucoup plus ouverte : ont qualité à ester devant elle les Etats membres, le conseil, la commission et même les personnes privées morales ou physiques (art. 173, §1 et 2 du traité de Rome).

¹⁰²¹. T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 636.

¹⁰²². Voir 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, §1, B.

¹⁰²³. Il s'agit essentiellement du Conseil et de la Commission européenne.

communautaires, qui ne lient les Etats que quant aux résultats, sont de nature à poser des problèmes d'applicabilité en France. Ce qui n'est pas le cas des règlements et des décisions parce qu'ils y jouissent, sauf cas exceptionnels, d'une applicabilité directe¹⁰²⁴. Ils seront mis de côté, au profit de l'étude des seules directives ou, plus exactement, de l'obligation d'agir qu'elles recèlent à l'encontre de l'Etat français.

Car si le juge administratif refuse l'applicabilité directe de toute directive parfois en contradiction, et avec la position de la C.J.C.E., et avec sa jurisprudence en matière des textes d'application des lois françaises, il fait, cependant, peser une véritable obligation de transposition sur les autorités françaises (§1). Mais il convient de montrer que l'utilité de cette obligation est assez limitée (§2).

§1- L'obligation de transposition des directives communautaires

Le juge administratif français considère que pour que les directives communautaires soient applicables en France, il faut qu'elles aient été auparavant transposées ou intégrées dans l'ordre juridique français, c'est-à-dire reprises par un texte de droit interne. Il convient de chercher les raisons de cette démarche ainsi que ses effets.

A- La discussion du principe de l'obligation de transposition des directives communautaires

Le traité de Rome accorde à la directive un caractère contraignant, c'est-à-dire obligatoire, vis à vis des Etats membres de l'Union européenne. Son article 189 stipule en effet que « la directive lie tout Etat membre destinataire quant aux résultats à atteindre en laissant aux instances nationales la compétence quant à la

¹⁰²⁴. Ex. C.J.C.E., 15 juillet 1964, « *Costa* », précité, 4^{ème} attendu ; C.E., 27 janvier 1971, « *Synacomex* », Rec., p. 69.

forme et aux moyens ». Le Conseil d'Etat a reproduit à peu près la même idée dans l'arrêt « Cohn-Bendit » en déclarant que pour atteindre le résultat de la directive, « les autorités nationales qui sont tenues d'adapter leur législation et leur réglementation aux directives qui leur sont destinées, restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution de ces directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire leurs effets en droit interne »¹⁰²⁵. Il a ainsi reconnu ce caractère contraignant de la directive. Il s'est d'autant plus conformé à l'article 189, qu'il a accordé aux gouvernants un pouvoir discrétionnaire plus ou moins large quant aux formes et moyens.

En fait, ce pouvoir discrétionnaire est le résultat de « l'incomplétude et de l'imperfection »¹⁰²⁶ de la directive qui, si elles sont réelles, empêchent son effet direct en droit interne. Malgré le fait qu'elles « sont de plus en plus précises »¹⁰²⁷, les directives européennes demeurent dans leur état initial en principe incomplètes ou insuffisantes. Ce sont ces derniers caractères qui expliquent, semble-t-il, qu'elles perdent le bénéfice de « la théorie de la ratification implicite »¹⁰²⁸ et nécessitent d'être transposées en droit interne. Par

¹⁰²⁵. C.E. ass., 22 décembre 1978, « Cohn-Bendit », Rec., p. 524 ; D. 1979, p. 155, concl. Genevois, note Pacteau ; A.J.D.A. 1979, p. 155, chr. Dutheillet de Lamothe et Ribineau ; Gaz. Pal. 1979, I, p. 212, note Ruzié ; J.C.P. 1979, II, 19 1 58, note Kovar ; J.-C. MASCLET, « *Les grands arrêts de droit communautaire* », op. cit., p. 97 ; G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 648 ; voir aussi C.E., 30 avril 1982, « Rolland », Rec. tab. P. 547 ; C.E., 28 septembre 1984, « *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française* », Rec., p. 512 ; C.E., 7 décembre 1984, « *Fédération française des sociétés de protection de la nature* », Rec., p. 410, R.T.D.E. 1985, p. 187, concl. Dutheillet de Lamothe ; R.D.P. 185, p. 811, note Aubry ; C.E., 27 novembre 1985, « Zakine », Rec., tab., p. 515 ; R.T.D.E. 1988, p. 95, note Constantinesco ; C.E., 14 novembre 1992, « *Cne de Friche-Mesnil* », D.A. 1993, n° 68 ; C.E., 9 juillet 1993, « *Assoc. Force ouvrière consommateurs* », Rec., p. 212 ; C.E., 11 mars 1994, « *Union des transporteurs en commun des voyageurs des Bouches-du-Rhône* », Rec., p. 116 ; C.E., 17 novembre 1995, « *Union juridique Rhône-Méditerranée* », Rec., p. 412.

¹⁰²⁶. R. KOVAR, « *Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire* », art. précité, p. 211.

¹⁰²⁷. D. de BECHILON, « *L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat* », R.D.P. 1991, P. 770.

¹⁰²⁸. Pour résoudre la contradiction qui existe entre l'article 55 de la Constitution de 1958 qui prévoit la ratification ou l'approbation et la publication au J.O français des traités ou accords internationaux et l'article 189 du traité de Rome qui ne prévoit pas pour le droit dérivé le respect d'une telle procédure, la jurisprudence a décidé que « l'article 189 emportait implicitement ratification de tous les actes de

conséquent et *a contrario*, une directive suffisamment précise doit pouvoir jouir d'une applicabilité directe en France¹⁰²⁹. Or, sur un même fondement, celui de l'article 189 du traité de Rome précité, les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la C.J.C.E. divergent sur ce point, comme le montre R. Kovar¹⁰³⁰.

En effet, la C.J.C.E. souligne qu'à la lumière de l'article 189, la directive doit pouvoir être invoquée contre les Etats membres par les justiciables¹⁰³¹, même si elle n'a pas été transposée, pourvu qu'elle comporte des obligations « claires, précises et inconditionnelles »¹⁰³², autrement dit, des obligations en vue d' « adopter un comportement déterminé ». Cela équivaut à dire que dans ces conditions, la directive est *self executing*¹⁰³³, c'est-à-dire qu'elle s'applique directement en droit national et donc, éventuellement, contre l'Etat français. Or l'interprétation mise en œuvre par le Conseil d'Etat aboutit à un résultat différent et opposé.

Il considère que, conformément à l'article 189, une directive, pour recevoir application en droit interne doit avoir été transposée par les autorités

droit dérivé à venir » (T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 637 & s.). D'où « la théorie de la ratification implicite ». Cependant, si le Conseil d'Etat applique cette théorie aux règlements communautaires, il refuse de le faire pour les directives dont il exige une transposition en droit français et, nécessairement, une publication comme tout texte de droit national.

¹⁰²⁹. Selon D. de BECHILLON, « ce n'est plus tellement le degré de précision de la directive qui conditionne l'effet direct, mais l'étendue de la carence de l'Etat (...) Une directive devient applicable parce que l'Etat a négligé de l'introduire dans son ordre juridique interne » (« *L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat* », art. précité, p. 778). Cette étude montrera plus loin que cette affirmation n'est pas tout à fait vraie. La position du Conseil d'Etat consiste en principe, non pas à appliquer une directive non transposée, mais à éviter que des mesures incompatibles existent en droit national.

¹⁰³⁰. R. KOVAR, « *Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire* », art. précité, p. 209. D. SIMON, « *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique* », A.J.D.A. 1993, p. 241.

¹⁰³¹. C.J.C.E., 1^{er} février 1977, aff. 51/76, « *Nederlandse Ondernemingen* », Rec., p. 113 ; C.J.C.E., 5 avril 1979, aff. 148/78, « *Ministère public c. Ratti* », Rec., p. 1626 ; J.-C. Masclet, « *Les grands arrêts de droit communautaire* », op. cit., p. 50.

¹⁰³². C.J.C.E., 2 décembre 1997, « *Fantask* », aff. C- 188/95, A.J.D.A. 1999, p. 62, note J. Dutheil de la Rochère.

¹⁰³³. Un acte de source internationale est *self executing* ou auto-exécutoire « lorsque son application n'exige pas de mesures internes complémentaires » (P. DAILLIER et A. PELLET, « *Droit international public* », L.G.D.J., 7^{ème} éd 2002, p. 233, n° 149.

françaises¹⁰³⁴. Sans cette transposition, elle ne peut être invoquée par les justiciables. Mais, il faudrait nuancer la pensée de la Haute juridiction car elle déclare dans la décision « Cohn-Bendit » précitée que « les administrés ne peuvent se prévaloir directement d'une directive qui n'a pas d'effet immédiat en droit interne à l'encontre d'un acte administratif individuel ». Par conséquent, il est permis d'affirmer que les directives non transposées peuvent être invocables, mais uniquement contre les actes réglementaires, comme le paragraphe suivant le fera apparaître.

Quoiqu'il en soit, ces deux juridictions s'accordent sur un point, concernant l'article 189 : les directives doivent produire leurs effets dans les Etats membres destinataires. C'est la raison pour laquelle, alors même que le Conseil d'Etat n'admet pas l'exception de leur applicabilité directe, il accepte, au moins, le principe d'une obligation de transposition à l'encontre de l'Etat français. Là-dessus, la jurisprudence « Cohn-Bendit » précitée est claire : « pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des Etats membres aux directives qui leur sont destinées ». La transposition ou transcription de la directive doit-elle absolument se faire dans le délai imparti par les instances communautaires ? T. Dal Farra le croit.

Selon lui, la directive doit être transposée dans le délai sans que le juge administratif puisse accorder un délai supplémentaire « raisonnable » comme il le fait en matière de texte d'application de lois, car « le délai imparti à l'Etat pour agir en application de la directive est une obligation internationale qui a la force d'un traité et comme telle s'impose au juge, sans possibilité de modification »¹⁰³⁵. Mais aussi impératif soit-il, le délai relève de l'obligation simple, et non de l'obligation d'agir ; il ne peut y avoir de l' « agir » que dans la

¹⁰³⁴. Ex : C.E., 13 décembre 1985, « Zakine », Rec., p. 515.

¹⁰³⁵. T. DAL FARRA, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité », art. précité, p. 656.

transposition elle-même. Le délai ne s'analyse en réalité que comme une condition suspensive à l'issue de laquelle l'obligation d'agir naît.

En effet, passé le délai sans que les mesures de transposition soient prises, « toute personne intéressée peut saisir les autorités nationales d'une demande tendant à ce que les mesures nécessaires soient prises »¹⁰³⁶. Leur refus peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹⁰³⁷ qui peut, dès lors, aboutir à une annulation. Cela prouve que c'est la transposition de la directive qui est véritablement une obligation d'agir ou, selon l'expression de T. Dal Farra, « une obligation positive »¹⁰³⁸. Il paraît qu'« une astreinte pourra même être prononcée »¹⁰³⁹ en cas d'inexécution du jugement d'annulation. Du reste, cela montre que le régime du contentieux de la non-transposition des directives ressemble fort, du moins dans ses différentes étapes, à celui du contentieux des abstentions du droit interne français.

Il convient du reste de noter un certain décalage entre la position du Conseil d'Etat vis à vis de la directive et sa position à l'égard de la loi française. En effet, alors qu'on vient de voir qu'il refuse l'applicabilité directe des directives, ou ne l'accepte que d'une façon à la fois très indirecte et rare à travers un recours fondé sur l'illégalité d'un acte réglementaire contraire à une directive, il défère, en droit national, à appliquer une loi qui a pourtant prévu un texte pour son application, s'il juge que l'intervention de ce dernier n'était pas nécessaire pour sa mise en œuvre¹⁰⁴⁰, autrement dit, si la loi est suffisamment claire¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *Chronique de jurisprudence*, A.J.D.A. 1998, p. 407.

¹⁰³⁷. Voir D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *Chronique de jurisprudence* : C.E. ass., 30 octobre 1996, « *SA Cabinet Revert et Badelon* » et C.E. ass., 30 octobre 1996, « *Ministre du budget c. SA Jacques Dangeville* », A.J.D.A. 1996, p. 989, col. 2.

¹⁰³⁸. T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », R.T.D.E. 1992, p. 655.

¹⁰³⁹. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *Chronique de jurisprudence*, A.J.D.A. 1998, p. 407.

¹⁰⁴⁰. Ex : C.E., 13 juillet 1952, « *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la S.N.C.F.* », Rec., p. 403. Voir J.-M. AUBY, « *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », art. précité, n° 1080.

¹⁰⁴¹. C.E., 18 mars 1983, « *Epoux Bettinger* », Rec., p. 110.

Or, la position de la C.J.C.E. concernant les directives est semblable à celle-là puisqu'elle ne prône leur applicabilité directe que si, encore une fois, les obligations qu'elles contiennent sont « claires, précises et inconditionnelles ». Par conséquent, puisque le Conseil d'Etat a la même attitude en droit national, il serait souhaitable qu'il procède de la même façon quand il s'agit d'appliquer une règle communautaire car la jurisprudence de la C.J.C.E. paraît mieux servir la cause communautaire.

Dans l'arrêt « Compagnie Alitalia »¹⁰⁴², le Conseil d'Etat a retenu une solution qui, sans se confondre à l'applicabilité directe, en est proche. Il a sanctionné aussi bien des mesures réglementaires antérieures¹⁰⁴³ que postérieures¹⁰⁴⁴ contraires à la 6^{ème} directive¹⁰⁴⁵. L'arrêt souligne qu'à partir de la fin du délai de transposition¹⁰⁴⁶ ne peuvent subsister, ni être édictées des mesures réglementaires contraires à la directive non transposée¹⁰⁴⁷. Par conséquent, la Haute juridiction empêche, dans cet arrêt, que des mesures nationales soient contraires à la directive non transposée sans pour autant reconnaître à cette un effet direct.

¹⁰⁴². C.E. ass., 30 février 1989, « *Cie Alitalia* », Rec., p. 44 ; R.F.D.A. 1989, p. 391, concl. Chahid Nouraï ; A.J.D.A. 1989, p. 387, note Fouquet ; L.P.A. 1989, n° 149, note Derouin ; R.T.D.E. 1989, p. 509, note Vergès.

¹⁰⁴³. art 1^{er} du décret du 27 juillet 1967.

¹⁰⁴⁴. art 25 et 26 du décret du 29 décembre 1979.

¹⁰⁴⁵. La transposition de la 6^{ème} directive du 17 mai 1977 a été prévue pour le 1^{er} janvier 1978, puis a été repoussée au 1^{er} janvier 1979. Cette directive n'a été transposée en France qu'au 14 décembre 1989 suite à l'affaire « *Compagnie Alitalia* » (obs. sous cet arrêt, G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, pp. 688 & 694).

¹⁰⁴⁶. Voir D. de BECHILLON, « *L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat* », art. précité, p. 766. L'arrêt « *SA Cabinet Revert et Badelon* » (C.E. ass., 30 octobre 1996, A.J.D.A. 1996, p. 1044) confirme la jurisprudence « *Cie Alitalia* » sur le problème de savoir quand une directive non transposée prend effet. L'effet que le juge administratif lui reconnaît commence à la fin du délai de transposition. Avant la fin de ce délai, les mesures nationales ne sont pas, en principe, tenues d'être conformes à la directive.

¹⁰⁴⁷. La prohibition d'édicter des mesures nouvelles contraires à la directive non transposée après la fin du délai de transposition n'est pas une nouveauté. Car avant l'arrêt « *Cie Alitalia* », l'édiction d'actes réglementaires contraires à une directive non transposée après l'expiration du délai de transposition pouvait faire l'objet de contentieux d'annulation par application de l'article 189 du traité de Rome (ex : C.E., 7 décembre 1984, « *Fédération des sociétés de protection de la nature* », Rec., p. 410 ; R.F.D.A. 1985, p. 307, concl. Dutheillet de Lamothe ; A.J.D.A. 1985, p. 83, chr. Schoettl et Aubac ; R.D.P. 1985, p. 811, note Auby ; C.E., 7 octobre 1988, « *Rassemblement des opposants à la chasse* », Rec., p. 334). La position du Conseil d'Etat est, sur ce point, conforme à la jurisprudence européenne (ex : C.J.C.E., 26 février 1986, « *Marshall and Southampton and South west Hampshire Area Health Authority* », aff. 152-84, D. IR, p. 274, chr. Cartou & Flash).

Selon D. Chauvaux et T.-X. Girardot, l'effet direct revêt deux sens. Il peut désigner soit « la possibilité pour les ressortissants des Etats membres de se prévaloir des stipulations [du] traité devant les juridictions nationales », soit leur application directe « dès leur publication au *Journal officiel des communautés* »¹⁰⁴⁸. Ce deuxième sens ne s'applique qu'aux règlements puisque ce sont eux qui, d'après l'alinéa 2 de l'article 189 du traité de Rome sont d'application directe. En conséquence, l'effet direct des directives ne se pose que dans le premier sens.

Or sur ce point, l'arrêt « Compagnie Alitalia » permet certes d'invoquer une directive non transposée devant le juge national. Mais il le permet en vue non pas d'obtenir les droits qu'elle comporte -ce qui serait véritablement l'effet direct- mais d'entraver l'existence ou l'émergence des mesures nationales contraires. C'est pourquoi l'avis de C. Bertrand selon lequel la jurisprudence « Compagnie Alitalia » préserve l'objectif de la directive non transposée et ce, dès la fin du délai de transposition sans lui octroyer un effet direct¹⁰⁴⁹ paraît exact.

Pourtant, une jurisprudence assez récente a été considérée, notamment par L. Richer¹⁰⁵⁰, comme appliquant une directive non transposée. Il s'agissait dans l'affaire « Tête »¹⁰⁵¹ de la directive 89/1140 du 18 juillet 1989 relative aux marchés de travaux publics, dont la transposition devait intervenir avant le 20 juillet 1990, et qui ne l'avait été qu'en 1991 et 1992. Le litige portait sur un contrat de concession passé en 1991, autrement dit, après la date de

¹⁰⁴⁸. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, Chronique de jurisprudence précitée, A.J.D.A. 1996, p. 985, col. 1.

¹⁰⁴⁹. C. Bertrand, « *La responsabilité des Etats membres en cas de non transposition des directives communautaires* », R.D.P. 1994, p. 1516 & s.

¹⁰⁵⁰. L. RICHER, « *Droit des contrats administratifs* », op. cit., p. 173, n°229.

¹⁰⁵¹. C.E. ass., 6 février 1998, « *Tête* », Rec., p. 30, concl. H. Savoie ; A.J.D.A. 1998, p. 403, Chr. F. Raynaud et P. Fombeur ; voir aussi C.E., 27 juillet 2001, « *Compagnie Générale des Eaux* », Rec., p. 406.

transposition¹⁰⁵². En réalité, la jurisprudence « Tête » n'a été qu'une étape supplémentaire par rapport à la jurisprudence « Cohn-Bendit » sus-analysée.

En effet, dans l'affaire « Tête », comme le montrent F. Raynaud et P. Fombeur¹⁰⁵³, il n'y avait à l'époque des faits ni loi ni règlement qui pouvaient être confrontés à la directive du 18 juillet 1989, mais seulement des règles jurisprudentielles. Par conséquent, si la Haute juridiction avait voulu se conformer strictement à la jurisprudence « Cohn-Bendit », elle aurait refusé de « se livrer à un contrôle de compatibilité au regard de la directive, faute de texte à contrôler et à défaut d'accepter de contrôler directement la délibération du Conseil de la Courly (Communauté urbaine de Lyon) au regard de la directive »¹⁰⁵⁴.

Or cette deuxième voie a, jusqu'à présent, toujours été refusée par la Haute juridiction dans la mesure où elle « reviendrait à reconnaître une part d'effet direct aux directives »¹⁰⁵⁵ non transposées. Refuser la première n'était pas non plus une solution car elle aurait conduit le juge, en ne se prononçant pas, à commettre un déni de justice. Il a dès lors « accepté de faire jouer l'exception d'incompatibilité à l'égard des règles jurisprudentielles », des règles dont F. Raynaud et P. Fombeur pensent à juste titre qu'elle ne peuvent être « à l'abri d'un contrôle de compatibilité avec le droit communautaire alors que les lois elles-mêmes, depuis l'arrêt « *Nicolo* », n'en sont pas dispensées »¹⁰⁵⁶.

En fait, il s'est agi dans cette affaire d'une invocabilité d'exclusion, c'est-à-dire que les règles jurisprudentielles contraires à la directive ont été écartées. Sur cet aspect, l'arrêt confirme la jurisprudence « Compagnie Alitalia » précitée. L'invocabilité d'exclusion a, par conséquent, entraîné l'annulation de la

¹⁰⁵². Nous signalons que la jurisprudence que nous examinons ici a déjà été annoncée environ une année auparavant dans la mesure où le T.A. de Strasbourg dans sa décision « *Communauté de communes du Piémont de Barr-Service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin* » (A.J.D.A., septembre 1997, n° 9, p. 719) s'était prononcé dans des circonstances à peu près similaires.

¹⁰⁵³. F. Raynaud et P. Fombeur, chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1998, surtout p. 405 & s.

¹⁰⁵⁴. F. Raynaud et P. Fombeur, chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1998, surtout p. 406.

¹⁰⁵⁵. J.-B. AUBY, « *Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires* », D.A., février 1992, fax. 104, p. 2.

¹⁰⁵⁶. F. Raynaud et P. Fombeur, chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1998, surtout p. 406.

délibération contestée, et non une application au sens vrai du terme de la directive. Si cela avait été le cas, le juge aurait fait confronter la légalité de la délibération directement à l'aune de la directive non transposée du 18 juillet 1989, comme il le fait si la directive est bien transposée. Or cela n'a pas été le cas. En clair, il s'est agi dans l'affaire « Tête », non pas d'une application, mais d'une invocabilité d'une directive non transposée. Il semble que c'est uniquement à ce titre que cette jurisprudence peut être, par rapport à celle de 1978, considérée comme novatrice, une novation dont J.-B. Auby a été prophète puisqu'il a écrit en 1992 que « l'admission de l'exception d'illégalité fondée sur la directive non transposée sera irrésistiblement secrétée par l'actuel mouvement de densification des effets des directives »¹⁰⁵⁷.

C'est en matière fiscale que le Conseil d'Etat paraît reconnaître à la directive non transposée une applicabilité directe. Ainsi, dans sa décision « SA Cabinet Revert et Badelon »¹⁰⁵⁸, le Conseil d'Etat a jugé contraires à la 6ème directive les articles 256 et 261-4-1° du Code général des impôts et a décidé que la TVA dont la requérante a fait l'objet est « dépourvue de base légale »¹⁰⁵⁹. Il a appliqué la directive qui n'était pas, au moment des faits, encore transposée, car il ne s'est pas contenté d'écarter ou d'annuler les dispositions fiscales contestées, mais a accordé l'exonération demandée. En effet, il a décidé que la requérante « est déchargée de la taxe sur la valeur ajoutée à laquelle elle a été assujettie »¹⁰⁶⁰. Cette décision confirme entre autres les arrêts « Groupement pour le développement de la coiffure »¹⁰⁶¹ et « SATAM »¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁷. J.-B. AUBY, « *Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires* », art. précité, p. 2.

¹⁰⁵⁸. C.E. ass., 30 octobre 1996, « *SA Cabinet Revert et Badelon* », précité, A.J.D.A. 1996, p. 1044 ; R.J.F., 1996, n° 12, p. 809, concl. Goulard ; A.J.D.A. 1996, p. 980, chr. D. Chauvaux & T.-X. Girardot.

¹⁰⁵⁹. 2^{ème} considérant.

¹⁰⁶⁰. art. 1 du dispositif du jugement.

¹⁰⁶¹. C.E., 17 mars 1993, « *Groupement pour le développement de la coiffure* », R.J.F. 5/93, n° 640, p. 363, concl. J. Arrighi de Casanova.

¹⁰⁶². C.E., 18 mars 1994, « *SATAM* », R.J.F. 5/94, n° 542, p. 298, concl. P. Martin.

Il ne faudrait pas pour autant considérer ce pas supplémentaire du Conseil d'Etat comme un alignement sur la jurisprudence de la C.J.C.E. pour une double raison. D'une part, l'applicabilité directe des directives non transposées semble actuellement limitée par le Conseil d'Etat à la matière fiscale. Ce qui n'est pas le cas de la jurisprudence communautaire.

D'autre part, on pourrait se demander si l'applicabilité des directives non transposées en matière fiscale procède d'une volonté du Conseil d'Etat d'assurer à celles-ci une applicabilité directe. Le doute est permis, car le contentieux fiscal donne au juge administratif des pouvoirs étendus qui sont surtout des pouvoirs d'annulation et de réformation. Par conséquent, le fait d'accorder les droits contenus dans une directive non transposée qui a un objet fiscal peut s'expliquer par la nature même du contentieux fiscal, et non par une volonté de reconnaître à la directive une applicabilité directe.

En tout état de cause, à l'heure actuelle, l'obligation -d'agir- de transposer les directives européennes demeure un principe pour les deux juridictions. Si la C.J.C.E. reconnaît aux directives non transposées, quel que soit leur objet, une applicabilité directe, sa jurisprudence ne s'applique qu'à celles comportant des obligations claires et inconditionnelles à l'encontre des Etats membres. Et puisque la majorité des directives ne satisfont pas à ces conditions, l'obligation de transposition demeure de rigueur pour la C.J.C.E. Cela est encore plus vrai pour le Conseil d'Etat pour les raisons qui viennent d'être relatées, et qui tiennent principalement à son refus d'assurer à la directive non transposée une application ou une applicabilité directe. En effet, il attend en principe que l'obligation d'agir soit exécutée, autrement dit, que la directive soit transposée¹⁰⁶³ avant de lui attacher pleinement les effets qui lui reviennent en droit interne.

¹⁰⁶³. Ex : C.E., 28 septembre 1984, « *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France* », Rec., p. 512 ; R.D.P. 1985, p. 811, note J.-M. Auby ; C.E. ass., 22 décembre 1989, « *Cercle militaire mixte de la caserne Mortier* », A.J.D.A. 1990, p. 328, concl. M.-D. Hagelsteen.

B- Les conséquences du respect de l'obligation de transposition des directives communautaires dans l'ordre juridique français

La recherche des conséquences exactes en France du respect de l'obligation de transposition des directives communautaires doit, nécessairement, passer par la question de savoir quel est leur rang dans la pyramide des normes françaises. Car, au fond, ce qui est recherché à travers l'obligation de transposition des directives, c'est l'application effective de celles-ci en droit interne. Autrement dit, se cache derrière l'obligation de transposition des directives l'obligation de les appliquer. Or l'autorité de celles-ci ne sera pas la même selon qu'elles jouissent d'une autorité supérieure ou inférieure par rapport aux normes françaises. Le juge administratif n'a pas tranché cette question aussi rapidement qu'il l'a fait pour les traités et règlements communautaires.

Il est habituellement admis depuis l'arrêt « Nicolo » du 20 octobre 1989¹⁰⁶⁴, qu'en cas de conflit, c'est-à-dire de contradiction, entre un traité communautaire et une loi française, le premier l'emporte, même sur une loi postérieure¹⁰⁶⁵ et ce, « sur le fondement de l'article 55 de la Constitution »¹⁰⁶⁶. C'était donc le rang du droit dérivé communautaire qui était resté sans solution

¹⁰⁶⁴. C.E. ass., 20 octobre 1989, « *Nicolo* », Rec., p. 190 ; R.F.D.A. 1989, p. 812 ; R.G.D.I.P. 1989, p. 1041 ; J.C.P. 1989, II, 21371 ; R.T.D.E. 1989, p. 771, Rev. Crit dr. int. Pr. 1990, p. 125, concl. Frydman ; A.J.D.A. 1989, p. 756, Chr Honorat et Baptiste, p. 788, note Simon ; R.F.D.A. 1989, p. 824, note Genevois, p. 993, note Favoreu, p. 1000, note Dubouis ; Gaz. Pal., 12-14 novembre 1989, obs. Chabanol ; R.T.D.E. 1989, p. 787, note Isaac ; L.P.A., 15 novembre 1989, note Gruber, 7 février 1990, Comm. Flauss, 11 décembre 1990, Comm. Lebreton ; J.C.P. 1990, I, 3429, Comm. Cahvet ; Vie Jud., 29 janvier et 4 février 1990, Comm. Foyer ; D. 1990, p. 57, chr. Kovar ; R.D.P. 1990, p. 801, note Touchard ; Rev. Marché commun, 1990, p. 384, note Lachaume ; G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 695, obs.

¹⁰⁶⁵. Avant cette jurisprudence novatrice, en cas de conflit entre un traité et une loi, c'était le texte postérieur qui primait (C.E. sect. 1^{er} mars 1968, « *Syndicat général des fabricants de semoules de France* », Rec., p. 149 ; A.J.D.A. 1968, p. 235, Concl. Questiaux ; D. 1968, p. 285, note M.L. ; R.T.D.E. 1968, p. 399, note Constantinides-Mégret ; R.G.D.I.P. 1968, p. 516, note Kovar ; C.E. ass., 22 octobre 1979, « *Union démocratique du travail* », Rec., p. 384 ; R.D.P. 1980, p. 531, Concl. Hagelsteen ; A.J.D.A. 1980, p. 39, note B.G. ; Mélanges Charlier, p. 131, Comm. Buisson et Hmmon). On peut donc dire que le traité et la loi étaient d'égale valeur puisque c'est la même règle qui s'applique en cas de deux lois contradictoires.

¹⁰⁶⁶. T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », R.T.D.E. 1992, p. 660.

devant le Conseil d'Etat. Pourtant les indications ont été données par le Conseil constitutionnel depuis 1977¹⁰⁶⁷ quand il a commencé à étendre le champ d'application de l'article 55 de la Constitution aux règlements communautaires. Il a en effet considéré qu'un règlement ne peut être exclu du champ de l'article 55 car il s'intègre dans les « engagements internationaux souscrits par la France ». Le Conseil d'Etat, en faisant bénéficier en 1990¹⁰⁶⁸ les règlements de la jurisprudence « Nicolo », n'a fait semble-t-il que tirer les conséquences de cet élargissement. A cette date, il n'avait pas encore fait de même pour les directives¹⁰⁶⁹. Pourtant, les positions de la C.J.C.E. et du Conseil constitutionnel pouvaient l'inciter à prendre cette voie.

La C.J.C.E. a clairement affirmé la supériorité des directives par rapport aux lois nationales dès 1981¹⁰⁷⁰. En réalité, cette primauté était déjà sous-entendue dans sa décision « Costa » du 15 juillet 1964¹⁰⁷¹ qui a jugé que la primauté de l'ordre juridique communautaire sur les ordres juridiques nationaux est une nécessité.

De même, en s'appuyant sur la décision du Conseil constitutionnel des 25 et 26 juin 1986¹⁰⁷², on pourrait dire que ce dernier a implicitement étendu l'article 55 de la Constitution aux directives communautaires dans la mesure où il a estimé que toutes les « obligations internationales de la France »¹⁰⁷³ entrent dans son champ. Dès lors, l'affirmation selon laquelle « l'ensemble des normes internationales obligatoires édictées par les institutions des organisations

¹⁰⁶⁷. C.C., n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, p. 44.

¹⁰⁶⁸. C.E., 24 septembre 1990, « *Boisdet* », L.P.A. 1990, n° 123, p. 15, concl. Laroque.

¹⁰⁶⁹. La CAA de Paris dans un arrêt du 12 décembre 1989 (« *SARL L'indicateur Lagrange* », Rec., p. 357) avait accepté d'examiner la légalité d'une loi par rapport à une directive européenne. Mais il s'agissait d'une loi antérieure à la directive. C'était une application de la jurisprudence « *Syndicat général des fabricants de semoules de France* » que nous venons de citer, et non d'une application aux directives de la jurisprudence « *Nicolo* ».

¹⁰⁷⁰. Ex : CJCE, 7 juillet 1981, aff. 158/80, « *Revue* », Rec., p. 1805 ; C.J.C.E., 19 janvier 1982, aff. 8/81, « *Becker* », Rec., p. 53.

¹⁰⁷¹. C.J.C.E., 15 juillet 1964, aff. 6/64, « *Costa c. Enel* », Rec., p. 1141.

¹⁰⁷². C.C., n° 86 6 207 DC, 25 et 26 juin 1986, « *Privatisations* », Rec., p. 61 ; G.D.C.C., 7^{ème} éd. 1993, p. 655.

¹⁰⁷³. Voir 24^{ème} considérant.

internationales (...) se voient reconnaître une prévalence sur les lois internes »¹⁰⁷⁴ paraît justifiée¹⁰⁷⁵. D'autant plus que la Haute juridiction de l'ordre administratif a fini par modifier son attitude vis à vis des directives dans une série d'arrêts intervenus en 1992¹⁰⁷⁶.

En réalité, le Conseil a entendu contrôler dans ces décisions seulement la compatibilité ou la conformité des mesures ministérielles par rapport aux objectifs¹⁰⁷⁷ de la directive du 19 décembre 1972 relative à la taxe des tabacs manufacturés, même si cette attitude lui a été reprochée par certains. En effet, D. Simon a vivement critiqué, non sans raison, la protection bienveillante et habile du législateur par le Conseil d'Etat dans son arrêt « S.A. Rothmans ». Cet auteur

¹⁰⁷⁴. F. FINES, « *Nouvelles incidences des directives communautaires sur le droit public français* », R.D.P. 1992, p. 1484.

¹⁰⁷⁵. Mais malgré ce point commun au droit dérivé de toutes les organisations internationales, le droit dérivé communautaire ne nous semble pas pouvoir être assimilé aux normes dérivées du droit international classique. D'abord, le passage pour le droit dérivé communautaire de l'ordre juridique communautaire à l'ordre juridique français est, sauf pour les directives, pour des raisons que nous aurons l'occasion de voir, automatique ; ce qui n'est pas le cas pour les autres normes dérivées du droit international ; ces dernières, pour pouvoir être appliquées en France, doivent en effet respecter les étapes de réception en droit interne français imposées par l'article 55 de la Constitution. Ensuite, le juge administratif français ne contrôle pas aussi facilement le droit dérivé classique comme il le fait pour le droit dérivé communautaire ; l'application de ce dernier n'est pas soumise, comme on pourrait le penser, à la condition de réciprocité de l'article 55 de la Constitution, contrairement au premier.

¹⁰⁷⁶. C.E., 28 février 1992, « *S.A. Rothmans* », et arrêt du même jour « *Société Arizona Tabacco Products et S.A. Philips Morris* », D. 1992, p. 213.

¹⁰⁷⁷. Dans son contrôle de conventionalité, c'est-à-dire le contrôle de la conformité des lois par rapport à des normes internationales, touchant spécifiquement aux directives communautaires, le juge administratif contrôle que les lois respectent « les objectifs fixés par la directive » dans la mesure où celle-ci ne lie les Etats « qu'en ce qui concerne les résultats à atteindre » (F. FINES, « *Nouvelles incidences des directives communautaires sur le droit public français* », art. précité, p. 1488). A cet égard, certains auteurs qualifient ce contrôle comme étant de compatibilité avec les objectifs de la directive, d'autre comme étant un contrôle de conformité auxdits objectifs.

L'expression « contrôle de compatibilité » se justifie par le fait que parfois les objectifs fixés sont assez vagues et que, par conséquent, les autorités nationales jouissent d'un pouvoir discrétionnaire plus large que dans les cas où ces objectifs sont plus précis. Ce contrôle est donc forcément moins profond que le « le contrôle de la conformité » mis en œuvre quand il s'agit notamment de vérifier la légalité d'une mesure de transposition. Comme le souligne F. FINES, « confronté à une loi de transposition d'une directive, le Conseil d'Etat devra s'attacher à exercer un contrôle plus strict de « l'exactitude » de la transposition » (Ibid.). C'est en cela que le contrôle est dit de conformité (T. DAL FARFA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, pp. 656 et 657).

Néanmoins, cette distinction est largement théorique car il est assez difficile de savoir à travers les différentes espèces si c'est l'un ou l'autre contrôle qui a été mis en œuvre. C'est la raison pour laquelle, semble-t-il, les auteurs emploient généralement le terme « compatibilité » quand il désigne la confrontation de normes nationales aux directives sans vouloir l'opposer à quoi que ce soit. Dès lors, nous ferons comme eux.

montre qu'en l'espèce, la violation de la directive du 19 décembre 1972 était imputable, non aux décisions ministérielles, mais à la loi du 24 mai 1976¹⁰⁷⁸ prise pour sa transposition, car c'était « l'attribution par le législateur au gouvernement d'un pouvoir spécifique de fixation des prix des tabacs qui était incompatible avec les objectifs de la directive »¹⁰⁷⁹.

Or, la Haute juridiction a complètement éludé la loi en estimant que « le fait générateur du dommage subi par les requérants devait être recherché dans les décisions ministérielles (...) refusant de fixer ces prix au niveau sollicité »¹⁰⁸⁰. C'est donc le fait que la décision administrative cache l'illégalité de la loi qu'un auteur¹⁰⁸¹ a pu qualifier le raisonnement du Conseil d'Etat « d'une acrobatie « délocalisation » de l'imputation de la responsabilité ».

Par conséquent, c'était en réalité la loi¹⁰⁸², qui plus est, une loi postérieure qui était incompatible avec la directive. C'est donc avec beaucoup de clairvoyance que la jurisprudence « Rothmans » a été considérée comme étant la première à avoir « fait bénéficier les directives de la primauté du droit communautaire sur la loi »¹⁰⁸³. Il faut rappeler que ces directives ont un rang inférieur à la Constitution puisqu'il a été noté précédemment que les traités eux-mêmes ne priment pas sur elle.

La deuxième espèce du 28 février 1992 aurait pu être oubliée -les remarques qui viennent d'être faites valant aussi pour elle- si elle n'avait pas, pour la première fois semble-t-il¹⁰⁸⁴, consacré la responsabilité pour faute de

¹⁰⁷⁸. Loi n° 76-448 du 24 mai 1976 portant aménagement du monopole des tabacs manufacturés, J.O. 25 mai, p. 3083.

¹⁰⁷⁹. D. SIMON, « *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?* », A.J.D.A. 1993, p. 241.

¹⁰⁸⁰. D. SIMON, Ibid.

¹⁰⁸¹. Il s'agit de L. Dubois, cité par D. SIMON, Ibid.

¹⁰⁸². Voir concl. G. Goulard sur C.E. ass., 30 octobre 1996, « *SA Cabinet Revert et Badelon* » (1^{ère} espèce) et « *Ministre du budget c. SA Jacques Dangeville* » (2^{ème} espèce), R.J.K., n° 12, 1996, p. 810, col. 2.

¹⁰⁸³. R. KOVAR, « *Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire* », art. précité, p. 207.

¹⁰⁸⁴. F. FINES, « *Nouvelles incidences des directives communautaires sur le droit public français* », art. précité, p. 1500 & s.

l'Etat pour violation de directive transposée. Car, même si le juge n'a pas employé en l'espèce le terme « faute », il a préalablement constaté l'existence d' « une irrégularité », qui a consisté dans la violation de la directive, et donc, implicitement d'une faute. Cela signifie que la puissance publique « a l'obligation de laisser inappliquée toute loi incompatible, sous peine de voir son action [ou, plus exactement, son inaction car il s'agissait dans l'arrêt « Société Arizona Tabacco Products » commenté par F. Fines, comme dans celui « S.A. Rothmans » de refus d'agir du Ministre de l'économie] sanctionner pour faute »¹⁰⁸⁵.

En fait, la primauté de la directive transposée sur la loi est aujourd'hui une réalité¹⁰⁸⁶ qui a des conséquences sur le plan des contentieux de l'annulation et de la responsabilité. Il ne faut dès lors pas s'étonner que les directives qui ont pu franchir cette étape puissent mettre à la charge de l'Etat français des obligations d'agir dans bien des domaines de la vie nationale. Ce dernier a pu, par exemple, être obligé par la directive 96/92 d'adapter son service public de l'électricité aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité. L'autorité de la directive est telle qu'elle pourra être à l'origine de la création de certains services publics, hypothèse qui pourra être envisagée par exemple en matière de coopération de polices.

Bref, les directives qui ont été reçues en droit interne français font partie intégrante du droit national, et peuvent, au même titre que les normes purement françaises, être à l'origine d'obligations d'agir à l'encontre des personnes publiques françaises, au premier rang desquelles l'Etat. Par conséquent, l'obligation de transposition des directives apparaît n'être en réalité qu'un moyen et non une fin. Le but de cette obligation est que le contenu des directives soit mis en œuvre dans les ordres juridiques nationaux.

¹⁰⁸⁵. F. FINES, *Ibid.*, p. 1502.

¹⁰⁸⁶. Voir P. MANIN « *Les communautés européennes...* », 5^{ème} éd. 1999, Pédone, p. 346.

Néanmoins, les directives qui n'ont pas été transposées ne sont pas pour autant, dénuées de tout effet en droit interne. C'est la raison pour laquelle, des doutes peuvent être émis sur l'utilité réelle de l'obligation de leur transposition.

§2- La question de l'utilité de l'obligation de transposition des directives communautaires

Pourquoi maintenir une obligation de transposition des directives communautaires à l'encontre des autorités nationales alors que les directives non transposées¹⁰⁸⁷ peuvent, elles aussi, comporter des obligations d'agir dans la mesure où elles sont invocables, c'est-à-dire que les citoyens peuvent s'en prévaloir devant le juge contre ces autorités et uniquement contre elles¹⁰⁸⁸, soit par « exclusion », soit par « substitution », selon les terminologies très souvent employées ?

Il convient, pour répondre à cette question, d'étudier l'invocabilité, qu'elle soit d'exclusion ou de substitution, d'abord par rapport au contentieux d'annulation, ensuite par rapport à celui de réparation, même si la frontière entre ces deux contentieux est très malléable dans la mesure où ils peuvent s'interpénétrer. Dans les deux cas, les raisons profondes d'une telle méthode sont à cerner et il conviendra d'en mesurer les conséquences sur l'obligation de transposition. Ce sera l'occasion de montrer aussi que le juge administratif

¹⁰⁸⁷. Il faudrait signaler que c'est la C.J.C.E. qui accepte clairement l'invocabilité des directives non transposées. La position du juge administratif français est partagée ; tandis qu'il n'accepte que l'invocabilité des directives mal transposées dans le contentieux de l'annulation, dans celui de la réparation, il partage comme nous le verrons la position de la C.J.C.E. Il faudra tout de même demander si, eu égard à l'invocabilité, une transposition incorrecte des directives n'équivaut pas, en réalité, à une absence de transposition.

¹⁰⁸⁸. L'invocabilité des directives non transposées n'est possible que contre les autorités nationales. Celles-ci ne peuvent pas s'en prévaloir contre une personne privée, ni cette dernière contre une autre personne privée. La C.J.C.E. et le Conseil d'Etat sont unanimes sur ce point (Ex : C.J.C.E., 26 février 1986, « *Marshall* », Rec., p. 723 ; C.E. sect., 23 juin 1995, « *S.A. Lilly France* », Rec., p. 257 ; R.F.D.A. 1995, p. 1037, concl. C. Maugué ; A.J.D.A. 1995, p. 496, chr. J.-H. Stahl et D. Chauvaux). Cette jurisprudence paraît logique car nous ne voyons pas pourquoi la non-transposition d'une directive pourrait être reprochée à un particulier ou, d'ailleurs, à une personne morale de droit privé, alors que ce sont les autorités étatiques qui disposent et de la compétence et des moyens nécessaires pour opérer la transposition.

français, loin d'être un opposant farouche aux positions de la C.J.C.E., comme on pourrait le penser en vertu d'une certaine réputation¹⁰⁸⁹, est un adhérent potentiel à ses thèses.

A- L'invocabilité des directives non transposées en vue d'une annulation

A l'heure actuelle, c'est uniquement la C.J.C.E. qui admet l'invocabilité¹⁰⁹⁰ d'annulation des directives non transposées¹⁰⁹¹ au cas où elles

¹⁰⁸⁹. Le Conseil d'Etat a pendant longtemps été considéré comme une institution adoptant des positions nationalistes vis à vis du droit communautaire, que se soit sur la question de la supériorité des traités par rapport à la loi avant l'arrêt Nicolo de 1989, ou sur celle du renvoi à la C.J.C.E. pour interprétation avec sa jurisprudence sur l'acte clair qui considère qu'il doit trancher, lui-même, certaines questions d'interprétation, peut-être afin de ne pas être amené à se soumettre au juge communautaire. Cette résistance sera moins perceptible sur le problème de l'invocabilité des directives.

¹⁰⁹⁰. Un problème se pose sur la question de savoir à partir de quand il est possible d'invoquer la directive contre des dispositions nationales, au jour de son entrée en vigueur, ou à l'expiration du délai imparti pour sa transposition ?

Selon T. DAL FARRA, ce n'est pas uniquement à l'expiration du délai de transposition que la directive est invocable ; son invocabilité est possible dès son entrée en vigueur contre les règlements. Cet auteur pense que cette solution doit valoir aussi pour les lois, même si elle n'a pas encore été consacrée par la jurisprudence. Il conclut que « l'obligation internationale pèse sur l'Etat au jour d'entrée en vigueur de la directive et toute mesure édictée pour son accomplissement doit lui être conforme. De ce point de vue, l'expiration du délai de transposition ne fait qu'étendre l'invocabilité de la directive au droit existant avant son entrée en vigueur » (« *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 660).

Ce point de vue paraît logique parce qu'il respecte le principe de primauté des directives sur les dispositions nationales. Mais il semble qu'il est démenti par la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, ce dernier dans sa décision « Palazzi » (8 juillet 1991, Rec., p. 276), en déclarant que les autorités nationales « ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives... », laisse clairement entendre que les directives ne s'imposent à la France qu'après l'expiration des délais de transposition et, par conséquent, ne sont invocables qu'à partir de là. D'ailleurs, les arrêts qui seront évoqués montreront de façon sous-jacente que l'analyse de T. Dal Farra n'est pas, à l'heure actuelle, conforme à la jurisprudence administrative française. Néanmoins, à la lumière de la jurisprudence communautaire, les Etats membres ne peuvent pas ignorer le délai de transposition car la C.J.C.E. estime que si ces derniers ne sont pas obligés de prendre les mesures nécessaires avant l'expiration du délai, « il résulte de l'application combinée des articles 5, deuxième alinéa, et 189, troisième alinéa, du traité et de la directive elle-même que, durant ce délai, ils doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive » (18 décembre 1997, « *Inter-Environnement Wallonie ASBL et Région wallonne* », A.J.D.A. 1998, p. 452, n° 45). Si tel est le cas, la Cour semble inviter la juridiction nationale à tirer les conséquences de la violation du résultat de la directive non transposée (même arrêt, n° 46 & s.). O. Couvert-Castéra paraît dès lors fondé à conclure qu'« il découle de l'arrêt que la liberté législative et réglementaire des Etats membres est limitée dès l'entrée en vigueur d'une directive » (note sous l'arrêt précité, A.J.D.A. 1998, p. 456, col. 1) et non uniquement à partir de l'expiration du délai fixé pour sa transposition.

¹⁰⁹¹. Voir les jurisprudences « *Nederlandse Ondernemingen* » et « *Ratti* » précitées.

comportent notamment des obligations d'agir « claires, précises et inconditionnelles ». Le juge administratif n'a pas souhaité suivre cette voie. Il n'accepte que l'invocabilité d'exclusion des directives mal transposées et contre exclusivement les actes de portée générale, lois et règlements¹⁰⁹². Ce type d'invocabilité pose, s'agissant des lois, des problèmes aigus.

1- L'adoption par le Conseil d'Etat de l'invocabilité d'exclusion des directives non transposées contre les lois et les règlements

T. Dal Farra justifie la position de la Haute juridiction par le fait que, « l'acte individuel n'ayant pas le niveau de normativité approprié, il ne peut, par lui-même, être réputé directement contraire à l'objectif communautaire. Un tel acte ne peut en effet contenir une violation de cet objectif, il peut seulement en être l'indice, dès lors qu'il sera démontré qu'il est une mesure d'application d'une réglementation contraire à la directive »¹⁰⁹³. Cela signifie que seule une norme générale peut être contraire à l'objectif fixé par la directive. Or cette interprétation ne paraît pas exacte.

En effet, si en principe c'est une norme générale qui transpose la directive, la violation de l'objectif ou du but de celle-ci peut être le fait aussi bien d'un acte à portée générale que d'un acte individuel. Il faut d'ailleurs observer que la transposition d'une directive qui est en principe assez vague doit être opérée par un acte plus précis. Sinon, l'acte de transposition ne peut être considéré comme améliorant l'état de la directive. L'exclusion par le Conseil d'Etat de l'invocabilité d'une directive non transposée contre un acte individuel s'explique plutôt par le fait que cette invocabilité serait une sorte de reconnaissance d'un effet direct à la directive. Annuler ou engager la

¹⁰⁹². Voir les arrêts cités par J.-B. Auby, « *Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires* », art. précité, p. 1.

¹⁰⁹³. T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 653 ; voir aussi C. Bertrand, « *La responsabilité des Etats membres en cas de non transposition des directives communautaires* », art. précité, p. 1517.

responsabilité de l'Etat pour des actes individuels contraires à une directive non transposée signifierait que celle-ci s'applique déjà en droit national.

Au demeurant, selon T. Dal Farra¹⁰⁹⁴, la position du juge administratif et celle du juge communautaire se rejoignent presque, car si un acte individuel ne peut être annulé sur la base de la directive, il le sera sur le fondement de la « contrariété » de sa base légale, à savoir la réglementation nationale, à « l'objectif de la directive ». Il est vrai que si ces deux positions se rejoignent sur le plan pratique, sur celui des principes, existe une grande différence. Alors que l'invocabilité d'annulation prônée par la C.J.C.E. est une invocabilité de substitution, celle mise en œuvre par le Conseil d'Etat est une invocabilité seulement d'exclusion.

L'« invocabilité de substitution » des directives est « la possibilité de s'appuyer sur une directive au lieu et place du droit national lorsqu'il est constaté que celui-ci, à l'expiration du délai de transposition, n'a pas tenu compte de ses exigences »¹⁰⁹⁵. Elle est donc une sorte de « reconnaissance de l'applicabilité directe »¹⁰⁹⁶. L'« invocabilité d'exclusion », quant à elle, « fait obstacle à l'application de toute disposition de droit national »¹⁰⁹⁷ qui serait contraire à la directive non transposée. Celle-ci ne s'applique pas à la place de la disposition nationale qui est tout simplement écartée pour l'affaire qu'elle concerne. Ces deux sortes d'invocabilité présentent-elles la même garantie d'efficacité aux directives non transposées, comme le pensent certains ?

F. Raynaud et P. Fombeur déclarent que souvent « l'invocabilité d'exclusion assure avec autant d'efficacité que l'invocabilité de substitution

¹⁰⁹⁴. T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 653.

¹⁰⁹⁵. J.-B. AUBY, « *Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires* », art. précité, p.2.

¹⁰⁹⁶. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *Chronique de jurisprudence : C.E.*, 6 février 1998, « *Tête* », A.J.D.A. 1998, p. 404.

¹⁰⁹⁷. R. KOVAR, « *Le conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire* », art. précité, p. 211.

l'effectivité du droit communautaire »¹⁰⁹⁸ et, par conséquent, les obligations d'agir que celui-ci véhicule. Il est vrai qu'aussi bien l'une que l'autre invocabilité permettent de neutraliser l'application des normes nationales contraires à une directive non transposée. Mais, comme le pensent justement D. Chauvaux et T.-X. Girardot, « L'invocabilité d'exclusion rencontre (...) ses limites à chaque fois qu'une directive n'implique pas seulement la suppression de règles existant dans le droit national mais exige l'intervention de mesures positives »¹⁰⁹⁹.

En outre, il ne faut pas perdre de vue que l'invocabilité de substitution permet de manière camouflée d'introduire la directive dans le droit national puisqu'elle garantit l'application de cette dernière à la place des normes nationales qui lui sont incompatibles. Par conséquent, son admission au profit des directives non transposées est une façon d'assurer l'applicabilité directe de ces dernières et des obligations d'agir qu'elles comportent.

Au contraire, l'invocabilité d'exclusion permet, encore une fois, uniquement d'écarter une disposition nationale contraire à une directive non transposée sans que celle-ci puisse s'appliquer comme telle en droit interne. Par conséquent, l'invocabilité d'exclusion peut être incluse dans l'invocabilité de substitution, mais non le contraire. Dès lors, cette dernière garantit mieux l'effectivité des directives non transposées et de leurs obligations d'agir que la première.

Mais assez paradoxalement, alors que l'invocabilité d'exclusion des directives est totalement admise par le Conseil d'Etat (et la C.J.C.E., cela va sans dire), celui-ci refuse de leur faire bénéficier l'invocabilité de substitution. Au contraire, la position de la C.J.C.E. est nuancée puisqu'elle accepte cette dernière au profit des directives comportant notamment des obligations d'agir suffisamment claires et inconditionnelles.

¹⁰⁹⁸. F.RAYNAUD et P. FOMBEUR, Chronique de jurisprudence précitée, A.J.D.A. 1998, p. 403.

¹⁰⁹⁹. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, chronique de jurisprudence précitée, A.J.D.A. 1996, p. 987, col. 1.

L'arrêt « Cohn-Bendit », précité relate bien la position du Conseil d'Etat : « quelles que soient (...) les précisions qu'elles contiennent à l'intention des Etats membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants des Etats à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel »¹¹⁰⁰. Cette jurisprudence a été mise en œuvre, entre autres, par le Tribunal administratif de Lyon dans une décision « Stasi »¹¹⁰¹, et a été confirmée par le Conseil d'Etat, notamment dans l'affaire « Palazzi »¹¹⁰².

A cet égard, quelques observations s'imposent. D'une part dans ces trois espèces, les faits étaient, en dehors des parties, à peu près similaires, d'autant que c'était le même texte qui était en présence, à savoir la directive du 25 février 1964. D'autre part, il s'agissait dans tous ces cas, de textes réglementaires qui avaient mal transposé la directive de 1964. Cette dernière prévoyait l'obligation de motivation¹¹⁰³ des « mesures relatives au déplacement et au séjour des étrangers ». Or le décret du 5 janvier 1970 pris pour sa transposition était resté, sur cet aspect¹¹⁰⁴, muet.

Cependant, si la décision « Cohn-Bendit », s'est terminée par un rejet car le requérant n'avait pas contesté la base légale de la mesure qui le frappait¹¹⁰⁵, mais s'était prévalu directement de la directive, M. Stasi, lui, a su éviter l'erreur commise par le premier requérant dans la formulation des conclusions de sa requête. C'est pourquoi, le tribunal administratif a pu juger dans cette affaire

¹¹⁰⁰. Jurisprudence « Cohn-Bendit », précitée ; voir aussi T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 653.

¹¹⁰¹. T.A. de Lyon, 25 octobre 1979, « Stasi », Rec., p. 535.

¹¹⁰². C.E., 8 juillet 1991, « Palazzi », Rec., p. 276.

¹¹⁰³. Comme il a été précisé dans la première partie de cette étude, l'obligation de motivation est une obligation simple. Mais elle est évoquée ici parce que la transposition de la directive qui la prévoit demeure une obligation d'agir.

¹¹⁰⁴. Voir G.A.J.A., obs. sur C.E., 22 décembre 1978, « Cohn-Bendit », 14^{ème} éd. 2003, p. 654.

De même, il s'agissait dans l'affaire « Palazzi » de « la non-conformité d'une disposition du décret du 28 avril 1981 à la directive du 25 février 1964 » (F. Julien-Laferrière, obs. sous C.E., 8 juillet 1991, « Palazzi », A.J.D.A., p. 828). En effet, l'article 14 du décret n'avait pas prévu des garanties en cas de refus de renouvellement de titres de séjour contrairement à l'article 9 de la directive qu'il prétendait transposer.

¹¹⁰⁵. Voir D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, chronique de jurisprudence précitée, A.J.D.A. 1996, p. 986, col. 2.

« Stasi » que « le requérant est fondé à soutenir qu'en prenant l'arrêté du 5 février 1979 sur le fondement des textes applicables aux ressortissants des Etats membres de la communauté économique européenne par l'article 14, alinéa 1^{er}, du décret du 5 janvier 1970, disposition réglementaire entachée d'illégalité » parce que, justement, contraire à la directive du 25 février 1964, « le ministre de l'intérieur a excédé ses pouvoirs ». En revanche, s'agissant de la jurisprudence « Palazzi », il semble qu'il a introduit un changement tout à fait perceptible par rapport à la jurisprudence « Cohn-Bendit ».

En effet, dans l'affaire « Palazzi », le requérant s'était prévalu directement de l'article 9-1 de la directive. Pourtant, son recours n'a pas été rejeté¹¹⁰⁶ comme l'aurait fait la jurisprudence de 1978. Mais fort bizarrement, la Haute juridiction a motivé son arrêt comme si rien n'était, c'est-à-dire conformément à sa jurisprudence de 1978, c'est-à-dire encore, comme si le requérant avait contesté la légalité de l'article 14 du décret du 28 avril 1981 sur la base duquel était pris la mesure dont il faisait l'objet : « Cons. que l'arrêté du 25 février 1985 par lequel le préfet des Hautes-Alpes a refusé à M. Palazzi le renouvellement de son titre de séjour a été pris sur le fondement du décret du 28 avril 1981 ; qu'il est donc lui-même illégal ».

Par conséquent, cet arrêt aurait pu être l'occasion pour la Haute juridiction d'améliorer sa conception de l'invocabilité d'annulation mise en place dans la jurisprudence « Cohn-Bendit » qui a été considérée comme ayant « la volonté de freiner la pénétration du droit communautaire dans le droit national »¹¹⁰⁷. D'ailleurs, baser sa contestation sur le texte de transposition incompatible aux objectifs communautaires ou la fonder directement sur la directive incorrectement transposée, n'est-ce pas la même chose ? Dans l'un et dans l'autre cas, on aboutit à une annulation de la mesure individuelle. Si la

¹¹⁰⁶. Voir F. Julien-Lafferrière, Observations précitées, A.J.D.A. 1991, p. 829.

¹¹⁰⁷. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, Chronique de jurisprudence précitée, A.J.D.A. 1998, p. 406.

jurisprudence « Palazzi » existait avant 1978, elle aurait sans doute permis à D. Cohn-Bendit d'obtenir gain de cause.

Par rapport à la jurisprudence « Cohn-Bendit », et sur ce point précis des conditions de l'invocabilité d'annulation, la décision « S.A. Rothmans » précitée n'a pas apporté une amélioration. D'une part, car là aussi il s'est agi d'une directive incorrectement transposée par la loi du 24 mai 1976 qui a attribué au gouvernement un pouvoir de fixation des prix des tabacs manufacturés, contrairement aux indications de la directive du 19 décembre 1972 qui a voulu une libéralisation de ces prix.

D'autre part, parce qu'elle n'a permis, comme le souligne R. Kovar, au Conseil d'Etat que « d'invoquer à l'appui d'un recours en annulation contre une décision individuelle la non-conformité d'une loi prise pour l'application de la directive »¹¹⁰⁸. Mais cet auteur trouve cette position de la Haute juridiction illogique eu égard à sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle une directive ne peut produire des effets en droit français que si elle y a auparavant été transposée. En effet, il écrit que « le refus du Conseil d'Etat de reconnaître l'invocabilité de la directive lorsque aucune mesure n'a été prise pour sa transposition est de plus en plus illogique si on veut bien considérer qu'il accepte de se référer à une directive lorsque la mesure arrêtée pour son application n'est pas conforme aux dispositions de cette directive »¹¹⁰⁹.

En réalité, la position du Conseil d'Etat s'insère parfaitement dans sa jurisprudence antérieure sur l'inapplicabilité des directives non transposées. Car si le juge accepte de contrôler la conformité d'une loi à la directive, ce n'est pas n'importe quelle loi, mais une loi de transposition. Le contrôle d'une loi de transposition d'une directive nous paraît normal car il s'intègre dans le contrôle dit de conventionnalité qui a pour essence de sanctionner toute disposition nationale contraire à un traité ou à un droit dérivé. En effet, rien ne garantit

¹¹⁰⁸. R. KOVAR, « *Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire* », art. précité, p. 210.

¹¹⁰⁹. R. KOVAR, *Ibid.*

qu'une loi ou un décret de transposition seront toujours compatibles avec la directive.

Par conséquent, en cas de contradiction entre la disposition de droit national de transposition et la directive, celle-ci l'emporte conformément à l'article 55 de la Constitution. L'arrêt « S.A. Rothmans » n'a fait que tirer, même de manière indirecte, les conséquences de cet article, en annulant les décisions ministérielles contestées.

En s'appuyant sur cet article 55, le juge administratif pouvait accepter d'examiner la légalité d'un acte individuel directement par rapport à une directive mal transposée, et non en passant obligatoirement par la contestation de sa base légale qui serait une loi ou un règlement. En effet, comme l'écrit D. de Béchillon, l'acte administratif individuel « demeure un acte de puissance publique, l'expression juridique d'un pouvoir d'Etat »¹¹¹⁰ qui, de ce fait, doit respecter les directives au même titre que les règlements et les lois.

L'invocabilité d'exclusion des directives non transposées contre ces dernières soulève un certain nombre de problèmes.

2- Les problèmes posés par l'invocabilité d'exclusion des directives non transposées contre les lois

L'invocabilité d'exclusion pose des problèmes parfois insurmontables à l'encontre des lois. En effet, une loi ou un règlement incompatibles avec une directive non ou, d'ailleurs, mal transposée sont écartés¹¹¹¹, sans que pour autant

¹¹¹⁰. D. de BECHILLON, « *L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat* », art. précité, p. 779.

¹¹¹¹. Selon G. GUIAVARC'H (« *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 521), quand le juge administratif décide qu'une loi, même postérieure à une convention internationale, est contraire à celle-ci, et qu'il n'applique pas cette loi (Ex : C.E.ass., 28 avril 1992, « *Société Arizona Tabacco Products* », précité), cette dernière ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique car le juge n'a pas un pouvoir d'abrogation en la matière -ce pouvoir n'existant qu'à l'encontre des actes réglementaires (C.E., 3 février 1989, « *Alitalia* », Rec., p. 44 ; R.F.D.A. 1989, p. 391, concl. Chahid-Nourai, notes Beaud et Dubouis ; A.J.D.A. 1989, p. 387, note Fouquet ; R.T.D.E. 1989, p. 509, note Vergès ;

la directive soit applicable et s'intègre dans l'ordre juridique interne. Or le règlement est édicté et peut être défait par l'administration, ce qui n'est pas le cas de la loi qui doit être votée par les assemblées avant son entrée en vigueur ou avant sa modification. L'administration ne pouvant agir à la place du législateur, on comprend dès lors que l'invocabilité d'exclusion à l'encontre des lois puisse aisément conduire à un vide juridique, comme le souligne T. Dal Farra : « le juge administratif, procédant seulement par voie de déclaration d'inapplicabilité au litige de la loi contraire à l'objectif communautaire et refusant d'admettre l'invocabilité de substitution de la directive, pourrait ainsi, après avoir écarté la base légale, se trouver confronter à un vide juridique embarrassant »¹¹¹². Pour éviter un tel inconvénient, essentiellement deux solutions sont proposées.

D'une part, on suggère parfois « d'opérer toutes les transpositions par voie réglementaire ». Néanmoins, F. Fines n'est pas favorable à cette solution, car elle risque plus ou moins d'écarter le législateur de la construction européenne¹¹¹³. Certes, mais il faut admettre que l'inconvénient principal de cette solution est qu'elle porterait atteinte à la répartition des compétences à laquelle la Constitution, notamment dans ses articles 34 et 37, et le juge administratif tiennent beaucoup. Un exemple est, à cet égard, assez éloquent : il s'agit de l'arrêt « Boucq »¹¹¹⁴.

L'arrêté interministériel du 16 février 1977 qui a été pris conformément à la directive du 16 juin 1975 a été jugé illégal à cause du fait qu'il méconnaissait

G.A.J.A., 12^{ème} éd. 1999, p. 721)- et ne peut donc se substituer au législateur. La loi devient tout simplement inapplicable et, par conséquent, dénuée de tout effet juridique. En fait, s'agissant de l'invocabilité d'exclusion, les choses sont un peu différentes car, comme nous le verrons dans le texte, si la loi illégale parce qu'incompatible avec la directive est écartée dans un litige, elle pourra éventuellement recevoir application dans un autre litige si sa légalité n'a pas été contestée. Cette situation est due au fait que l'incompatibilité d'une disposition nationale avec une directive n'est pas un moyen d'ordre public (C.E. sect., 11 juin 1991, « *Société Morgane* », A.J.D.A. 1991, p. 111, chr. E. Honorat et R. Schwartz). Par conséquent, le juge ne la soulève pas d'office.

¹¹¹². T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 661.

¹¹¹³. F. FINES, « *Nouvelles incidences des directives communautaires sur le droit public français...* », art. précité, p. 1490.

¹¹¹⁴. C.E., 11 juillet 1988, « *Conseil départemental de l'ordre des médecins des Alpes-Maritimes c. Boucq* », Rec., p. 291.

les dispositions donnant « compétence au seul Conseil national de l'ordre des médecins pour édicter les règles relatives aux qualifications médicales »¹¹¹⁵. Autrement dit, seul un règlement de ce dernier, et non d'une autre autorité, pouvait selon le juge transcrire en France la directive communautaire. A propos de cette affaire, T. Dal Farra fait pertinemment remarquer que « la seule voie légale consistait ou bien en ce que soient prises « dans les mêmes formes [que les textes légalement en vigueur en France avant la directive et l'arrêté illégal du ministre] par les mêmes autorités (...) les dispositions permettant d'atteindre les objectifs fixés », ou bien, compte tenu de la carence du Conseil de l'ordre des médecins, en une modification préalable de l'architecture des compétences par la voie législative ou réglementaire »¹¹¹⁶.

Il faut remarquer que cette espèce semble confirmer notre position selon laquelle le juge administratif est enclin à considérer une mauvaise transposition, en l'occurrence une transposition par une autorité incompétente, comme une absence de transposition. Car la décision du Conseil national de l'ordre reconnaissant à M. Boucq, ressortissant d'un Etat membre, la Belgique, la qualité de médecin spécialiste en chirurgie plastique et reconstructrice, était conforme à la directive précitée prescrivant, dans ses articles 4 et 6, aux Etats membres de la Communauté la reconnaissance mutuelle des diplômes de médecin spécialiste. Mais le Conseil d'Etat n'a pas tenu compte de cette circonstance pour juger légale la décision du Conseil de l'ordre car, semble-t-il, ce dernier ne pouvait pas se conformer à une directive non transposée en France.

D'autre part, T. Dal Farra propose pour éviter tout vide juridique, que le juge administratif laisse à l'administration la possibilité d'appliquer une loi contraire à une directive quitte à engager la responsabilité de l'Etat sur le terrain du risque. Selon lui, au lieu « d'exiger implicitement de l'administration qu'elle écarte d'elle-même la loi contraire à l'objectif, il paraîtrait préférable de rétablir

¹¹¹⁵. T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 658.

¹¹¹⁶. T. DAL FARRA, *Ibid.*

le principe selon lequel l'administration doit toujours appliquer la loi, dès lors qu'elle ne peut ni fonder son action sur la directive par voie de substitution de base légale, ni modifier la loi. Ensuite, si la loi est contraire à l'objectif de la directive, la responsabilité de l'Etat doit être engagée, mais il ne pourra s'agir que d'une responsabilité du fait du législateur, qui a maintenu dans l'ordre juridique une disposition contraire à une norme internationale, alors qu'il avait le pouvoir de faire évoluer cette situation pour mettre fin à l'illégalité de l'acte administratif »¹¹¹⁷.

Cependant, il ne serait pas souhaitable d'appliquer une loi manifestement contraire à une directive, même mal transposée, car ce serait une manière de remettre en cause à la fois sa supériorité par rapport à la loi et la finalité de l'obligation de transposition qui doit aboutir à une application de la directive en droit interne.

A ce sujet, la position défendue par D. Simon paraît plus solide. En effet, celui-ci rappelle qu'une absence de transposition ou une transposition incorrecte d'une directive par une loi constitue une faute. Par conséquent si elle a engendré un préjudice, la responsabilité de l'Etat doit être engagée sur le terrain de la faute, et non sur celui du risque. Dès lors, il serait injustifié d'engager la responsabilité de l'Etat pour faute si c'est un règlement qui est en cause, et pour risque si c'est une loi qui est incriminée. En plus, cet auteur relève qu'une responsabilité sans faute serait de nature à réduire sensiblement les chances des victimes à obtenir réparation. Car, dans ce genre de responsabilité, le juge administratif exige, entre autres, que le dommage soit anormal, c'est-à-dire qu'il atteigne un certain seuil de gravité, et spécial, en ce sens qu'il ne doit toucher qu'un cercle restreint de personnes, et exclut la réparation « quand la mesure

¹¹¹⁷. T. DAL FARRA, « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité* », art. précité, p. 662 et 663.

législative a été prise dans un but d'intérêt économique et social d'ordre général »¹¹¹⁸.

Or la majorité des directives fixent précisément des objectifs généraux en matière économique et sociale, et si la responsabilité du fait du législateur, qui est une responsabilité sans faute, est retenue dans les hypothèses où les lois violent par « omission » ou par « commission » les directives, elle risque de minimiser les chances des requérants d'obtenir réparation à cause de l'exigence d'un préjudice anormal et spécial. Mais surtout, la mise en œuvre de ce type de responsabilité signifierait que la transposition de la directive et, par voie de conséquence, son application pure et simple, relèvent de la faculté d'agir de l'Etat français. La raison en est que la responsabilité sans faute n'est en principe mise en œuvre que dans des matières où la personne publique a une faculté d'agir. La mise en œuvre de ce type de responsabilité serait contraire au traité de Rome en ses articles 5 et 189. Par conséquent, la seule solution, semble-t-il, serait, pour le juge administratif, d'aligner sa jurisprudence, au moins sur ce point précis, de l'invocabilité de la directive à l'encontre de la loi, sur celle de la C.J.C.E.

En clair, la position rigide du Conseil d'Etat ne peut pas être défendue : maintenir que les directives, et toutes les directives, doivent impérativement être transposées pour recevoir application en droit interne français, c'est-à-dire pour que les particuliers puissent s'en prévaloir directement, paraît à certains égards critiquable. Car, souvent les directives sont rédigées de façon très précise, une précision digne des règlements communautaires. Dans ce cas, la différence de régimes entre directive et règlement ne se justifie plus¹¹¹⁹. Ainsi, la directive du

¹¹¹⁸. D. SIMON, « *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?* », art. précité, p. 242.

¹¹¹⁹. La directive et le règlement communautaires se distinguent à l'origine dans la forme ; tandis que le règlement est rédigé de façon très précise, c'est-à-dire que les obligations et les droits qu'il comporte vis à vis de leurs destinataires -Etats membres et personnes privées physiques ou morales- sont très clairs, la directive, elle, est rédigée de façon ouverte puisqu'elle ne fait que fixer des objectifs que les Etats membres doivent atteindre selon chacun ses moyens. De cette différence de forme découle très logiquement une différence de régime ; en principe, le règlement jouit dans les États

16 juin 1975, relative à la reconnaissance mutuelle des diplômes de médecine, en obligeant, dans ses articles 4 et 6, chaque Etat membre à reconnaître les diplômes, certificats et autres titres de médecin spécialiste délivrés par un autre Etat membre « en leur donnant le même effet sur son territoire qu'aux diplômes, certificats et autres titres qu'il délivre »¹¹²⁰ ne paraît pas, vu son degré de précision, devoir être transposée ; elle est applicable en l'état.

Cette position est d'autant plus critiquable que l'invocabilité d'exclusion qu'elle soit à l'encontre des lois ou des règlements ne permet pas d'atteindre le même but que celui visé par l'obligation de transposition des directives. En effet, ce genre d'invocabilité ne permet pas forcément, comme le pense F. Fines, de faire bénéficier au particulier « des droits que l'Etat aurait dû lui accorder en vertu d'une directive »¹¹²¹. Ce point de vue est d'autant plus admissible qu'en plus l'invocabilité d'exclusion ne permet d'écarter la loi ou le règlement illégal que dans le litige en cours, et non définitivement.

Du reste, puisque le juge ne soulève pas d'office le moyen tiré de l'illégalité de la disposition nationale contraire à la directive dans la mesure où cette contrariété n'est pas un moyen d'ordre public¹¹²², les particuliers ne pourront pas toujours profiter des droits contenus dans les directives non ou mal

membres d'une applicabilité directe ; au contraire la directive doit y être en général transposée. Cependant, il s'avère qu'aujourd'hui les directives, l'exemple de la directive du 16 juin 1975 le montre, sont de plus en plus « rédigées de façon aussi précise que les règlements, ne laissant finalement que très peu de liberté aux Etats membres » (F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *Chronique de jurisprudence précitée*, A.J.D.A. 1998, surtout p. 407). Par conséquent, du moment que leur opposition originelle est partiellement remise en cause, il faudrait accepter un certain rapprochement de régime entre ces deux types d'actes. Comme nous l'avons vu, la C.J.C.E. a déjà tiré les conséquences de cette situation en reconnaissant aux directives non transposées un effet direct si elles sont précises et non conditionnelles. C'est le juge administratif français -et peut-être d'autres juges administratifs d'autres Etats membres- qui refuse encore d'en prendre acte, mais pas pour longtemps. « L'évolution des directives, dont le contenu est de plus en plus précis, le souci désormais affirmé du Conseil d'Etat d'assurer une pleine effectivité au droit communautaire, la nécessité d'éviter les raffinements inutiles » (F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *Ibid.*) laissent en effet présager un revirement de sa jurisprudence actuelle sur le refus de tout effet direct aux directives non transposées.

¹¹²⁰. Voir C.E., 11 juillet 1988, « *Conseil départemental de l'ordre des médecins des Alpes-Maritimes c. Boucq* », précité, 4^{ème} considérant.

¹¹²¹. F. FINES, « *Nouvelles incidences des directives communautaires sur le droit public français* », art. précité, p. 1491.

¹¹²². C.E. sect., 11 janvier 1991, « *Société Morgane* », A.J.D.A. 1991, p. 111, chr. E. Honorat et R. Schwartz.

transposées. Par conséquent, à l'état actuel de l'invocabilité d'annulation pratiquée par le juge administratif, l'obligation de transposition conserve toute son utilité. Cela ne semble pas être le cas s'agissant de l'invocabilité de réparation.

B- L'invocabilité des directives non transposées en vue d'une réparation

Sur cette question, l'arrêt de la C.J.C.E. « *Francovich et Bonifaci* »¹¹²³ est une référence indéniable. La directive 80-987 du 20 octobre 1980 relative à l'harmonisation des législations nationales sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de leurs employeurs, n'avait pas été transposée par l'Italie - une transposition qui devait intervenir au plus tard le 23 octobre 1983- quand les requérants, non payés par leurs entreprises défailtantes, lui avaient demandé de leur octroyer les garanties prévues par cette directive. L'arrêt rendu par la C.J.C.E. dans cette affaire comporte par rapport à l'invocabilité de réparation certains enseignements -dialectiques- qui paraissent réduire la portée de l'obligation de transposition des directives.

Premièrement (la thèse), la C.J.C.E. a énoncé le principe de la responsabilité pour non transposition de directive. Il s'agit, en l'espèce, d'une responsabilité pour faute, même si cette expression ne fait pas l'objet d'un emploi express par le juge. La faute a consisté en la violation de l'article 189, alinéa 3, du traité de Rome et, par conséquent, la violation d'une obligation d'agir qui est, en l'occurrence, l'obligation de transposition des directives. Mais, s'agissant des modalités de réparation, la Cour a renvoyé au « droit national de la responsabilité » et a ainsi reconnu « l'autonomie institutionnelle et

¹¹²³. C.J.C.E., 19 novembre 1991, aff. Jointes, C 6-90 et C 9- 90, « *Francovich et Bonifaci* », Rec., p. 5357 ; A.J.D.A. 1991, p. 143, note Le Mire ; Europe 1991, n° 2, chr. Simon ; L.P.A. 1992, p. 21, obs. L. Cartou ; J.C.P. 1992, II, 21783, A. Barav ; R.F.D.A. 1992, p. 1, L. Dubouis.

procédurale des droits nationaux dans la définition des conditions de mise en œuvre des voies de droit permettant d'obtenir réparation »¹¹²⁴.

Néanmoins, ce renvoi n'est pas sans inconvénient ; les justiciables des différents pays membres risquent de profiter des droits semblables ouverts par la directive de manière inégale, selon que le droit de la responsabilité de leurs Etats garantit ou pas une réparation convenable. Pour parer à ce danger, une des deux solutions suivantes paraît envisageable : soit une harmonisation par le haut, c'est-à-dire par le droit communautaire ou, à défaut, par son juge, des régimes de responsabilité relative à la non transposition des directives et, plus largement, à la violation du droit communautaire, soit une mise en place d'un régime de responsabilité spécifiquement communautaire.

La Cour, sans doute consciente de ce risque, a essayé de le prévenir en posant deux conditions à son renvoi. D'une part, la législation nationale ne doit pas réserver à la réparation d'origine communautaire un traitement « *moins favorable* » que celui prévu pour les « *litiges internes* » de même nature. D'autre part, elle ne doit pas être organisée de manière à rendre « impossible ou trop difficile l'obtention de la réparation »¹¹²⁵. Aussi, J.-B. Auby semble fondé à souligner que la Cour, en tirant le fondement de la responsabilité pour non-transposition des directives directement dans le droit communautaire, a entendu « signifier que les limites générales de la responsabilité administrative qui peuvent exister dans les systèmes nationaux (par exemple, celles tenant aux actes de gouvernement) ne sauraient faire obstacle à sa mise en œuvre »¹¹²⁶ et donc à la mise en œuvre des directives.

Cependant, cet auteur demeure hésitant sur la question de savoir si le juge communautaire a entendu exclure toute « cause exonératoire » de responsabilité

¹¹²⁴. D. SIMON, « *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?* », art. précité, p. 240.

¹¹²⁵. L. CARTOU, « *La responsabilité des Etats du fait de la non- application d'une directive* », L.P.A. 1992, n° 28, p. 21.

¹¹²⁶. J.-B. AUBY, « *Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires* », art. précité, p. 3.

ou pas. Pour finalement opter pour la grande probabilité de son interdiction, l'auteur se réfère à une jurisprudence tout à fait antérieure, « Commission c. République italienne »¹¹²⁷, qui déclare « qu'un Etat membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre interne, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant des directives communautaires ». Or l'arrêt « Francovich et Bonifaci » paraît clairement aller dans ce sens.

En effet, en excluant l'éventualité d'une absence totale de réparation par les ordres juridiques nationaux, cet arrêt a entendu bannir les causes exonératoires de responsabilité pour non-respect de l'obligation de transposition des directives. C'est donc une volonté dissimulée d'assurer à tout pris une réparation, même minime, mais une volonté qui entre en conflit avec le droit positif de la responsabilité administrative pour faute en France puisque celui-ci exclut dans certains cas -faute simple alors que c'est la faute lourde qui est exigée, causes exonératoires etc- la réparation.

Par conséquent, si la jurisprudence « Francovich et Bonifaci » est mise en œuvre telle qu'elle est -ce qui paraît souhaitable eu égard à la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux- elle risque de s'avérer très coûteuse pour les finances nationales, sauf à recourir très fréquemment -encore faut-il que les hypothèses soient justifiées- au système de partage de responsabilité qui est de nature à limiter le montant des réparations. Mais comment l'Etat peut prétendre à un partage de responsabilité si c'est à lui exclusivement que peut être imputable la faute dans la mesure où, étant le seul à disposer des moyens pour la transposition des directives, l'obligation en la matière n'incombe qu'à lui ?

D. Simon défend une position différente, voire opposée, par rapport à la précédente. Alors qu'il reconnaît les limites précitées, posées par la jurisprudence de 1991, il pense que celle-ci permet au juge national d'exiger pour la réparation certaines conditions, en vigueur en droit interne, liées à la

¹¹²⁷. C.J.C.E., 22 février 1979, aff. 163-78, *Commission c. République italienne* », Rec., p. 771.

nature de la faute ou à l'importance du préjudice. Pour lui en effet, le « principe d'autonomie procédurale du droit national, y compris tel qu'il a été encadré par la jurisprudence communautaire, n'interdit pas que soient établies ou maintenues certaines règles relatives à la gradation des fautes de nature à engager la responsabilité de l'Etat, ou encore à la qualité des préjudices indemnisables »¹¹²⁸. Certes, l'autonomie procédurale permet de maintenir certaines exigences particulières à chaque Etat, mais il faut noter que ce principe ne peut être allégué afin d'exclure toute réparation.

Or il est bien connu que le juge administratif français exige que le préjudice ait certains caractères -anormalité et spécialité- surtout pour engager la responsabilité sans faute de la personne publique. Mais, s'agissant des préjudices nés de la non-transposition de directives, ce type de responsabilité est exclu car la non-transposition constitue, nous l'avons vu, une faute, une méconnaissance d'une obligation d'agir.

Cependant, même s'il s'agissait dans l'affaire « Francovich » d'une responsabilité sans faute, le point de vue de D. Simon lui aurait été contraire. Car exiger que le préjudice ait certains caractères, c'est automatiquement exclure la réparation des préjudices qui ne répondent pas à ces caractères et, donc, ne pas respecter une des imites de la jurisprudence européenne, à savoir ne pas « rendre impossible ou trop difficile l'obtention de la réparation ». Même en raisonnant sur la responsabilité pour faute, la position de D. Simon prévoyant l'éventualité pour le juge national de retenir une faute grave paraît devoir être écartée. L'exigence d'une faute grave signifierait en effet qu'une faute simple ne pourra pas engager la responsabilité, alors même que cette faute simple aura été constituée par la violation de l'obligation de transposition de la directive, c'est à dire par l'absence de transposition.

¹¹²⁸. D. SIMON, « *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?* », art. précité, p. 240.

Ainsi, en dépit de la volonté de mettre en œuvre la jurisprudence communautaire conformément à l'esprit du traité de Rome et à l'article 55 de la Constitution française, on serait conduit à une deuxième impasse dans la mesure où la responsabilité pour faute grave peut exclure certaines réparations, une éventualité que le juge communautaire a précisément voulu éviter dans l'affaire « Francovich ». La position de D. Simon est d'autant plus critiquable qu'elle paraît archaïque car même en droit administratif français, la faute lourde continue à s'effacer devant la faute simple.

Il convient de noter pour le deuxième enseignement (l'antithèse) de la jurisprudence « Francovich » que la directive 80-987 était dépourvue d'effet direct. Car conformément à sa jurisprudence, la Cour a estimé qu'elle n'était pas à propos des garanties des salariés suffisamment « précise et inconditionnelle »¹¹²⁹. D. Simon souligne clairement qu'il s'agit là de « l'intérêt majeur »¹¹³⁰ de la jurisprudence « Francovich ». C'est la raison pour laquelle, C. Bertrand estime qu'à travers cette jurisprudence, la C.J.C.E. veut assurer aux directives « une consécration dans le droit interne »¹¹³¹.

Cette jurisprudence complète la jurisprudence précitée sur l'invocabilité de substitution ou, ce qui revient au même, l'applicabilité directe des directives comportant des obligations claires, précises et inconditionnelles. En effet, il est permis de penser que, à partir de l'arrêt « Francovich et Bonifaci », la Cour va désormais estimer que, soit une directive remplit les conditions de l'invocabilité de substitution, et elle est applicable directement sur les ordres juridiques des Etats membres, soit elle ne les satisfait pas, mais elle peut être invoquée afin d'engager la responsabilité de l'Etat pour manquement à l'obligation de sa transposition.

¹¹²⁹. Voir L. CARTOU, « *Observations sous C.J.C.E., « Francovich et Bonifaci »* », précitée, L.P.A. 1992, n° 28, p. 21.

¹¹³⁰. D. SIMON, « *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?* », art. précité, p. 238.

¹¹³¹. C. BERTRAND, « *La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires* », art. précité, p. 1515.

C'est ce que semble comprendre D. Simon qui écrit, à propos de cet arrêt, que « si la directive était susceptible de produire des effets directs, l'obligation mise à la charge de l'Etat italien aurait été une obligation de paiement, découlant de l'invocabilité « de substitution », qui impose au juge interne d'appliquer les dispositions claires et inconditionnelles d'une directive non-transposée. En l'absence d'effet direct de la directive, la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat italien vient compenser l'impossible exigibilité de l'obligation d'exécution, en sanctionnant la faute commise par les autorités nationales du fait de la non-transposition en normes nationales contraignantes, dans les délais requis, des règles imposées par la directive »¹¹³².

Cela prouve que dorénavant toutes les directives non transposées, qu'elles soient à effet direct ou pas, auront finalement des conséquences dans les ordres juridiques des Etats membres. Cette jurisprudence, très favorable à la construction européenne, ne doit pas étonner car la C.J.C.E. cherche, depuis ses premiers arrêts, à assurer le plein effet au droit communautaire.

Dès lors, on mesure à quel point la Cour a été habile, une habileté qui a consisté à assurer que les directives non transposées auront des effets dans les droits nationaux car dans les cas où elles ne sont pas applicables directement, elles peuvent engager la responsabilité des Etats. Néanmoins, cette jurisprudence a pour conséquence, recherchée ou non, de rendre inutile l'obligation de leur transposition. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que les directives soient transposées puisque, en cas de non-transposition, elles auront presque les mêmes effets que les directives transposées. Voilà, semble-t-il, le résultat auquel aboutissent les prises de position de la Cour vis à vis de l'invocabilité des directives, mais un résultat qui doit être nuancé pour une raison tenant à la même jurisprudence « Francovich ». Ce sera son troisième enseignement (la synthèse).

¹¹³². D. SIMON, « *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?* », art. précité, p. 238.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que, dans cette espèce, la Cour déclare que la non-transposition d'une directive dépourvue d'effet direct ne peut engager la responsabilité de l'Etat que si « la directive comporte l'attribution de droits au profit des particuliers », que « le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive », et qu'il existe « un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées »¹¹³³.

Selon D. Simon, si cette dernière condition est tout à fait comparable au régime de responsabilité pour faute des ordres juridiques nationaux, les deux premières le sont aussi. Dans celles-ci, la C.J.C.E. ne fait que transposer « une exigence dont la logique est connue des droits nationaux de la responsabilité, qui supposent (...) que le requérant puisse invoquer l'atteinte (...) au moins à un intérêt légitime »¹¹³⁴, comme dans l'exemple français.

Or il semble que ce point de vue, confronté au droit français de la responsabilité administrative, n'est que partiellement exact. Il est juste dans les cas où le contentieux de l'annulation et celui de la réparation se conjuguent dans la mesure où le juge exige dans le premier un intérêt pour agir. La situation est légèrement différente si c'est seulement la responsabilité de la personne publique qui est recherchée. Dans ce cas, la réalisation d'un dommage suffit en principe pour que la victime soit autorisée à ester en justice aux fins d'engager la responsabilité de la personne publique sur le terrain de la faute ou sur celui du risque. En clair, dans le contentieux de la responsabilité, c'est parfois, non la violation des droits attribués au requérant par un texte qui déclenche l'action en justice, mais l'existence d'un préjudice.

Il est vrai que le non-paiement, comme c'est le cas dans l'espèce « Francovich », des droits pécuniaires constitue un préjudice, mais cette concordance entre droits pécuniaires et préjudice ne se vérifie pas dans tous les

¹¹³³. D. SIMON, *Ibid.* ; voir aussi L. Cartou, « *Observations sous C.J.C.E., « Francovich et Bonifaci »* », précitée, L.P.A. 1992, n° 28, p. 21.

¹¹³⁴. D. SIMON, *Ibid.*

cas de responsabilité pour faute. Souvent, c'est la violation de droits non pécuniaires qui constitue le préjudice. Souvent encore, ce sont des agissements purement matériels qui sont considérés comme étant une faute de service génératrice du préjudice. Cela autorise, par conséquent, à penser que les conditions de recevabilité du droit communautaire pour engager la responsabilité d'un Etat membre pour non-respect de l'obligation de transposition d'une directive, et donc pour faute, sont plus restrictives que celles qui peuvent être exigées par le juge administratif français en la matière¹¹³⁵.

En conséquence, il est possible de déduire de la jurisprudence « Francovich » que l'obligation de transposition ne vaut que pour les directives non transposées à effet indirect qui ne comportent pas des droits identifiables sur leur base au profit des particuliers, puisque celles à effet indirect contenant de tels droits et celles à effet direct sont invocables en l'état, c'est-à-dire sans transcription en droit national.

Voilà la subtilité à laquelle la jurisprudence communautaire conduit, une subtilité qui a pour effet d'enlever à l'obligation de transposition une grande partie de son utilité. Ce ne sera qu'une infime partie des directives dont l'application dépendra de cette obligation. En effet les directives de cette catégorie, à savoir les directives non transposées à effet indirect et ne comportant pas des droits au profit des particuliers, et uniquement elles, ne pourront avoir des effets en droit interne sans leur transposition.

Malgré les nombreux problèmes que pose la jurisprudence « Francovich et Bonifaci » par rapport à l'obligation de transposition des

¹¹³⁵. A ce stade, une remarque s'impose ; il nous semble que les trois conditions posées par la jurisprudence « Francovich et Bonifaci » pour engager la responsabilité d'un Etat membre pour faute au titre de la non-transposition d'une directive ne peuvent être mises sur le même plan ; les deux premières sont des conditions de recevabilité qui sont spécifiques aux directives et, par conséquent, diffèrent quelque peu de celles du droit administratif français ; la troisième est une condition d'engagement de la responsabilité qui est exactement la même que celle mise en œuvre par ce droit, à savoir l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

directives, cet arrêt a été confirmé¹¹³⁶ par le juge communautaire et semble mise en œuvre par le juge administratif français. Dans sa décision « Société Jacques Dangeville »¹¹³⁷, la Cour administrative d'appel de Paris a estimé que celle-ci a droit à réparation de la T.V.A. perçue par l'Etat en méconnaissance d'une directive non transposée dans les délais. Comme l'écrit D. Simon, sans « qu'il soit utile de trancher la question de l'invocabilité des directives, le juge administratif consacrait ainsi le principe selon lequel toute violation du droit communautaire affectant les droits des administrés (...), c'est-à-dire le non-respect, par l'Etat membre, de l'effet obligatoire du droit communautaire implique l'existence d'un droit à réparation »¹¹³⁸. Dans cette espèce, la Cour administrative d'appel a donc accepté d'engager la responsabilité de l'Etat pour non-transposition dans les délais d'une directive par le législateur. La Cour, suivant le juge communautaire, y a déclaré que l'Etat doit « effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire, soit directement, soit, à défaut, en assurant la réparation effective des préjudices qui en ont résulté ».

Il faut en outre observer que, comme l'arrêt « Francovich et Bonifaci », c'est la responsabilité pour faute qui a été retenue par la Cour administrative, alors qu'on était en droit d'attendre l'engagement de la responsabilité sur le terrain du risque¹¹³⁹, comme c'est le cas pour la responsabilité du fait des lois, puisque le préjudice a été provoqué par la défaillance du législateur. En clair, le juge administratif semble mettre en œuvre l'invocabilité de réparation exactement comme elle a été prônée par le juge communautaire.

¹¹³⁶. Ex : C.J.C.E., 5 mars 1996, « Brasserie du Pêcheur et Factortame », C- 45/93 et 48/93, Rec., p. I-1029 ; C.J.C.E., 8 octobre 1996, « Dillenkofer », aff. 178/94, 188/94, 189/94 et 190/94, R. J.F. 1/97, n° 96.

¹¹³⁷. C.A.A. de Paris ass., 1^{er} juillet 1992, « Société Jacques Dangeville », Dr. fisc. 1992, n° 1665, concl. Bernault ; A.J.D.A. 1992, p. 768, note X. Prétot ; Europe, décembre 1992, note D. Simon.

¹¹³⁸. D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique... », A.J.D.A. 1993, p. 239. Nous pensons que l'invocabilité évoquée dans cette citation vise l'invocabilité d'annulation.

¹¹³⁹. Cette responsabilité a d'ailleurs déjà été engagée sans faute pour violation de l'article 34 du traité de Rome (C.E., 23 mars 1984, « Alivar », R.T.D.E 1984, p. 396, note B.G.).

L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris a été réformé par le Conseil d'Etat¹¹⁴⁰, mais pour une raison de procédure. Ce dernier a estimé que c'est un contentieux de responsabilité et non fiscal qui devait être introduit par la requérante¹¹⁴¹. Si cette erreur de forme avait pu être évitée, la Haute juridiction aurait probablement confirmé le jugement de première instance¹¹⁴² en raison de la primauté du droit communautaire. Dans ce cas, l'obligation de transposition des directives serait fragilisée. Car certaines, au moins, de celles-ci seraient considérées comme applicables sans transposition.

Cependant, pour le juge administratif, l'obligation de transposition des directives conserve une plus grande utilité dans la mesure où il n'a pas suivi la position de la C.J.C.E. sur l'invocabilité d'annulation. Mais cette résistance peut ne pas durer longtemps. Le juge administratif, s'étant conformé à l'invocabilité de réparation de la C.J.C.E., rien ne l'empêchera d'adopter la jurisprudence de cette dernière sur l'effet direct des directives contenant des obligations claires, précises et inconditionnelles. Mais une décision claire du Conseil d'Etat sera plus concluante. En l'attendant, et on pourrait doré déjà presager qu'elle empruntera la voie de la jurisprudence de la Cour de justice avec l'inconvénient suivant : alors que l'obligation de transposition des directives sera contenue dans les textes, et notamment dans les articles 5 et 189 du traité de Rome, la pratique jurisprudentielle lui enlèvera sinon toute son utilité du moins une grande partie.

* *
*
*
*

¹¹⁴⁰. C.E. ass., 30 octobre 1996, « *Ministre du budget c. SA Jacques Dangeville* », A.J.D.A. 1996, p. 1044.

¹¹⁴¹. J. Dutheil de la Rochère, note sous C.J.C.E., 2 décembre 1997, « *Fantask* », aff. C-188/95, A.J.D.A. 1999, p. 67, col. 3.

¹¹⁴². D. Chauvaux et T.-X. Girardot, chr. à propos de C.E. ass., 30 octobre 1996, « *S A Jacques Dangeville* », A.J.D.A. 1996, p. 988, col. 2.

Les domaines étudiés précédemment ont été qualifiés de principaux car c'est là où l'obligation d'agir est plus prégnante parce que plus présente. Mais cela est tout à fait normal dans la mesure où ces domaines constituent en réalité le noyau dur de la mission des personnes publiques. En effet, nul ne peut nier que l'application des lois et des jugements, la préservation de l'ordre public et, enfin, l'application du droit communautaire représentent les missions administratives premières ou primaires. Cependant, ces différentes missions ne riment pas forcément avec obligation d'agir. Ainsi, contrairement à la position de la C.J.C.E., le Conseil d'Etat refuse dans certains cas que les directives communautaires, surtout celles qui n'ont pas fait l'objet d'une transposition en droit interne, puissent générer des obligations d'agir à l'encontre des personnes publiques.

Toutes les hypothèses examinées au cours de ce chapitre, ont montré que c'est la loi qui est la principale source de l'obligation d'agir. Cela ne veut pas dire que le juge administratif n'a aucun rôle à jouer sur les obligations d'agir législatives, au contraire. En effet, on a pu constater tout au long des hypothèses étudiées combien le pouvoir du juge peut être important vis à vis des obligations d'agir pourtant d'origine législative. C'est ainsi que l'étude a relevé qu'en matière d'obligation d'adopter des textes d'application des lois ou dans celle d'exécuter les jugements, le juge, en présence même d'un délai fixé par la loi, impose aux personnes publiques un délai raisonnable pour agir. De même il a dénié, les jurisprudences étudiées l'ont montré, à l'obligation d'assurer l'ordre public son caractère *a priori* général, etc. Cette mainmise du juge sur l'obligation d'agir législative ou textuelle fait de celle-ci de plus en plus une question d'espèce.

Ainsi l'obligation de la personne publique de prendre un règlement de police dépend de son appréciation des faits. Or cette appréciation peut être différente de celle du juge qui, dans pareil cas, condamnera la personne publique pour ne pas avoir respecté son obligation -d'agir -. En clair, souvent, les limites

entre l'action et l'inaction en matière de police ne pourront pas être connues d'avance¹¹⁴³. C'est sans doute la raison pour laquelle G. Guiavarc'h a pu considérer qu'en matière de préservation de l'ordre public, le juge dispose de pouvoirs tellement importants au point de rendre inutile l'existence de textes sur le sujet¹¹⁴⁴.

Même les domaines partiels, qui vont être à présent examinés, laisseront entrevoir que le juge dispose des pouvoirs plus ou moins importants en matière d'obligation d'agir des personnes publiques.

¹¹⁴³. Concl. Antoine Bernard sur l'arrêt « *Doublet* », R.D.P. 1959, p. 1239.

¹¹⁴⁴. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 89.

CHAPITRE 2 :

LES DOMAINES PARTIELS DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES

Il faudrait *a priori* rappeler que c'est un critère quantitatif qui est à la base de la distinction entre domaines principaux et partiels de l'obligation d'agir. Contrairement aux domaines précédents qualifiés de domaines principaux de l'obligation d'agir parce que celle-ci y est plus fréquente, les domaines qui seront étudiés dans le présent chapitre ne sont qu'assez rarement concernés par l'obligation d'agir.

En effet, dans certains domaines, l'obligation d'agir cotoie certes la faculté d'agir, mais apparaît par rapport à cette dernière assez exceptionnelle. Il en va ainsi en matière de services publics. Les textes ne fournissent qu'une liste limitative de services publics s'imposant aux personnes publiques, leur laissant ainsi un large pouvoir de création de services publics facultatifs. Dans d'autres domaines, l'obligation d'agir apparaît assez rare car sa présence dépend de multiples conditions. C'est le cas en ce qui concerne les actes administratifs unilatéraux pour lesquels cette étude fera apparaître que l'obligation de leur retrait ou de leur abrogation n'existe que s'ils sont entachés d'illégalité. C'est le cas également des actes contractuels dont l'étude montrera que l'obligation d'agir n'existe qu'à l'occasion de l'exercice de certaines prérogatives de puissance publique.

Il convient par conséquent de consacrer les premiers développements aux services publics (section 1) et les seconds aux actes administratifs unilatéraux et contractuels (section 2).

Section 1- Les services publics

Au niveau théorique, la création, l'organisation et le fonctionnement du service public sont très liés car l'autorité qui crée un service est en même temps celle qui décide des modalités de son organisation et de son fonctionnement. Néanmoins, ces derniers doivent être distingués de la création. Car d'une part, sur le plan pratique, le respect de la règle de la séparation des organes délibérants et exécutifs a pour conséquence la mise en œuvre des règles d'organisation et de fonctionnement par une autorité différente de celle qui a créé le service public. D'autre part et surtout, parce qu'un service public créé doit être organisé et fonctionner même dans les cas où sa création ne s'imposait pas à la personne publique.

Du reste, l'organisation et le fonctionnement des services publics ne peuvent être séparés de l'entretien des ouvrages publics. Car, dans la grande majorité des cas, les services publics s'effectuent par le moyen d'ouvrages publics. Ainsi, le service public de l'enseignement nécessite des locaux. Il convient de remarquer qu'alors que se pose le problème de savoir si la création des services publics est obligatoire ou facultative (§1), le caractère obligatoire de leur organisation ou de leur fonctionnement, ainsi que de celui de l'entretien des ouvrages publics (§2) peut être affirmé.

§1- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création des services publics

La question de savoir si la création des services publics est obligatoire ou non pour les personnes publiques conduit à des solutions légèrement différentes selon qu'il s'agit d'une création d'un service public administratif (SPA) ou d'un service public industriel et commercial (SPIC)¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁵. Comme le montrent J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT (« *Droit des services publics* », 3^{ème} éd. 2004, Armand Colin, p. 64 & s.), en dehors d'une qualification textuelle d'un service public de SPA ou de SPIC, le juge se réfère à un faisceau d'indices qui sont l'objet du service,

A- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création des services publics administratifs

Le caractère de la création des SPA est le même s'agissant des SPA nationaux, ou des SPA locaux. Néanmoins, il convient de les traiter séparément parce qu'aussi bien les autorités chargées de la création que, les juridictions appelées à se prononcer sur le caractère de cette création ne sont pas toujours les mêmes.

1- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création des SPA nationaux

A priori, tous les services publics exigés par la Constitution sont des services publics nationaux¹¹⁴⁶ et à caractère administratif¹¹⁴⁷. Ce sont des services publics nationaux parce qu'ils ont une envergure nationale tels la justice, la police, l'enseignement, la santé, etc. Ils sont administratifs non pas tant par leurs objets car des services privés peuvent parfois avoir les mêmes objets -c'est le cas par exemple de l'enseignement ou de la santé- mais par leurs modes de financement et leurs modalités de gestion.

En effet, ce sont des services qui sont généralement financés par l'impôt et qui font appel pour leur fonctionnement aux règles de la comptabilité publique, l'un et l'autre en principe inconnus des services privés.

son mode de financement et ses modalités de gestion pour opérer la qualification. Si un service public ne se rapproche pas des entreprises privées par son objet (C.E., 2 octobre 1985, « *Jeissou* », Rec., p. 544 ; A.J.D.A. 1986, p. 40, concl. Jeanneney), c'est-à-dire que ce qu'il fait ne relève pas normalement du secteur privé, ou par son mode de financement (T.C., 24 novembre 1994, « *Préfet de Mayotte* », Rec., p. 607), c'est-à-dire que ses ressources ne proviennent pas essentiellement de ses usagers, ou enfin par ses modalités de gestion (T.C., 19 décembre 1988, *Ponce* », Rec., p. 497 ; A.J.D.A. 1989, p. 274, obs. Prétot ; D. 1989, p. 330, note Pujade) c'est-à-dire que ces modalités ne sont pas celles mises en place dans le secteur privé, alors un tel service est un SPA. S'agissant des considérations sur les SPIC, voir les arrêts de principe, à savoir T.C., 22 janvier 1921, « *Société commerciale de l'ouest africain* » ou « *Bac d'Eloka* », Rec., p. 91 ; D. 1921. 3. 1, concl. Matter ; S. 1924. 3. 24, concl. Matter ; G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 229 et C.E., 16 novembre 1956, « *Union syndicale des industries aéronautique* », S. 1957, p. 38 et D. 1956, p. 759, concl. Laurent.

¹¹⁴⁶. S. BRACONNIER, « *Droit des services publics* », P.U.F., Paris, 2003, p. 10.

¹¹⁴⁷. S. BRACONNIER, *Ibid.*, p. 9.

La création des SPA nationaux relèverait, à en croire Jèze¹¹⁴⁸, de la faculté d'agir de l'Etat. En conséquence, le juge administratif n'aurait pas le pouvoir d'apprécier l'opportunité de leur création¹¹⁴⁹. Mais cette opinion, peut-être, était-elle fondée jadis, doit aujourd'hui être nuancée.

En effet, en déclarant que « si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire, selon les cas »¹¹⁵⁰, le Conseil constitutionnel a laissé clairement apparaître qu'il y a des services publics nationaux dont la création est obligatoire pour l'Etat, et d'autres dont la création lui est facultative.

En outre, comme l'indique cette décision et comme le soutiennent J.- F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, les services publics nationaux dont la création est obligatoire pour l'Etat sont ceux à caractère constitutionnel, c'est-à-dire qui figurent dans la Constitution. Il s'agit par exemple de la justice¹¹⁵¹, de l'enseignement¹¹⁵², de la défense nationale¹¹⁵³ et de la police¹¹⁵⁴. La santé¹¹⁵⁵ peut également être citée, ainsi que l'aide à la recherche d'emploi¹¹⁵⁶ dans la

¹¹⁴⁸. JEZE, « *Appréciation, par les gouvernements et leurs agents, de l'opportunité d'agir* », R.D.P. 1943, p. 3.

¹¹⁴⁹. JEZE, *Ibid.*, p. 13.

¹¹⁵⁰. C.C., 25-26 juin 1986, « *Privatisations* », G.D.C.C., 12^{ème} éd. 2003, n° 39, p. 667 ; A.J.D.A. 1986, p. 575.

¹¹⁵¹. J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », *op. cit.*, p. 116 ; voir titres VII, VIII et IX de la Constitution de 1958.

¹¹⁵². Le préambule de la Constitution de 1946 qui fait partie de la Constitution actuelle est très clair là-dessus puisqu'il dispose que « la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïc à tous les degrés est un *devoir* (c'est nous qui soulignons) de l'Etat ». Ce dernier a donc le « *devoir d'enseigner* », un devoir qui se traduit par l'existence obligatoire « d'un service public d'enseignement » (M. Azibert et M. de Boisdeffre, chronique de jurisprudence, C.E. sect., 23 octobre 1987, « *M.* », A.J.D.A. 1986, p. 709, col. 2.

¹¹⁵³. art. 34, 20 et 21 de la Constitution.

¹¹⁵⁴. A cet égard, l'article 12 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que la garantie de ces droits « nécessite une force publique ; cette force est instituée pour l'avantage de tous ».

¹¹⁵⁵. Le préambule de la Constitution de 1946 déclare en effet que la Nation « garantit à tous (...) la protection de la santé ».

¹¹⁵⁶. Le préambule de 1946 évoque le droit de chacun « d'obtenir un emploi ».

mesure où la décision du Conseil constitutionnel précitée en déclarant que la « nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle » paraît viser tous les services publics évoqués dans le bloc de constitutionnalité¹¹⁵⁷.

Il existe d'autres services publics nationaux, mais dont l'existence ne s'impose pas à l'Etat car ce sont des services qui ne sont pas prévus par la Constitution¹¹⁵⁸. La principale différence entre « les services publics constitutionnels », c'est-à-dire obligatoires et les services publics nationaux législatifs ou réglementaires, c'est-à-dire facultatifs est que « les premiers ne peuvent être transférés au secteur privé, tandis que les autres le peuvent »¹¹⁵⁹. Le mouvement inverse, à savoir le transfert du secteur privé au secteur public, autrement dit la nationalisation, est prévu par le préambule de 1946 dans sa disposition : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Mais, comme le note A.-S. Mescheriakoff, « cette disposition porte plus sur les modalités d'organisation d'un service que sur son existence »¹¹⁶⁰. Cette disposition et la jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel garantissent aux seuls services publics nationaux obligatoires une stabilité juridique car ils sont protégés contre toute suppression pure et simple ou

¹¹⁵⁷. Voir S. BRACONNIER, « *Droit des services publics* », op. cit., p. 11.

¹¹⁵⁸. Les exemples concernent des services publics à caractère industriel et commercial tels que le service public de l'audiovisuel (art. 5 de la loi du 29 juillet 1982) ou celui des transports (art. 5 de la loi du 30 décembre 1982) ou encore de la Poste. Ces services publics nationaux facultatifs sont des services industriels et commerciaux par leur mode de fonctionnement qui est proche de celui des entreprises privées, et non des services administratifs. Une preuve de plus qui atteste que s'agissant des services publics nationaux ce sont uniquement « les services publics constitutionnels » dont l'existence est obligatoire pour l'Etat, c'est que le Conseil constitutionnel, pour admettre la privatisation de TF1, déclare que la télévision par voie hertzienne « ne constitue pas une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle » (C.C., 86-217 DC, §30, A.J.D.A. 1987, p. 102). Cela signifie qu'en principe tous les services publics nationaux qui sortent d'une légitimation constitutionnelle peuvent être supprimés, la privatisation étant une sorte de suppression.

¹¹⁵⁹. L. FAVOREU et L. PHILIPS, G. D.C.C., 12^{ème} éd. 2003, p. 682, n° 29.

¹¹⁶⁰. A.-S. MESCHERIAKOFF, « *Droit des services publics* », P.U.F., 1991, p. 107.

contre toute privatisation. Au contraire, les services publics nationaux facultatifs sont sujets à une instabilité juridique car ils peuvent être privatisés.

Bien que la création des services publics constitutionnels soit obligatoire pour l'Etat, le refus de les créer n'est pas contrôlé par le juge administratif. Car celui-ci considère cet aspect comme étant un acte de gouvernement¹¹⁶¹, c'est-à-dire un acte qui intéresse soit les relations entre le gouvernement et le parlement eu égard à l'activité législative comme c'est le cas en l'occurrence, soit les relations internationales. Un tel acte ne peut être discuté devant le juge administratif¹¹⁶². En conséquence et de façon logique, si cette création relève du pouvoir réglementaire, le Conseil d'Etat s'estimera compétent pour contrôler un tel refus¹¹⁶³.

Cette dichotomie entre la création obligatoire et facultative des services publics administratifs nationaux se rencontre *a fortiori* en matière de création de services publics administratifs locaux.

2- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création de SPA locaux

La création d'un SPA local n'est obligatoire pour les autorités concernées que si un texte ou une jurisprudence l'exige. Ainsi, à l'heure actuelle et d'après la loi, font partie des services publics obligatoires pour les communes la lutte contre l'incendie sous réserve que ce service soit aussi organisé à l'échelon départemental ou intracommunal¹¹⁶⁴, l'épuration des eaux usées et l'entretien de la voirie¹¹⁶⁵, le service des archives¹¹⁶⁶, le service des pompes funèbres¹¹⁶⁷, la gestion et l'entretien des cimetières¹¹⁶⁸, l'élimination des déchets ménagers¹¹⁶⁹...

¹¹⁶¹. C.E., 20 novembre 1968, « Tallagrand », Rec., p. 607, R.D.P. 1969, p. 686, note Waline ; D. 1969, p. 386, note Silvéra ; C.E., 22 mai 1980, « B... », R.D.P. 1981, p. 777.

¹¹⁶². Ex : C.E., 28 mai 1980, « B... », précité.

¹¹⁶³. J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », op. cit., pp. 117 et 118.

¹¹⁶⁴. Art. L. 2321-2, 7° et art. L. 1424 - 1 & s. du C.G.C.T.

¹¹⁶⁵. Art. L. 2321-2, 20° du C.G.C.T.

¹¹⁶⁶. Art. L.1421-7 & s. du C.G.C.T.

¹¹⁶⁷. Art. L. 2223-19 du C.G.C.T.

¹¹⁶⁸. Art. L. 2321-2, 14° du C.G.C.T.

¹¹⁶⁹. Art. L.2224-13 du C.G.C.T.

Les départements et les régions se voient aussi imposer, par les lois de décentralisation¹¹⁷⁰, certains services publics. Il s'agit par exemple pour le département de la voirie départementale¹¹⁷¹, du programme d'aide à l'équipement rural¹¹⁷², des prestations d'aide sociale¹¹⁷³, des archives départementales¹¹⁷⁴, des bibliothèques¹¹⁷⁵, de la lutte contre l'incendie¹¹⁷⁶, des constructions de collèges... Et pour la région, il s'agirait, selon l'étude de J.-F Lachaume¹¹⁷⁷, des services de prise en charge de la formation professionnelle et d'apprentissage¹¹⁷⁸ et de la construction des lycées et des établissements d'éducation spécialisée¹¹⁷⁹.

Il est nécessaire de procéder à quelques remarques sur cette liste non exhaustive. D'une part, la superposition des trois niveaux territoriaux n'est pas sans risque de chevauchement d'attributions. Ainsi, la lutte contre l'incendie apparaît être une obligation d'agir aussi bien pour la commune que pour le département. D'autre part, ce n'est pas tant l'énumération qui importe que la méthode suivie pour « débusquer » les SPA dont la création est obligatoire pour les collectivités locales. En effet, il suffit d'appliquer à chaque création de SPA, les modes de définition examinés dans la première partie de cette étude pour savoir si elle constitue ou non une obligation d'agir. A cet égard la création de tous les services publics précédemment énumérés est obligatoire précisément parce qu'il y a des textes qui l'imposent de manière unilatérale aux collectivités locales. C'est ainsi que la création d'un service d'épuration des eaux usées et

¹¹⁷⁰. Loi du 2 mars 1982 et celle des 7 janvier et 22 juillet 1983.

¹¹⁷¹. Art. L.3213-3 du C.G.C.T.

¹¹⁷². Art. L. 3232-1 du C.G.C.T.

¹¹⁷³. Art. L. 3214-1 du C.G.C.T.

¹¹⁷⁴. Art. L. 1421-3 du C.G.C.T.

¹¹⁷⁵. Art. L. 1422-6 & s. du C.G.C.T.

¹¹⁷⁶. Art. L. 1424-1 & s. du C.G.C.T.

¹¹⁷⁷. J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », op. cit., p. 138.

¹¹⁷⁸. Art. 85 de la loi du 7 janvier 1983.

¹¹⁷⁹. Art. 14 de la loi du 22 juillet 1983.

d'entretien de la voirie est obligatoire pour les communes dans la mesure où elle est imposée par la loi. En revanche, l'ouverture de crèches leur est facultative car aucun texte ne l'impose.

De plus, il convient de ne pas perdre de vue que, si la définition de l'obligation d'agir reste la même, les manifestations de celle-ci peuvent changer selon les époques. Il est probable, voire même certain, que la liste des SPA locaux s'imposant aux collectivités locales sera amenée, dans l'avenir, à évoluer en fonction de la politique qui sera suivie par les gouvernements. Cette hypothèse trouve déjà une concrétisation dans la récente loi du 13 août 2004¹¹⁸⁰ qui, à titre expérimental, a transféré certaines compétences de l'Etat aux collectivités territoriales. Ce transfert pourra aboutir à un allongement de la liste des SPA locaux obligatoires. Dores et déjà, cette loi a à titre d'exemple mis à la charge des départements et des régions respectivement les collèges et les lycées à sections internationales¹¹⁸¹

Il faut en outre écarter un amalgame qui serait de confondre en droit des collectivités locales « dépenses obligatoires » et obligation de création de services publics locaux. G. Guivarc'h semble commettre cette erreur. Selon lui en effet, derrière le terme « dépenses obligatoires » se cache une obligation d'agir qui est celle de créer un service public correspondant à ces dépenses ou, du moins, de le faire fonctionner s'il existe déjà en lui affectant ces dépenses¹¹⁸². Or la correspondance n'est pas parfaite entre SPA locaux obligatoires et dépenses obligatoires.

La preuve en est d'une part que ces dépenses peuvent être affectées à la création des SPA nationaux qui sont à la charge des collectivités territoriales ou décentralisées. Il en est ainsi du service de l'état civil pour les communes. D'autre part, les dépenses du personnel étant aussi des dépenses obligatoires,

¹¹⁸⁰. Loi, n° 2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales.

¹¹⁸¹. art. 84 de la loi du 13 août 2004.

¹¹⁸². Voir G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 460.

cela signifie que ces dernières ne servent pas uniquement à la création des services publics obligatoires. Certes, ces derniers emploient du personnel, mais parmi eux, il y a le personnel affecté aux services publics facultatifs des collectivités locales. Or dans les deux cas ce sont les mêmes dépenses obligatoires qui sont destinées à leur traitement.

En dehors d'une exigence textuelle ou jurisprudentielle, la création des services publics locaux demeure libre. C'est le cas en ce qui concerne les communes de la création de cantines scolaires, de crèches, de foyers-logement, de l'éclairage public, d'équipements sportifs, d'écoles maternelles, de service d'alimentation en eau, de transports en commun etc., c'est-à-dire en principe, des services publics dont la création « ne heurte ni la compétence d'une autre personne publique, ni la liberté du commerce et de l'industrie »¹¹⁸³. Cette dernière condition constitue l'obstacle majeur à la création de services publics industriels et commerciaux qu'ils soient nationaux ou locaux.

B- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création et de la suppression des SPIC

La création par les collectivités publiques, et notamment par les communes, des services tels qu'une boucherie, un cabinet médical, théâtre, cinéma, restaurant etc., est limitée par la jurisprudence, et doit l'être pour des raisons bien relatées par J.-F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat. En effet, les SPIC « risquent de ruiner les activités privées analogues et ainsi de porter une atteinte grave à la liberté du commerce et de l'industrie sous ses différentes formes, dans un pays qui reste fondamentalement libéral »¹¹⁸⁴. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence considère en principe que la création des SPIC par ces collectivités n'est pas possible que dans les secteurs où l'initiative privée est

¹¹⁸³. J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », op. cit., p. 133.

¹¹⁸⁴. J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », op. cit., p.126 ; voir aussi p. 128.

défaillante¹¹⁸⁵ ou, pour employer une expression jurisprudentielle, en cas de « circonstances particulières ou exceptionnelles ».

Dès lors, le problème qui doit être résolu est celui de savoir d'une part si en cas de défaillance du secteur privé, la création de SPIC dans la matière concernée est obligatoire ou non pour les personnes publiques et, d'autre part, si la suppression du SPIC s'impose ou non lorsque la défaillance a cessé. Il convient de montrer que le principe est la faculté d'agir dans le premier cas et l'obligation d'agir dans le second.

1- La création facultative des SPIC en présence de circonstances particulières

Les personnes publiques érigent presque chaque fois des services publics dès qu'elles constatent une défaillance ou carence quelconque du secteur privé. Le juge administratif a, d'ailleurs, largement atténué la rigueur des circonstances exceptionnelles et ce, parce qu'il tient compte non seulement de la défaillance

¹¹⁸⁵. Ce n'est là qu'un principe qui supporte, par conséquent, des exceptions. S'agissant des communes par exemple, sans que l'initiative privée soit défaillante, J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT (« *Droit des services publics* », op. cit., p.126& 127.) montrent que la création de SPIC leur est permise dans deux groupes d'hypothèses :

-La création d'un SPIC est permise parce que le besoin que ce service va couvrir est facilement rattachable aux « compétences légales de la commune ». Il en va ainsi des services intervenant en matière de santé, de logement, de piscines, etc.

-La création de SPIC est aussi autorisée, alors même qu'elle est susceptible de porter atteinte à la liberté de commerce et de l'industrie, dans trois cas : si le service créé est un complément à un service déjà existant comme une station-service annexée à un parking municipal, ou « s'il permet à la commune de satisfaire les besoins de ses propres services », ou enfin s'il est nécessaire à l'exploitation d'une dépendance du domaine public dans le cadre d'un monopole comme les transports en commun (Pour ce dernier cas, voir A.-G. KOUEVI, « *Le droit des interventions économiques des collectivités locales* », L.G.D.J., Paris, 2003, p. 206).

Néanmoins, ces auteurs ne tardent pas à rappeler, avec raison, le flou qui entoure le premier groupe de ces hypothèses. En effet, la création d'un service dentaire sera tolérée dans certaines espèces et interdites dans d'autres. De même, un cinéma pourra être créé par certaines communes et interdit à d'autres. C'est la raison pour laquelle il est loisible de penser que la possibilité de créer un SPIC communal ou autre dépend surtout du caractère (grave ou non) de l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie. Et l'appréciation du caractère de cette atteinte appartient souverainement au juge.

quantitative, mais aussi qualitative de l'initiative privée¹¹⁸⁶. La création de SPIC dans cette hypothèse devrait être, pour Duguit, une obligation d'agir.

Selon lui en effet, « la justification la plus sérieuse de l'Etat et des collectivités publiques » est de créer et gérer des services publics « pour répondre à des besoins d'intérêt général »¹¹⁸⁷. G. Guiavarc'h est encore plus explicite ; il pense que la création d'un service public est obligatoire si

¹¹⁸⁶. Une jurisprudence constante du Conseil d'Etat interdisait tout simplement aux collectivités locales de créer des services publics à caractère industriel et commercial en dehors de « circonstances exceptionnelles » (C.E., 29 mars 1901, « *Casanova* », Rec., p. 333) ou « extraordinaires » (C.E., 27 mars 1930, « *Connat* », Rec., p. 349). Le juge se basait, et se base encore, sur la loi des 2 et 17 mars 1791, dite loi d'Allarde, instituant la liberté d'entreprendre. Celle-ci a été constitutionnalisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations (C.C., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, « *Nationalisations* », Rec., p. 18 ; G.D.C.C., 12^{ème} éd. 2003, p. 457).

Néanmoins, la jurisprudence « *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* » (C.E, 30 mai 1930, Rec., p. 583 ; R.D.P. 1930, p. 530, concl. Josse ; S. 1931, III, p. 73, concl. Josse, note Alibert ; G.A.J.A. 14^{ème} éd. 2003, p. 276) a assoupli cette interdiction en subordonnant les créations de SPIC par les collectivités territoriales à des « circonstances particulières ». Mais il arrive souvent au juge administratif de revenir sur la notion de « circonstances exceptionnelles » (C.E., 22 octobre 1937, « *Agence nationale d'affichage* », Rec., p. 811 ; C.E., 4 juillet 1984, « *Département de la Meuse c. Poilera* », R.F.D.A. 1985, p. 58), sans toutes fois remettre en cause l'évolution générale d'assouplissement de sa jurisprudence. Elle exige, en plus, conformément à la loi du 5 avril 1884 portant organisation municipale, l'existence d'un intérêt public local.

Selon J.-F. LACHAUME, l'intérêt public local exigé pour la création de SPIC locaux par cette jurisprudence renferme deux conditions: « l'existence d'un besoin de la population, qu'il s'agisse de celle qui demeure en permanence dans la commune ou de celle qui s'y trouve momentanément (par exemple touriste, campeur etc.) dès lors que ce besoin possède un lien avec l'intérêt général ; l'absence de prise en charge convenable du besoin par l'initiative privée, que celle-ci soit absente ou défaillante ou insuffisante » (J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », op. cit., p. 129). Cela montre que la défaillance n'est pas seulement quantitative, mais aussi qualitative (Voir par exemple C.E., 21 janvier 1964, « *Ville de Nanterre* », Rec., p. 563 ; 25 juillet 1986, « *Commune de Mercoeur c. Morand* », D.A. 1986, n° 489). Ces deux conditions sont en principe cumulatives, c'est-à-dire doivent être toutes deux présentes pour que la création du SPIC soit possible.

L'indétermination qui entoure ces notions de « circonstances exceptionnelles, particulières... » ou d'intérêt public local accorde au juge un large pouvoir d'appréciation. Celui-ci a par exemple, considéré que l'intervention d'une municipalité dans « un conflit collectif du travail » ne répond pas à un intérêt public local (C.E., 20 novembre 1988, « *Communes d'Aigues-Mortes* », Rec., p. 330), mais que la création d'un service de consultation juridique en fait partie (C.E., 23 décembre 1970, « *Commune de Montmagny* », Rec., p. 788). De même, il a décidé que la vie chère n'est pas une circonstance particulière (C.E., 30 mai 1930, « *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* » précité), alors que la hausse excessive des prix en est une (23 juin 1933, « *Lavabre* », Rec., p. 677). Quoiqu'il en soit, dans tous ces cas, le juge administratif apprécie les « circonstances particulières » ou l'intérêt public local par rapport à la défaillance du secteur privé.

¹¹⁸⁷. DUGUIT cité par J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », op. cit., p. 497.

l'« intérêt public » l'exige¹¹⁸⁸. Or si les personnes publiques interviennent pour prendre en charge un secteur privé défaillant à travers un SPIC, c'est précisément parce qu'elles estiment qu'il existe un intérêt général à satisfaire. Une décision au moins semble confirmer le point de vue de ces auteurs. Dans l'arrêt « S.A Clinique des Hauts-de-Seine »¹¹⁸⁹, le juge a décidé que le ministre compétent a l'obligation de refuser l'autorisation de création, d'extension et d'installation de matériels lourds « lorsque les besoins de la population sont couverts dans le cadre de la région sanitaire ». *A contrario*, si ces besoins n'étaient pas couverts, le ministre aurait peut-être l'obligation d'accepter l'installation de ces matériels. Néanmoins, cette jurisprudence paraît isolée.

L'obligation de création de SPIC ne peut être qu'une obligation morale d'agir car la jurisprudence n'exige, de manière claire, des personnes publiques des mesures pour pallier la défaillance des personnes privées. En effet, dans l'arrêt « Casanova » précité, le Conseil d'Etat déclare : « que si les conseils municipaux *peuvent*, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés ... ». Ce considérant renferme une faculté et en aucun cas une obligation d'agir. De même, la jurisprudence « Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers », elle aussi précitée, utilisant le verbe pouvoir, J.-F. Lachaume laisse clairement entendre que la création de SPIC dans des circonstances particulières, encore une fois, c'est-à-dire en cas de défaillance de l'initiative privée, est une faculté d'agir pour les communes¹¹⁹⁰.

La jurisprudence et la loi sont critiquables car, souvent, la défaillance ou la carence de l'initiative privée porte sur des services très utiles pour les habitants comme une usine -favorable à l'emploi local- un commerce -utile pour la vie quotidienne- un cinéma -important pour le divertissement et la culture

¹¹⁸⁸. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 337.

¹¹⁸⁹. 18 novembre 1988, « *S.A. Clinique des Hauts-de-Seine* », tab. décennales 1985-94, t1, p. 547.

¹¹⁹⁰. J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », op. cit., pp. 128 et 129 ; pour les départements, voir Ibid., p. 137 et pour les régions, voir Ibid., p. 138.

- etc., et par conséquent, très porteurs pour l'intérêt général ou public. Le cœur de la mission administrative n'est-il pas la recherche de l'intérêt des citoyens ? Comme l'écrit un auteur, « l'intérêt général (...) reste le fondement de l'action des municipalités dans le domaine économique »¹¹⁹¹.

Par conséquent, l'instauration d'une obligation de créer des SPIC en cas de défaillance quantitative ou qualitative de l'initiative privée serait dans certaines conditions souhaitable. Cette perspective est timidement encouragée par la loi précitée du 13 août 2004. En effet, son article 74 considère que dans l'hypothèse d'une défaillance du propriétaire d'un logement insalubre ou dangereux d'assurer le relogement des occupants, celui-ci doit être « assuré par la commune ». Dans l'état actuel du droit, cette obligation d'agir est certes exceptionnelle, mais elle pourrait ouvrir la voie à une amélioration de la jurisprudence.

Aujourd'hui, la création de SPIC demeure soit facultative si la condition de circonstance particulière est remplie, soit interdite en dehors de cette condition. C'est pourquoi il semble plutôt exister une obligation de suppression des SPIC si la condition de circonstance particulière qui a justifiée leur création a disparu.

2- L'obligation de suppression des SPIC en cas de disparition des circonstances particulières

Le juge condamne en principe les personnes publiques à supprimer un SPIC créé pour cause de circonstances exceptionnelles ou particulières une fois que celles-ci n'existent plus, c'est-à-dire une fois que le service est repris en charge d'une façon satisfaisante par le secteur privé. Par conséquent, en ce qui concerne les SPIC, il existe une obligation d'agir qui est paradoxalement destinée à les faire disparaître.

¹¹⁹¹. P.-L. J., D. 1936, III, p. 34, col. 2.

Si les circonstances qui ont présidé à leur création ont disparu, les personnes publiques doivent supprimer les SPIC en cause. C'est le principe constitutionnel de liberté d'entreprendre qui explique cette obligation d'agir. Le juge estime, non sans raison, que les SPIC peuvent être un facteur de découragement des initiatives privées, et donc une entorse à la liberté d'entreprendre. C'est la raison pour laquelle il se montre très restrictif. Certains auteurs voient dans cette disparition une logique : « Services publics liés à des circonstances exceptionnelles et mourant avec elles » comme l'écrivent J.-F. Lachaume, C. Boiteau, et H. Pauliat¹¹⁹². Cette jurisprudence est applicable même à l'Etat¹¹⁹³. Par conséquent, les personnes publiques ont l'obligation de supprimer un SPIC pour cause de disparition de circonstances exceptionnelles ou particulières¹¹⁹⁴.

Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé, dans la décision « Burgeat »¹¹⁹⁵, illégal le maintien d'un service municipal de ravitaillement dans des circonstances redevenues normales. Cela signifie que ce service doit être supprimé. De même,

¹¹⁹². J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », op. cit., p. 496. Néanmoins, la pensée selon laquelle, les personnes publiques restent libres de supprimer les services publics qu'elles ont créés que le « besoin d'intérêt général » ait disparu ou pas doit être précisée. Certes l'arrêt « *Epoux Bertin* » du 20 avril 1956 (Rec., p. 167) s'agissant de la disparition du service public du rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant en France à la fin de la seconde guerre peut s'expliquer par le fait que le besoin qu'il prenait en charge n'existait plus. Mais au contraire l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 supprima le service public des cultes alors que le besoin spirituel pris en charge par ce service existait toujours (J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU et H. PAULIAT, « *Droit des services publics* », op. cit., p. 497).

Il faut noter que s'il est vrai que ce que le législateur et, dans une moindre mesure, le juge ont fait, ils peuvent le défaire, en revanche, ils ne peuvent pas supprimer des services publics constitutionnels telle que la justice. Les collectivités territoriales ne peuvent non plus supprimer des services publics dont la création a été rendue obligatoire par le parlement. Par conséquent, cette remarque autorise à dire que la suppression libre de services publics ne vaut que pour les services publics dont la création est, elle aussi, libre pour les personnes publiques. Cependant, cette règle ne s'applique pas aux SPIC dans la mesure où leur suppression pour cause de disparition des circonstances particulières est obligatoire alors même que leur création en présence de pareilles circonstances semble facultative.

¹¹⁹³. C.E., 29 février 1952, « *Chambre syndicale de l'industrie et du commerce des armes, munitions et articles de chasse* », Rec., p. 487.

¹¹⁹⁴. Sauf dans les rares cas où le juge estime que le maintien du service est nécessaire pour amortir ses frais d'établissement (jurisprudence « *lavabre* » précitée) ou que son maintien représente encore un intérêt public local (C.E., 24 novembre 1933, « *Zénard* », Rec., p. 1100) ou national.

¹¹⁹⁵. C.E., 23 juillet 1928, « *Burgeat* », D.H. 1928, p. 515.

il a décidé, dans l'espèce « Connat »¹¹⁹⁶, qu'une boucherie municipale dont la création en 1918 était justifiée par la situation particulière liée à la guerre ne pouvait plus être maintenue à partir de 1920. Les délibérations prononçant son maintien ont par conséquent été annulées. La boucherie devait donc cesser son activité.

A fortiori, si un SPIC est créé en dehors de toute « circonstance particulière » comme c'est le cas d'un service de représentations cinématographique institué par la ville de Draguignan, son maintien sera jugé illégal¹¹⁹⁷. Néanmoins, la jurisprudence ultérieure a limité l'obligation d'agir en matière de suppression des SPIC dont les conditions ayant légitimé leur création ont disparu.

Dans l'espèce « Lavabre »¹¹⁹⁸, les bouchers de Millau se sont opposés à une décision du maire leur imposant la délivrance de tickets de caisse, comportant notamment le poids et le prix, à leurs clients. Pour ce faire, ils ont profité de l'approche de Pâques pour fermer leurs boucheries. Dans ce contexte, la municipalité a créé sa propre boucherie dans l'intérêt des habitants. Les bouchers ont riposté en reprenant leur activité et en demandant deux ans après sa création la fermeture de la boucherie municipale, autrement dit, sa suppression.

Le Conseil d'Etat, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Rivet, a jugé les refus municipal et préfectoral de suppression de la boucherie communale légaux, mais pour une raison très précise. Il a en effet estimé que l'amortissement par la commune d'un investissement coûteux constitue un « intérêt public ». Selon lui, c'est « pour un motif d'intérêt public que, par sa délibération du 24 mai 1929, la ville s'est refusée à opérer la suppression » de la régie municipale. Ce jugement est motivé par un souci d'équité, à savoir protéger les finances de la commune dans son action engagée

¹¹⁹⁶. C.E., 27 mars 1930, « Connat », D.H. 1930, p. 320.

¹¹⁹⁷. C.E., 27 février 1931, « Giaccardie », Rec., p. 225 ; S. 1931, II, p. 73, note Alibert.

¹¹⁹⁸. C.E., 23 juin 1933, « Lavabre », Rec., p. 677 ; R.D.P. 1934, p. 280, concl. Rivet.

légalement. En dehors de cette circonstance, l'obligation de suppression des services empiétant sur l'initiative privée serait reconnue.

Néanmoins, dans l'affaire « Zénard »¹¹⁹⁹ dont les faits sont, assez proches de l'affaire précédente, le Conseil d'Etat n'a pas jugé illégal le maintien d'une boucherie municipale, pourtant sa création -légale- a été, selon le commissaire du gouvernement Detton « largement amortie »¹²⁰⁰. Au début de la guerre, les bouchers de Reims ont fermé leurs boutiques. La municipalité a donc décidé de créer une boucherie qu'elle a maintenue largement au-delà des hostilités. Monsieur Zénard, alors président du syndicat des bouchers de la ville, a demandé sa suppression.

Le juge n'a pas suivi les conclusions du commissaire du gouvernement en faveur de cette suppression. Ce dernier a observé qu'il « est impossible de découvrir une circonstance particulière de temps ou de lieu qui justifiât, à partir de 1929, le maintien de la boucherie de Reims pour la viande fraîche »¹²⁰¹. Au contraire, le juge a considéré que ce maintien a contribué à « la régularisation des prix d'une denrée de première nécessité » et que, par conséquent, il a été « justifié par un intérêt public local ».

Dès lors, on peut estimer que c'est cette dernière notion qui est déterminante. Si l'intérêt public est toujours présent, il n'y a pas obligation d'agir pour la personne publique de supprimer le SPIC. S'il devient absent, il y a obligation de le supprimer. Néanmoins, celle-ci risque d'être assez exceptionnelle dans la mesure où le juge apprécie plus largement la notion d'intérêt public en cas de maintien qu'en cas de création de SPIC. Comme le fait remarquer en l'espèce le commissaire du gouvernement Detton, les tribunaux se montrent « plus larges pour le maintien des régies que pour leur création » et se

¹¹⁹⁹. C.E., 24 novembre 1933, « Zénard », Rec., p. 1100 ; S. 1934, III, p. 105, concl. Detton, note Mestre ; D. 1936, III, p. 33, concl. Detton, note P.-L. J.

¹²⁰⁰. Concl. DETTON, D. 1936, III, p. 37, col. 2.

¹²⁰¹. Concl. DETTON, Ibid., p. 37, col. 2.

contentent « d'un intérêt public moins évident et surtout moins pressant »¹²⁰² dans le cas du maintien.

Cependant, un auteur note que les jurisprudences « Lavabre » et « Zénard » n'ont pas pour effet de permettre de manière générale aux collectivités locales de concurrencer, par le maintien des SPIC, l'initiative privée car ce sont « des circonstances locales » qui ont justifié « dans les deux espèces une dérogation au principe de la liberté du commerce et de l'industrie »¹²⁰³. Cet auteur ne partage dès lors pas la crainte du commissaire du gouvernement Detton qui, dans l'espèce « Zénard », redoute que « le maintien de la boucherie municipale ne conduise à reconnaître à toutes communes et dans tous les cas le droit d'organiser une concurrence permanente destinée à régulariser les cours »¹²⁰⁴.

Cependant, en dehors des SPIC, la création de services publics est dans certains cas obligatoire, contrairement à l'opinion commune qui estime cette création facultative. Si la création de services publics constitue souvent une obligation d'agir des personnes publiques, l'organisation et le fonctionnement le sont *a fortiori*. En effet, même un service public dont la création a été facultative doit être organisé et fonctionner.

A la fois proche et éloignée de ces deux obligations d'agir est l'obligation d'entretenir les ouvrages publics. Proche parce que l'organisation et le fonctionnement des services publics ne peuvent généralement se faire en dehors d'ouvrages publics qui, à ce titre, doivent être entretenus convenablement. Tel est l'exemple du service public de l'enseignement qui est prodigué dans des locaux. Éloignée parce que l'entretien des ouvrages publics s'impose aux personnes publiques propriétaires même s'agissant de ceux qui ne « portent » pas sur un service public véritable, mais à condition qu'ils soient ouverts et

¹²⁰². Concl. DETTON, Ibid., p. 37, col. 1.

¹²⁰³. P.-L. J., D. 1936, III, p. 33, col. 2.

¹²⁰⁴. DETTON, Conclusions précitées, p. 37, col. 2.

utilisés par le public¹²⁰⁵. Il en va ainsi des autoroutes et routes nationales, départementales et communales. Par conséquent, dans ces deux hypothèses au moins, l'entretien des ouvrages publics constitue une véritable obligation d'agir. C'est pourquoi il convient de l'envisager à ce stade de l'étude.

§2- Le caractère obligatoire de l'organisation ou du fonctionnement des services publics et celui d'entretien des ouvrages publics

Souvent là où existe un service public, il y a en même temps un ouvrage public. Celui-ci contribue au bon fonctionnement du service public. C'est la raison pour laquelle l'ouvrage public doit être entretenu. Le problème de l'entretien de l'ouvrage se posant en principe après que le service ait été organisé, il convient d'abord de soulever la question de l'obligation d'organisation ou de fonctionnement des services publics avant celle de l'obligation d'entretien des ouvrages publics.

A- L'obligation d'organisation ou de fonctionnement des services publics

A priori, il est assez difficile de distinguer au niveau sémantique l'organisation du fonctionnement du service. Ainsi, Duguit emploie l'expression actes qui « organisent le fonctionnement »¹²⁰⁶. En réalité, tandis que l'organisation renvoie plutôt à l'aspect juridique du service public, le fonctionnement, lui, vise son aspect matériel. Ainsi l'élaboration d'un cahier des charges est « un problème d'organisation »¹²⁰⁷, et sa mise en œuvre un problème de fonctionnement.

¹²⁰⁵. En effet, sans cette condition, il est certain que les personnes publiques n'ont pas vis à vis des ouvrages publics une obligation d'entretien. MONTANE de la ROQUE est dès lors fondé à souligner que l'obligation d'assurer l'entretien de tels ouvrages n'est pas générale. Selon lui, cette obligation n'existe pas par exemple sur l'ouvrage destiné à protéger une propriété privée (« *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 269).

¹²⁰⁶. DUGUIT, « *De la situation des particuliers à l'égard des services publics* », R.D.P. 1907, p. 419.

¹²⁰⁷. G. GUGLIELMI, « *Introduction au droit des services publics* », L.G.D.J., 1994, p. 62.

Par conséquent, les lois ou les règlements qui instituent les services publics en déterminant en même temps les conditions dans lesquelles ils vont fonctionner, à savoir la personne qui va les prendre en charge, le statut du personnel, les moyens financiers et matériels, le droit applicable, etc., les organisent. L'exécution de ces dispositions est à considérer comme relevant du fonctionnement des services. L. Beurdeley semble fondé à définir l'organisation comme étant « l'ensemble des moyens mis en œuvre pour un fonctionnement efficace du service »¹²⁰⁸.

Cependant dans la pratique, ces deux notions sont parfois prises comme synonymes et ce, même par le juge administratif. Par exemple, le Conseil d'Etat a considéré qu'une absence de surveillance constitue « un défaut d'organisation du service » public de l'enseignement¹²⁰⁹. Or, dans cette espèce, la surveillance impliquait la présence de surveillants dans la cours du collège pour éviter tout accident ou désordre. Il s'agit donc d'une mesure matérielle qui devait normalement être considérée comme relevant du fonctionnement du service. Cette confusion semble s'expliquer par le fait que l'organisation et le fonctionnement sont très liés. En effet, un défaut d'organisation conduit inmanquablement à un dysfonctionnement du service. De même et de façon logique, un défaut de fonctionnement fait souvent suite à un défaut d'organisation.

Cette précision étant faite, il est permis de considérer qu'une obligation d'agir est à la charge des personnes publiques s'agissant de l'organisation et du fonctionnement des services publics dans la mesure où un défaut d'organisation ou de fonctionnement est souvent sanctionnée par le juge administratif. Comme le note Duguit, si le service public n'a pas fonctionné le particulier « peut

¹²⁰⁸. L. BEURDELEY, « La responsabilité extra-contractuelle des communes liée au fonctionnement des centres de loisirs, centre de vacances en gestion directe », Rev. Admin. 1993, p. 332.

¹²⁰⁹. C.E., 26 janvier 1973, « Ministre de l'Education nationale c. Sieur Le Calvez et assurance mutuelle universitaire », Rec., p. 79.

suivant les cas et suivant le caractère de l'acte, obtenir une réparation, faire prononcer une annulation »¹²¹⁰.

S'agissant de la première hypothèse, à savoir la réparation ou la responsabilité, le Conseil d'Etat a par exemple, dans l'arrêt précité « *Ministre de l'Education nationale c. Sieur Le Calvez* »¹²¹¹, confirmé un jugement du tribunal administratif de Rennes condamnant l'Etat à rembourser à l'assurance mutuelle les frais qu'elle a dû payer pour couvrir le jeune Le Calvez, auteur d'un accident dans son collègue. Il a estimé que cet accident « n'a été rendu possible que par une absence totale de surveillance des élèves qui constitue un défaut d'organisation du service de nature à engager la responsabilité de l'Etat ». De même, il a jugé que le non-renouvellement de l'eau d'une piscine, cause à la fois de la diminution sensible de la visibilité et de l'accident survenu à un usager, constitue un défaut d'organisation engageant la responsabilité de la personne publique¹²¹².

Cela prouve que l'organisation ou le fonctionnement du service public est une obligation d'agir car l'abstention dans ces domaines engage la responsabilité pour faute de la personne publique. Le juge n'emploie pas forcément la notion de « faute », mais on est en droit de penser qu'il vise cette dernière quand il retient un défaut d'organisation ou de fonctionnement. Si la responsabilité était engagée sur le terrain du risque, c'est-à-dire sans qu'une faute fût commise, l'accident que le juge a, à juste titre, qualifié de « grave » puisqu'il s'est agi de la perte de l'usage d'un œil, aurait suffi pour l'engager. Autrement dit, dans ce cas, il aurait engagé la responsabilité de la personne publique sans chercher si celle-ci avait ou non commis un défaut d'organisation ou de fonctionnement.

Cette espèce montre que la position de G. Guiavarc'h selon laquelle l'abstention fautive relative au fonctionnement du service public, autrement dit

¹²¹⁰. DUGUIT, « *De la situation des particuliers à l'égard des services publics* », R.D.P. 1907, p. 420.

¹²¹¹. C.E., 26 janvier 1973, « *Ministre de l'Education nationale c. Sieur Le Calvez et assurance mutuelle universitaire* », précité.

¹²¹². C.E., 12 juin 1974, « *Association d'entraide familiale de l'Aquitaine* », Rec., p. 336.

et sauf à s'y méprendre, le défaut de fonctionnement, « ne relève plus (...) de l'obligation d'agir, mais des modalités de l'action administrative »¹²¹³ ne peut être acceptée. En effet, s'il y a abstention fautive parce que le service n'a pas du tout fonctionné comme c'est le cas dans l'espèce précitée, dans ce cas, il y a incontestablement obligation d'agir à la charge de la personne publique. L'abstention fautive ne relève des modalités de l'action et, par conséquent, ne correspond pas *a priori* à une obligation d'agir que dans le cas où le service a fonctionné, mais mal. Dans cette hypothèse, la faute réprime le manquement à une obligation simple¹²¹⁴, c'est-à-dire une obligation que la personne publique rencontre quand elle agit. Aussi convient-il de souligner que l'exécution de l'obligation d'agir ne peut en principe ignorer les conditions générales de la légalité.

En matière de fonctionnement des services publics, cette dernière n'est remplie que si le service a fonctionné normalement. Dans le cas contraire, le juge engage la responsabilité de la personne publique pour faute. C'est le cas si le service a fonctionné avec retard. Ainsi, la responsabilité a été engagée à cause d'un retard apporté à l'examen d'un malade¹²¹⁵. C'est le cas aussi lorsque le service a fonctionné de façon jugée insuffisante. Ainsi, la responsabilité a été retenue à cause d'une insuffisance de surveillance expliquant les conditions difficiles dans lesquelles s'est déroulée une naissance¹²¹⁶. Dans ces cas, il n'y a pas abstention fautive au vrai sens du terme puisque la personne publique a agi. C'est une obligation simple qui a été méconnue. Mais le terme abstention fautive paraît là aussi adapté, car le juge considère une insuffisance d'action comme une absence d'action. Par conséquent, il les sanctionne à peu près de la même manière.

¹²¹³. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 460.

¹²¹⁴. Voir chapitre I du titre I de la première partie et chapitre II du titre II de la même partie.

¹²¹⁵. C.E., 12 décembre 1941, « *Hôpital d'Antibes* », Rec., p. 218.

¹²¹⁶. C.E., 20 mars 1957, « *Hospice de Perpignan* », A.J.D.A., 1957, II, p. 251.

Néanmoins, l'insuffisance de fonctionnement révèle indirectement une obligation d'agir. Certes lorsqu'une insuffisance de fonctionnement engage la responsabilité de la personne publique, on doit directement en déduire qu'une obligation simple a été méconnue. Mais cela signifie aussi qu'*a fortiori* une absence totale de fonctionnement ou, d'organisation, engagerait cette responsabilité et révélerait par conséquent une obligation d'agir. Ainsi, l'absence totale de mesures de lutte contre l'incendie¹²¹⁷ ou pour assurer la sécurité à l'occasion d'un tir¹²¹⁸ a engagé la responsabilité de la personne publique et elle a fait clairement apparaître dans les deux cas une obligation de faire fonctionner le service. En d'autres termes, la sanction d'une insuffisance de fonctionnement révèle directement une obligation simple et indirectement une obligation d'agir. Cet aspect n'a peut-être pas échappé à G. Guiavarc'h dans la mesure où il ne déduit pas l'existence d'une obligation d'agir en cas d' « une insuffisance des effectifs » ou « de matériels inadéquats »¹²¹⁹.

Concernant la seconde hypothèse, l'annulation des décisions d'abstention des personnes publiques à organiser ou à faire fonctionner les services publics montre aussi qu'elles doivent agir dans ces cas. Trois espèces suffiront à l'établir.

D'abord l'espèce « Chomel »¹²²⁰ dans laquelle la receveuse du service public des postes et télégraphes refusait de porter ou d'envoyer les dépêches du requérant à son domicile à cause de la présence d'un chien, prétendument, dangereux. Le sous-secrétaire d'Etat de ce service décida que ces télégrammes « ne lui seront plus, à l'avenir, remis » qu'à un bureau téléphonique et non chez lui, à moins qu'il ne fût « placer une boîte et une sonnette à la porte de son enclos ». Monsieur Chomel attaqua cette décision pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat déclara qu'en vertu notamment du décret du 12 janvier 1894, « la

¹²¹⁷. C.E., 17 juillet 1953, « Narce », Rec., p. 384.

¹²¹⁸. C.E., 26 juillet 1918, « Lemonnier », Rec., p. 761.

¹²¹⁹. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 461.

¹²²⁰. C.E., 29 décembre 1911, « Chomel », R.D.P. 1912, p. 36.

remise des télégrammes doit être effectuée au domicile du destinataire et à lui-même ou à son représentant » et, par conséquent, annula la décision contestée. Cet arrêt montre que le service public doit fonctionner et ce, conformément aux textes qui l'ont organisé. Il confirme en outre la position selon laquelle même les services publics facultatifs, du moment qu'ils existent, doivent fonctionner. En effet, il a déjà été souligné que le service public des Postes fait partie des services publics dont l'existence ne s'impose pas à l'Etat. Or le juge exige qu'il fonctionne normalement, c'est-à-dire conformément aux textes de base.

Ensuite, dans un arrêt « Guglielmi »¹²²¹, le requérant demanda au juge l'annulation d'une délibération de la commission administrative de l'hôpital-hospice régional de Pont-Sainte-Maxence supprimant le seul emploi de chirurgien et admettant désormais tous les chirurgiens selon le libre choix des malades. Le Conseil d'Etat annula la délibération de la commission administrative parce que celle-ci « n'a pas établi une liste de chirurgiens ayant pris l'engagement de donner leurs soins à tout malade (...) qui ferait éventuellement appel à eux ». Cette carence a méconnu « les règles fondamentales d'organisation du service public » destinées à assurer son fonctionnement sans interruption. Par conséquent, c'est l'obligation de faire fonctionner le service qui explique l'annulation de la délibération attaquée. Celle-ci étant en effet source potentielle de dysfonctionnement du service public à cause du fait qu'elle ne garantissait pas le service de chirurgie aux malades, elle allait à l'encontre de l'obligation de faire fonctionner le service public hospitalier.

Enfin cet arrêt va dans le sens des conclusions du commissaire du gouvernement Tissier sur l'affaire « Poirier »¹²²² selon lesquelles l'administration « a l'obligation stricte d'observer, tant qu'ils existent »¹²²³ les textes organisant le service. Il s'agissait en l'espèce d'un service public concédé.

¹²²¹. C.E., 19 mai 1939, « *Guglielmi* », Rec., p. 328, D. H. 1939, p. 470 ; S. 1941, III, p.6.

¹²²². C.E., 15 novembre 1907, « *Poirier* », Rec., p. 825.

¹²²³. Tissier, Rec., p. 824.

Le commissaire du gouvernement conclut au rejet du recours pour excès de pouvoir du requérant parce que la situation de ce militaire en congés de longue durée ne lui donnait pas droit au tarif réduit qu'il réclamait pour emprunter la voie ferrée. La raison fut que sa situation ne relevait pas de celles que les textes, et notamment l'article 54 du cahier des charges de la concession des chemins de fer faisaient bénéficier du tarif réduit. Cette solution fut retenue par la Haute juridiction. Malgré le rejet au fond du recours, cet arrêt montre implicitement que les personnes publiques doivent faire fonctionner les services publics conformément aux textes qui les organisent.

Ces exemples jurisprudentiels qui concernent différents services publics attestent clairement de l'existence d'une obligation d'agir pesant sur les personnes publiques d'organiser ou de faire fonctionner les services publics. Cette obligation existe dans tous les cas de figure, que ces services soient obligatoires ou facultatifs, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux, qu'ils soient exploités en régie ou concédés, car des recours contentieux sont ouverts aux usagers contre les abstentions des personnes publiques à les organiser ou les faire fonctionner. Par conséquent et contrairement à ce que pensait Hauriou¹²²⁴, les administrés ont droit à l'organisation et au fonctionnement des services publics créés. Néanmoins, les personnes publiques ont la possibilité de supprimer un service public facultatif sans que les usagers puissent s'y opposer. Ils peuvent par contre contester la suppression d'un service public obligatoire car ils ont droit à son maintien¹²²⁵.

Des remarques proches de celles qui viennent d'être formulées peuvent être faites s'agissant de l'obligation d'entretenir les ouvrages publics.

¹²²⁴. HAURIUO, « *Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique* », R.D.P. 1896, p. 63.

¹²²⁵. Voir G.A.J.A, 14^{ème} éd. 2003, p. 106, obs. sous C.E., 21 décembre 1906, « *Croix-de-Seguey-Tivoli* », Rec., p. 962.

B- L'obligation d'entretien des ouvrages publics

Alors que l'obligation d'entretenir les ouvrages publics ne souffre d'aucune contestation, il conviendra de noter qu'assez paradoxalement, la question de la nature de la responsabilité dans ce domaine est discutée.

1- L'incontestabilité de l'obligation d'entretien des ouvrages publics

Comme précédemment, pour conclure à l'existence d'une obligation d'entretenir les ouvrages publics, il faut non seulement que le défaut d'entretien « normal » de ces ouvrages soit synonyme de faute, mais aussi que ce défaut soit total. Autrement dit, il faut que le propriétaire du bien, ou de l'ouvrage n'ait pas du tout agi. « La mauvaise signalisation », « le mauvais (...) entretien d'un bien » ne sont pas à première vue synonymes d'obligation d'agir comme le croit G. Guiavarc'h¹²²⁶, mais d'obligation simple.

Car dans de telles hypothèses, la personne publique propriétaire du bien a agi. Et puisqu'elle a agi, elle n'a pas enfreint à une obligation d'agir, mais à une obligation d'une autre nature. Il s'agit plus exactement dans ce cas d'obligation simple car la personne publique a mal agi¹²²⁷. Ces hypothèses ne correspondent à des obligations d'agir qu'indirectement. Ainsi, une mauvaise signalisation sanctionnée signifie qu'une absence totale de signalisation serait *a fortiori* sanctionnée ou sanctionnable. En clair, d'un défaut d'entretien normal d'un ouvrage public, on peut inférer directement ou indirectement l'existence d'une obligation d'agir. A cet égard, l'épithète « normal » importe peu.

Le juge administratif considère en effet qu'il y a défaut d'entretien normal lorsqu'il y a purement et simplement une absence d'entretien d'un ouvrage

¹²²⁶. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 466.

¹²²⁷. Pour plus de précision, voir la distinction qui a été faite dans la première partie entre l'obligation simple et l'obligation d'agir.

public ou d'une portion de l'ouvrage¹²²⁸. En revanche, en cas d'entretien insuffisant, les capacités d'intervention de l'administration et les inconvénients de l'opération par rapport à la société¹²²⁹ entrent en jeu pour juger de l'existence d'un défaut d'entretien normal. A cet égard l'exemple des saillies et dénivellations situées sur la voie publique peut être cité.

Malgré la jurisprudence bien établie selon laquelle le défaut d'entretien commence pour la saillie et pour la dénivellation à 5 cm¹²³⁰, S. Rials montre¹²³¹ qu'il n'y a pas de directive précise quand le juge doit prendre en compte le rapport surface - profondeur¹²³² ou la durée qu'a mise la personne publique pour réparer un défaut sur un ouvrage public¹²³³ parce que, justement, il tient compte de plusieurs paramètres, et notamment des deux signalés. Il jouit donc dans ces hypothèses d'une « grande liberté ».

Cependant, S. Rials semble penser que le défaut tenant aux saillies ou dénivellations et celui inhérent au délai sont indépendants. Or, en réalité, le juge apprécie globalement ces conditions. Autrement dit, pour s'en tenir à la théorie pure, une saillie de 5 cm ou plus qui a été enlevée à temps, c'est-à-dire très rapidement, ne sera pas considérée comme un défaut d'entretien. Au contraire, une dénivellation de moins de 5 cm qui n'a pas été couverte après une longue durée sera probablement, suite à un accident qu'elle aura occasionné, considérée comme un défaut d'entretien ou une abstention fautive engageant la responsabilité de la personne publique. Elle attestera dès lors de la présence d'une obligation d'agir.

¹²²⁸. C.E., 13 décembre 1911, « *Leclercq* », Rec., p. 1184; C.E., 13 mars 1925, « *Clef* », Rec., p. 266 ; C.E., 26 juin 1963, « *Séguinot* », Rec., p. 400; C.E., 13 novembre 1964, « *Ville de Marseille c. Demoiselle Dor* », A.J.D.A. 1965, p. 311.

¹²²⁹. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 271.

¹²³⁰. C.E., 3 mars 1920, « *Compagnie générale des Tramways* », Rec., p. 236 ; C.E., 8 mars 1939, « *Boff* », Rec., p. 152.

¹²³¹. S. RIALS, « *Le juge administratif français et la technique du standard* », th. précitée, pp. 384 & 397.

¹²³². C.E., 12 octobre 1955, « *Travaux publics c.dame Guinguenaud* », Rec. tab., p. 818; T.A. Lyon, 18 février 1955, « *Ymain* », Rec., p. 8.

¹²³³. C.E., 16 juin 1937, « *Poirier* », Rec., p. 599 ; C.E., 8 février 1967, « *Ville de Marseille c. Sieur Rivaux* », A.J.D.A. 1967, p. 567.

Le fait que la doctrine est partagée sur la responsabilité applicable dans ce domaine ne remet pas en cause l'existence de l'obligation d'agir.

2- L'absence de remise en cause de l'obligation d'agir par la contestation de la nature de la responsabilité en matière d'entretien des ouvrages publics

L. de Gastines combat l'idée majoritairement préconisée par les auteurs selon laquelle la responsabilité pour défaut d'entretien normal serait une responsabilité pour faute présumée¹²³⁴. Il fait remarquer qu'en droit, la présomption de faute est une règle de fond et non une présomption de fait. La présomption légale est de deux sortes : soit une règle de droit affirme « l'existence du fait à prouver, sous réserve de la preuve du contraire », soit elle tient « le fait à prouver pour établi sur la preuve de faits voisins ou connexes, appelés faits indicateurs ou indices » qu'elle définit.

Or cet auteur montre que ni cette dernière règle ni la première n'existent en tant que telles en droit administratif. Dans la majorité des espèces, « l'élément subjectif du défaut d'entretien normal, la faute des agents, est toujours soigneusement établi par le juge : procès verbaux de gendarmerie, comptes rendus d'expertise, mesures d'instructions diverses ». Néanmoins, si la majorité auteurs soutiennent qu'il y a en l'occurrence une responsabilité pour faute présumée, ce n'est pas parce qu'il existerait une quelconque règle de présomption légale, mais tout simplement parce qu'il y a renversement de la règle gouvernant la preuve ; l'usager victime n'a pas à prouver une faute. La responsabilité des personnes publiques est engagée dès que le défaut d'entretien a été à l'origine d'un préjudice. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains auteurs anciens semblaient fondés à parler de responsabilité sans faute¹²³⁵.

¹²³⁴. L. de GASTINES, « *La responsabilité extracontractuelle des personnes publiques* », R.D.P. 1992, p. 157 & s.

¹²³⁵. Voir L. de GASTINES, *Ibid.*, p. 157.

Cependant, le fait que les personnes publiques peuvent apporter la preuve d'une absence de faute contredit cette tendance de la doctrine ancienne. Dès lors, il convient de rejeter le fondement du risque, c'est-à-dire de l'absence de faute, et soutenir que la responsabilité pour défaut d'entretien normal est une responsabilité pour faute. Néanmoins, selon L. de Gastines, cette dernière ne peut être présumée dans la mesure où cela irait à l'encontre du principe de la présomption d'innocence que l'auteur ne réserve pas au seul droit pénal¹²³⁶.

La position défendue par L. de Gastines paraît séduisante, mais elle ne change pas grand chose par rapport à notre problématique. En effet, le fait qu'elle soit prouvée ou présumée importe peu, l'essentiel est que la responsabilité pour défaut d'entretien est une responsabilité pour faute-abstention- sanctionnant la plupart du temps une obligation d'agir.

J. Morand-Deville est très claire sur ce point. Selon elle, « la notion de « défaut d'entretien » sous-entend bien une négligence, une imprudence, éléments ordinaires des fautes par omission ou insuffisance du droit commun de la responsabilité administrative. « Sauf à vouloir conceptualiser artificiellement un sujet, au demeurant concret et réaliste, et à compliquer inutilement le propos (...), la responsabilité pour défaut d'entretien normal est bien une responsabilité pour faute »¹²³⁷. La preuve est que le juge, sans évoquer explicitement la notion même de faute, recherche si une faute a été commise avant d'engager la responsabilité de la personne publique.

Ainsi, dans un arrêt « Commune de Bernadets »¹²³⁸, après avoir cherché si l'effondrement d'un pont s'explique par un défaut d'entretien, le juge décide de rejeter cette cause car il a été prouvé que l'ouvrage a fait l'objet de visites ou contrôles réguliers. De même, il a estimé dans un autre arrêt qu'en établissant une barrière de plus de 10 km au long de l'autoroute où les grands animaux ont

¹²³⁶. L. de GASTINES, *Ibid.*, p. 160.

¹²³⁷. J. MORAND-DEVILLER, « *Cours de droit administratif des biens* », Montchrestien, 3^{ème} éd. 2003, p. 795.

¹²³⁸. C.E., 23 avril 1969, « *Cne de Bernadets-Débat* », *Rec.*, p. 225.

l'habitude de passer, la société des autoroutes du sud de la France a apporté « la preuve qui lui incombe de l'entretien normal de l'ouvrage »¹²³⁹. En clair, sans ces interventions, la responsabilité serait engagée.

Celle-ci a par exemple été retenue à l'occasion d'un accident causé par la chute d'une noix de coco dans une promenade de cocotiers non entretenus régulièrement¹²⁴⁰, dans le cas d'un entretien insuffisant ayant été à l'origine de l'affondrement d'un mur de soutènement de la voie publique¹²⁴¹, à cause d'une absence d'un dispositif empêchant des portes à ouverture automatique de se refermer brutalement¹²⁴² ou d'un éclairage indépendant pour pallier l'interruption soudaine du courant électrique à l'entrée et sortie d'un théâtre¹²⁴³ ou encore d'une signalisation des voies latérales permettant l'accès à un chantier¹²⁴⁴. Ces espèces sanctionnent toutes, une obligation d'agir qui est en l'occurrence l'obligation d'entretien de l'ouvrage public.

Les analyses précédentes ont montré que les personnes publiques supportent plus ou moins d'obligations d'agir en matière de création, d'organisation et de fonctionnement des services publics, ainsi qu'en matière d'entretien des ouvrages publics. Le caractère partiel de l'obligation d'agir se manifeste également dans le domaine des actes administratifs unilatéraux et contractuels.

Section 2- Les actes administratifs unilatéraux et contractuels

Comme l'a montré le chapitre précédent, l'adoption d'actes administratifs unilatéraux constitue un domaine principal d'obligation d'agir. Celle-ci

¹²³⁹. C.E., 4 novembre 1987, « *Soc. des autoroutes du sud de la France c. de Lauzon* », Gaz. Pal., 1988, 1, pan. Dr. Admin., p. 131.

¹²⁴⁰. C.A.A. Paris, 22 mars 1994, « *Navutu* », Rec. tab., p. 1225.

¹²⁴¹. C.E., 12 mai 2004, « *Cne La Ferté-Milon* », A.J.D.A. 2004, p. 877, note J. Moreau.

¹²⁴². C.E., 16 décembre 1987, « *Dame Tallon* », Rec. tab., p. 997.

¹²⁴³. C.E., 26 janvier 1968, « *Dame Maron* », Rec., p. 69.

¹²⁴⁴. C.E., 11 juin 1969, « *Phelipon* », Rec., p. 305.

n'apparaît partiellement en cette matière qu'au niveau de la suppression des actes. S'agissant de la matière contractuelle, il convient *a priori* de noter que les personnes publiques ne sont pas obligées de recourir au procédé contractuel¹²⁴⁵. Ce procédé de l'action administrative, en dehors de certains domaines où il est strictement interdit¹²⁴⁶, reste facultatif. Le principe est donc la faculté d'agir. Néanmoins, l'obligation d'agir apparaît parfois dans les pouvoirs dont disposent les personnes publiques en matière des contrats administratifs.

Par conséquent, ne seront évoqués que la suppression des actes administratifs (§1) et les pouvoirs des personnes publiques en matière des contrats administratifs (§2).

§1 - La suppression d'actes administratifs unilatéraux

En matière de suppression d'actes administratifs unilatéraux, existent deux obligations d'agir : l'obligation de retrait¹²⁴⁷ et l'obligation d'abrogation¹²⁴⁸. Ces obligations d'agir tendant au même but, à savoir la fin de

¹²⁴⁵. Mais il existe des exceptions qui sont d'ordre textuel ou jurisprudentiel. S'agissant des textes, G. GUIAVARC'H cite dans sa thèse (« *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p.391) par exemple le décret de 1955 qui rend obligatoire le contrat dans les relations entre Electricité de France et les producteurs autonomes d'électricité et la loi du 9 janvier 1985 qui oblige les communes ou leurs groupements s'ils recourent à des professionnels de montagne pour développer certaines activités, à contracter avec ces derniers. Concernant la jurisprudence, il en ressort d'une part que les personnes publiques ou leurs établissements publics ont l'obligation de contracter, c'est-à-dire de signer de contrats dans les rares cas où ils ont engagé des pourparlers très avancés et où les futurs cocontractants ont commencé à exécuter le contenu des pourparlers (voir P. TERNEYRE, « *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif* », *Economica*, 1989, p.33 et les arrêts que cet auteur cite) et, d'autre part, que cette même obligation pèse sur l'exécutif d'une assemblée délibérante lorsque la conclusion du contrat a été votée par celle-ci (C.E., 7 octobre 1987, « *Société des casinos du Touquet* », R.D.P. 1988, p. 1428).

¹²⁴⁶. Exemple celui de la police (C.E., 17 juin 1932, « *Ville de Castelnaudary* », Rec., p. 595) ou celui de la fiscalité (Cass. Civ, 13 mars 1895, « *Dreyfus* », D., I, 1895, p. 523).

¹²⁴⁷. DUGUIT soutient le caractère obligatoire du retrait des règlements illégaux par les autorités administratives qui les ont établis (« *Traité de droit constitutionnel* », op. cit., t3, p. 783 & s.). Voir aussi Y. GAUDEMET, « *Taité de droit administratif* », op. cit., t1, p. 661, n° 1392.

¹²⁴⁸. G. LEBRETON, « *Droit administratif général* », op. cit., p. 239, n° 176. L'obligation d'abrogation a fait l'objet d'un texte spécial, le décret du 28 novembre 1983 (publié au J.O. du 3 décembre 1983, p. 3492). En effet, M. BAILLY montre que malgré son ambition très élevée qui était notamment de définir « un nouveau statut de l'usager du service public » (« *L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983* », R.D.P. 1985, p. 1515), le décret du 28 novembre 1983 a eu essentiellement deux objets à savoir « l'abrogation obligatoire des règlements illégaux et le retrait

l'acte administratif unilatéral¹²⁴⁹, elles doivent, outre les spécificités relatives à chacune, posséder des éléments en communs. Il convient dès lors de les comparer. La comparaison se fera en étudiant les conditions de leur existence et leur portée.

A- La comparaison des conditions de l'existence des obligations d'abrogation et de retrait

L'illégalité de l'acte administratif unilatéral et la demande en vue de sa suppression sont considérées comme étant les conditions d'existence de l'obligation d'abrogation et de retrait.

Il faudrait noter que ces conditions ne relèvent pas de l'obligation simple. Le rapprochement est possible avec le domaine de police où, comme il a été mentionné, un péril grave et imminent est exigé dans certains cas pour qu'il y ait obligation d'agir. Par conséquent, l'étude de la demande et de l'illégalité ne se rapporte pas à l'obligation simple, mais bien à l'obligation -d'agir- de suppression des actes administratifs. En effet, ces conditions sont censées intervenir avant la suppression de l'acte ; elles font naître l'obligation -d'agir- de suppression de l'acte. L'obligation simple serait par exemple l'obligation d'informer l'administré de la suppression ou d'agir dans un délai déterminé. Cette précision étant apportée, il convient de commencer par examiner la

obligatoire de certaines mesures de leurs mesures d'application » (Ibid., p. 1516). L'obligation d'abrogation a été consacrée comme principe général de droit [Cet aspect ne sera pas évoqué ici dans la mesure il a déjà été étudié dans la première partie (titre I, Chapitre II, section II, §1)] par une jurisprudence qui est, à ce titre, reste célèbre, l'arrêt « *Compagnie Alitalia* » du 3 février 1989 (C.E. ass., 3 février 1989, « *Compagnie Alitalia* », Rec., p. 44 ; A.J.D.A. 1989, p. 387, note Fouquet ; R.F.D.A. 1989, p. 391, concl. Chahid Nourai ; L.P.A. 1989, n° 149, note Derouin, R.T.D.E. 1989, p. 509, note Vergès, G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 685). Néanmoins, il ne faut pas croire que l'obligation d'abrogation est née des dispositions combinées du décret du 28 novembre 1983 et de l'arrêt « *Compagnie Alitalia* ». Cette obligation a existé dans son principe bien avant, et elle a fait une longue évolution soigneusement retracée par G. GUIAVARC'H (« *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sus l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 540 & s.). Le texte et la jurisprudence précités n'ont fait que la préciser et alléger ses conditions d'existence et de mise en œuvre comme nous le verrons.

¹²⁴⁹. F. CROUZATIER-DURAND, « *Recherche sur la fin de l'acte administratif unilatéral* », th. Toulouse 2002, p. 84 & s.

condition de l'illégalité car sans elle, une demande en vue de la suppression d'un acte administratif ne saurait aboutir.

1- L'illégalité de l'acte administratif

L'acte administratif unilatéral peut être entaché d'illégalité dès son origine ou après un changement de circonstances de droit ou de fait postérieures à sa signature. Alors que la première forme d'illégalité concerne aussi bien l'obligation de retrait que celle d'abrogation, la seconde apparaît spécifique à cette dernière.

a- L'illégalité originelle de l'acte administratif

L'obligation d'abroger un règlement illégal dès l'origine ou *ab initio* a pu être considérée comme étant le principal apport du décret du 28 novembre 1983 par rapport à la jurisprudence.

En effet, M. Bailly montre qu'à l'exception de la jurisprudence « Leboucher et Tarandon » du 12 mai 1976¹²⁵⁰ selon laquelle « l'auteur d'un règlement illégal ou son supérieur hiérarchique, saisi d'une demande tendant à l'abrogation de ce règlement, est tenu d'y déférer », le Conseil d'Etat avait consacré le principe de la faculté d'abrogation des règlements illégaux *ab initio*¹²⁵¹. Par conséquent, cet auteur estime que « la principale innovation » du décret de 1983 par rapport à la jurisprudence est d'avoir institué « l'obligation d'abroger un règlement illégal *ab initio* »¹²⁵². Mais cette opinion ne semble pas très convaincante. Elle résulte d'une mauvaise interprétation de la combinaison

¹²⁵⁰. C.E., 12 mai 1976, « *Leboucher et Tarandon* », Rec., p. 246 ; A.J.D.A. 1977, p. 261 ; C.J.E.G. 1976, J, p. 167.

¹²⁵¹. C.E., 12 février 1954, « *Société Roger Grima et Cie* », Rec., p. 97 ; C.E., 6 novembre 1959, « *Coopérative laitière de Belfort* », Rec., p. 581 ; C.E. sect., 30 janvier 1981, « *Ministre du travail c. Soc. Afrique Europe Transaction* », Rec., p. 32 ; A.J.D.A. 1981, p. 245, chr. Feffer et Pinault ; D. 1982, p. 37, note Auby.

¹²⁵². M. BAILLY, « *L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983* », R.D.P. 1985, p. 1520.

de l'état de la jurisprudence et du décret de 1983, une interprétation qui a pour effet de laisser penser qu'il n'existe aucune interférence entre l'obligation d'abrogation et celle de retrait.

Or le droit commun en matière d'acte administratif illégal *ab initio* est qu'un tel acte peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dans le délai légal de deux mois¹²⁵³. Le juge considère le refus administratif de le retirer ou de le rapporter comme illégal¹²⁵⁴. F. Crouzatier-Durand est dès lors fondée à écrire que le refus de déférer à une demande en vue du retrait d'un acte administratif illégal « constitue un excès de pouvoir »¹²⁵⁵. L'annulation du refus signifie que la personne publique a l'obligation -d'agir- de retirer l'acte. Celui-ci doit être retiré de l'ordonnancement juridique, c'est-à-dire être considéré comme s'il n'avait jamais existé et, éventuellement, la personne publique compétente doit revoir les modifications qu'il a pu apporter à cet ordonnancement¹²⁵⁶.

Cela signifie aussi que passé le délai précité les administrés ne peuvent plus demander le retrait de l'acte ni la personne publique le rapporter que s'il n'a pas créé de droits acquis. Les auteurs des « Grands arrêts de la jurisprudence administrative » soulignent que « Cette règle a pour objet d'assurer la sécurité des relations juridiques et la sauvegarde des droits acquis »¹²⁵⁷.

S'il est vrai que le retrait est différent de l'abrogation, il ne faut pas perdre de vue que celle-ci est incluse dans le retrait. En effet, un acte qui a été retiré est un acte qui est en même temps abrogé parce qu'il n'aura pas d'effets pour

¹²⁵³. C.E., 3 novembre 1922, « Dame Cachet », Rec. 1922, p. 552, concl. Rivet ; S. 1925, III, p. 9, note Hauriou ; G.A.J.A. 12^{ème} éd. 1999, p. 235.

¹²⁵⁴. C.E., 13 février 1948, « Syndicat national des statistiques », Rec., p. 74 ; C.E., 7 octobre 1960, « Ministre de la santé publique et de la population c. Sieur Lautier et autres », Rec., p. 522, les deux derniers considérants.

¹²⁵⁵. F. CROUZATIER-DURAND, « Recherche sur la fin de l'acte administratif unilatéral », th. précitée, p. 78.

¹²⁵⁶. C.E. ass., 26 octobre 2001, « Ternon », R.F.D.A. 2002, p. 77, concl. F. Sénors ; A.J.D.A. 2001, p. 1034, chr. Guyomar & Collin, et 2002, p. 738, note Y. Gaudemet ; D.A. 2001, n° 253, note Michallet ; R.G.C.T. 2001, p. 1183, note Laquière ; L.P.A. 2002, n° 31, p. 7, note Chaltiel ; G.A.J.A. 14^{ème} éd. 2003, p. 869, obs.

¹²⁵⁷. G.A.J.A., 13^{ème} éd. 2001, p. 276. Y. PETIT exprime, lui aussi, la même idée (« Les circonstances nouvelles dans le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux », R.D.P. 1993, p. 1292).

l'avenir. Mais le contraire n'est pas vrai. En clair, l'état de la jurisprudence avant le décret de 1983 consacrait, et consacre encore aujourd'hui, l'obligation - d'agir- de retrait des règlements illégaux *ab initio* contestés dans les deux mois¹²⁵⁸, et donc automatiquement aussi celle de leur abrogation.

Le décret de 1983 a eu le mérite d'anticiper sur la jurisprudence en imposant à l'administration une obligation d'abrogation des règlements illégaux hors procédure contentieuse. Mais l'innovation majeure de ce texte réside dans le fait qu'elle n'a visé que l'obligation d'abrogation des règlements illégaux et non celle de leur retrait d'une part et, d'autre part, n'a pas soumis cette obligation à aucune condition de délai.

A cet égard, J. Massot souligne que parmi les mérites de l'arrêt « Compagnie Alitalia » qui a mis en œuvre ce décret, c'est d'avoir mis fin à des jurisprudences contradictoires au sujet du délai de recours contentieux contre les refus d'abrogation¹²⁵⁹ en acceptant à tout moment les demandes des administrés. En outre, avant le décret et l'arrêt précités, un règlement illégal *ab initio* non contesté dans le délai du recours pour excès de pouvoir n'entraînait pas obligation de l'abroger¹²⁶⁰. Ce sont par conséquent, le décret de 1983 et la jurisprudence « Compagnie Alitalia » qui ont institué une obligation d'agir en matière d'abrogation de règlements illégaux dès l'origine et ce, quelle que soit la date du recours¹²⁶¹.

Les deux innovations susmentionnées du décret paraissent résulter d'une réflexion sérieuse car elles sont parfaitement cohérentes. En effet, l'obligation d'abrogation ne jouant que pour l'avenir ne sera pas une source de complication résultant notamment de la réparation des situations acquises comme l'aurait été une obligation de retrait. Car le retrait a un effet rétroactif alors que l'abrogation

¹²⁵⁸. C.E., 25 octobre 1985, « *Tabel* », tab. décennales 1985-1994, t1, p. 718.

¹²⁵⁹. Voir les arrêts cités par J. MASSOT, « *Décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir* », Mél. Braibant, Dalloz, 1996, p. 256.

¹²⁶⁰. C.E., 30 janvier 1981, « *Ministre du Travail c. Soc. Afrique Europe Transaction* », D. 1982, p. 37, note Auby.

¹²⁶¹. Exemple C.E., 2 mars 1992, « *S.A.R.L. Rableau* », D.A. 1992, n° 219.

n'a d'effet que pour l'avenir¹²⁶². L'abrogation est en réalité un retrait pour l'avenir¹²⁶³. Par conséquent, puisque l'obligation d'abrogation des règlements illégaux évite les éventuels inconvénients d'une obligation de retrait, il a été aisé de libéraliser les conditions de recevabilité des requêtes et notamment permettre l'examen de celles-ci quelle que soit la date de leur intervention.

Ce sont donc les complications qui peuvent résulter de l'obligation de retrait qui expliquent que le recours à l'encontre de cette dernière est enfermé dans un délai de deux mois. L'existence de ce délai est dès lors une des conditions restrictives de l'obligation d'agir en matière de suppression d'actes administratifs unilatéraux. Ce délai est suffisamment court pour faciliter d'éventuels retraits d'actes administratifs illégaux *ab initio* seulement. En effet, le décret de 1983 et la jurisprudence ne prévoient pour l'illégalité résultant de changements de circonstances que l'hypothèse de l'abrogation.

b- L'illégalité résultant de changements de circonstances de droit ou de fait, une spécificité de l'obligation d'abrogation

Le principe d'une obligation d'agir imposée aux personnes publiques d'abroger un règlement rendu illégal par des circonstances nouvelles a été déjà posé en 1930 par la jurisprudence « Despujol »¹²⁶⁴. Le Conseil d'Etat y affirme

¹²⁶². F. CROUZATIER-DURAND, « Recherche sur la fin de l'acte administratif unilatéral », th. précitée, p. 84 & 102 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant et al., obs. sous C.E., 26 octobre 2001, « Ternon », G.A.J.A. 14^{ème} éd. 2003, p. 872.

¹²⁶³. Selon KELSEN (« Théorie pure du droit », op. cit., p. 367 & s), l'abrogation est une annulation qui a effet pour l'avenir tandis que le retrait est une annulation avec effet rétroactif. Mais il fait remarquer qu'une annulation *ab initio* n'a pas de sens car la norme annulée était valable jusqu'à son annulation. Or si des actes pris sur la base d'une norme qui est par la suite annulée sont retirés de l'ordonnement juridique, c'est à cause de cette même norme qui était certes valable, mais irrégulière. Par conséquent, le retrait peut être interprété comme une sanction de la mise en vigueur d'une norme irrégulière ou illégale.

Toutefois, la position de Kelsen peut aisément s'expliquer. En effet pour lui, dès qu'une norme est en vigueur et appliquée, elle doit être considérée comme valable, quelque soit par ailleurs ses conditions d'édition, son contenu, etc. Il y a à ce sujet le souci permanent chez cet auteur de préserver l'unité de l'ordre juridique. Mais le retrait ou, plus généralement, l'illégalité d'une norme, dès lors qu'ils sont prévus ou découlent de l'ordre juridique lui-même, n'entament en rien l'unité de celui-ci..

¹²⁶⁴. C.E. sect., 10 janvier 1930, « Despujol », Rec., p. 30; S. 1930, III, p. 41, note Alibert ; D. 1930, III, p. 16, note P.L.J.; G.A.J.A.14^{ème} éd. 2003, p. 267.

« qu'il appartient à tout intéressé, dans le cas où les circonstances qui ont pu motiver légalement un règlement municipal ont disparu (...) de se pourvoir, le cas échéant, devant le Conseil d'Etat contre le refus ou le silence du maire ». Ce considérant vise en réalité une modification ou une évolution de la situation ou des circonstances de droit¹²⁶⁵ ou de fait¹²⁶⁶ qui présidaient au moment de l'édition de l'acte, modification qui a vidé celui-ci de son fondement juridique ou qui l'a rendu incompatible avec « la situation juridique nouvelle »¹²⁶⁷. Cette jurisprudence s'applique, par exemple, aux règlements de police qui ne peuvent porter atteinte aux libertés individuelles que s'il y a menace de l'ordre public¹²⁶⁸.

Néanmoins, l'étendue de cette jurisprudence a été atténuée en matière économique par l'arrêt « Simonnet »¹²⁶⁹ dans lequel le Conseil d'Etat a exigé un changement fondamental pour que le ministre de l'Agriculture abroge son acte, un changement qui « a revêtu (...) le caractère d'un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure et qu'il a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique ». Cette restriction de la jurisprudence « Despujol », qui est une des causes de limitation des hypothèses de l'obligation d'abrogation, a été bien accueillie du moins par une partie de la doctrine.

B. Pacteau¹²⁷⁰, reprenant la pensée du commissaire du gouvernement Braibant, écrit que celui-ci voyait à l'extension de la jurisprudence « Despujol »

¹²⁶⁵. C.E. ass., 10 janvier 1964, « *Syndicat national des cadres des bibliothèques* », Rec., p. 17 ; R.D.P. 1964, p. 459, concl. N. Questiaux. Cette notion de « circonstances de droit » qui sera clairement employée ultérieurement, et notamment par l'arrêt « *Compagnie Alitalia* » et par le décret du 28 novembre 1983, vise selon J.-M. AUBY, « les différentes règles de droit, actes particuliers ou situations juridiques avec lesquels l'acte considéré comporte un lien ». (« *L'influence du changement des circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux* », R.D.P. 1959, p. 446).

¹²⁶⁶. C.E., 1^{er} avril 1936, « *Syndicat des épiciers détaillants de Toulon* », Rec., p. 435.

¹²⁶⁷. M. BAILLY, « *L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983* », R.D.P. 1985, p. 1524.

¹²⁶⁸. C.E., 25 janvier 1933, « *Abbé Coiffier* », Rec., p. 100.

¹²⁶⁹. C.E., 10 janvier 1964, « *Ministre de l'agriculture c. Simonnet* », Rec., p. 19 ; R.D.P. 1964, p. 182 concl. Braibant et p. 455, note Waline ; A.J.D.A. 1964, p. 150 chr. Fourré et Puybasset ; J.C.P. 1964, II, n° 13574, note Blaevoet ; D. 1964, p. 414, note Touscoz ; S. 1964, p. 234, note J.-M. Auby.

¹²⁷⁰. B. PACTEAU, note sous C.E., 26 avril 1985, « *Entreprises maritimes Léon Vincent* », Rev. admin. 1986, p. 46.

en matière économique de « sérieux inconvénients » qui sont essentiellement de deux ordres : « l'instabilité des textes » et le risque pour le juge de contrôler l'opportunité de l'action administrative en cette matière. C'est du reste une crainte qui peut être aisément comprise tant il est vrai que le domaine économique est mouvant.

Par conséquent, l'application de la jurisprudence « Despujol » à ce domaine pourrait entraîner une paralysie des initiatives administratives à cause de recours trop fréquents destinés à faire changer les textes existants pour des raisons mineures et, la plupart du temps, passagères. En outre, le contrôle de l'opportunité de l'action économique par le juge enfreindrait la règle de la séparation des pouvoirs. Aussi le Conseil d'Etat, aussi bien dans l'arrêt « Simonnet » précité que dans l'arrêt « Entreprises maritimes Léon Vincent »¹²⁷¹, soumit-il l'obligation d'abrogation des règlements dans la matière économique à « un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure ».

En fait, l'arrêt « Entreprises maritimes Léon Vincent » par sa formule « et plus généralement dans les matières où l'administration dispose de pouvoirs étendus pour adapter son action à l'évolution des circonstances de fait » va plus loin comme l'a noté B. Pacteau¹²⁷². Cet arrêt semble en effet étendre la jurisprudence « Simonnet » à d'autres matières que le domaine économique exclusivement. B. Pacteau pense que cette extension qui est, il faut le noter, une restriction de plus de la jurisprudence « Despujol » et par conséquent une limitation de plus de l'étendue de l'obligation d'abrogation, pourrait par exemple s'appliquer à la réglementation sociale et professionnelle ou « aux règles d'urbanisme » parce que dans ces domaines, l'administration dispose « de larges pouvoirs d'adaptation ».

¹²⁷¹. C.E., 26 avril 1985, « *Entreprises maritimes Léon Vincent* », Rec., p. 126, L.P.A., 30 juillet 1986, note Moderne voir aussi « *Gestin* », 30 janvier 1987, Rec., p. 22 ; C.E., 12 juin 1998, « *S.A.R.L. Compagnie téléphonique* » ; L.P.A., 28 décembre 1999, concl. Maugüé.

¹²⁷². B. PACTEAU, note précitée sous C.E., 26 avril 1985, « *Entreprises maritimes Léon Vincent* », p. 47.

Cependant, il semble que c'est à tort que B. Pacteau soutient que la jurisprudence « Entreprises maritimes Léon Vincent » présente une ambiguïté dans la mesure où elle laisse entendre que toute la « matière économique » est concernée par l'obligation d'abrogation pour bouleversement fondamental des circonstances de fait, au lieu de réserver cette obligation uniquement aux matières économiques dans lesquelles les pouvoirs de l'administration sont étendus¹²⁷³. D'ailleurs, on pourrait se demander si en l'occurrence cette dernière peut disposer des pouvoirs restreints, tant il est vrai que c'est le gouvernement qui est en réalité le chef d'orchestre de la politique économique du pays.

Quoiqu'il en soit, cette dernière jurisprudence est sur ce point limpide. Son considérant de principe montre, en effet, qu'il n'y a pas de distinction à faire entre certaines compétences économiques du gouvernement qui relèveraient de cette jurisprudence et d'autres qui en seraient exclues. L'obligation d'abrogation pour changement fondamental des circonstances de fait porte sur toute la matière économique et sur des matières qui ne le sont pas, mais où l'administration dispose de pouvoirs étendus¹²⁷⁴. Tel est, le sens de cette jurisprudence.

Enfin, on pourrait plus généralement se demander quelle est l'utilité d'une obligation d'abrogation d'actes administratifs illégaux dans le cas précis où les circonstances de fait ou de droit ont changé ? En effet, est-ce que le changement de circonstances qui a rendu un acte illégal n'a pas pour conséquence, pourrait-on dire, automatique, la caducité¹²⁷⁵ ou l'inapplication de celui-ci ? Comme l'écrit F. Crouzatier-Durand, un acte caduc est un acte « inapplicable, bien qu'il

¹²⁷³. B. PACTEAU, Ibid.

¹²⁷⁴. La profession de chirurgien-dentiste est considérée comme relevant de matières où l'administration dispose de pouvoirs étendus (23 mars 1994, « *Ayme Jouve* », C.E., tab. décennales, 1985-1994, p. 737).

¹²⁷⁵. La différence fondamentale entre la caducité et l'abrogation réside dans le fait que « la constatation de caducité ne peut porter que sur un acte caduc » (F. CROUZATIER-DURAND, « *Recherche sur la fin de l'acte administratif unilatéral* », th. précitée, p. 48), c'est-à-dire qui ne produit plus d'effet, alors que l'abrogation peut concerner aussi bien des actes caducs que des actes non caducs.

soit maintenu dans l'ordonnement juridique »¹²⁷⁶. Une réponse affirmative paraît a priori s'imposer car le changement de circonstances enlève à l'acte son assise juridique. Ce dernier devient donc inapplicable en pratique et non en droit comme nous le verrons ci-après. Par conséquent, laisser subsister des actes illégaux inapplicables dans le droit positif, ou les supprimer du monde juridique grâce à une abrogation obligatoire, n'est-ce pas la même chose ?

L'inapplicabilité automatique, c'est-à-dire sans abrogation, de règlements devenus illégaux à cause d'un changement de circonstances n'est pas une hypothèse d'école. Le juge administratif en a fait application dans le cas de changement de circonstances de droit et dans celui de disparition de circonstances de fait exceptionnelles.

S'agissant du premier cas, le juge a par exemple considéré qu'un arrêté municipal ne pouvait plus recevoir application¹²⁷⁷, qu'un arrêté préfectoral était devenu caduc¹²⁷⁸ ou que des décrets « n'étaient plus en vigueur »¹²⁷⁹ parce que ces actes étaient contraires à la nouvelle législation. De même, il a jugé qu'un règlement pris sur la base d'un autre règlement ou d'une loi disparaît automatiquement si ces derniers sont abrogés¹²⁸⁰.

Concernant le second cas, une circulaire du 27 août 1944 créant une position nouvelle pour les officiers se justifiait par les circonstances exceptionnelles -la guerre et la vacance du pouvoir législatif- sans lesquelles elle

¹²⁷⁶. F. CROUZATIER-DURAND, « Recherche sur la fin de l'acte administratif unilatéral », th. précitée, p. 47.

¹²⁷⁷. C.E., 1^{er} mars 1929, « Carletti », Rec., p. 254.

¹²⁷⁸. C.E., 24 janvier 1958, « Société Gencel, Boutet et Coudrey », Rec., p. 44.

¹²⁷⁹. C.E., 5 mai 1961, « Sieur Ruais », Rec., p. 299.

¹²⁸⁰. En ce sens C.E., 11 janvier 1957, « Delprat », Rec., p. 25. Un arrêt « Synd. Régional des maisons de santé privées d'Aquitaine » (C.E.ass., 7 octobre 1977, Rec., p. 382 ; A.J.D.A. 1977, p. 642 et p. 626, chr. Nauwelaers & Dutheillet de Lamothe) adopte une solution très proche. Le juge y a considéré que des programmes d'équipements sanitaires « antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1970 qui n'avaient fait l'objet d'aucun commencement d'exécution à la date de l'arrêté attaqué et qui, en raison de leur ancienneté, devaient être regardés comme abandonnés à la date de l'arrêté ». Ces programmes étant approuvés par des actes administratifs, ces derniers n'étaient pas illégaux en raison de l'inexécution ; ils étaient tout simplement inopposables aux tiers. Mais le juge, en considérant illégal l'arrêté ministériel qui inclut ces programmes dans l'inventaire des installations et équipements sanitaires existants, a retenu une solution proche de la caducité automatique d'actes administratifs illégaux pour changement de circonstances de droit.

serait illégale, car c'est le législateur qui était normalement compétent pour créer cette position. La cessation de ces circonstances a rendu inapplicable la circulaire alors même qu'elle n'était pas abrogée¹²⁸¹.

Néanmoins, ces espèces constituent une exception. Le juge refuse en principe l'abrogation des actes administratifs par désuétude¹²⁸², c'est-à-dire leur « non-usage »¹²⁸³ et leur privation d'effets pour l'avenir à cause soit d'une inapplication prolongée¹²⁸⁴, soit d'un changement de circonstances qui ont présidé à leur élaboration¹²⁸⁵. Il revient soit à la personne publique, auteur de l'acte « de décider à son gré si elle entend mettre fin » à sa décision ou l'« adapter à la conjoncture nouvelle »¹²⁸⁶, soit à l'administré de provoquer, surtout depuis la jurisprudence « Alitalia », cette abrogation en faisant une demande en ce sens auprès de la personne publique, et de déférer un éventuel refus d'abrogation devant le juge.

L'obligation d'abrogation présente l'intérêt d'épurer le droit positif des actes administratifs illégaux. L'avantage, semble-t-il, est essentiellement d'ordre pratique ; l'obligation d'abrogation participe à une meilleure connaissance du droit positif et des règles valables et applicables autrement dit, à sa lisibilité¹²⁸⁷.

¹²⁸¹. C.E., 16 avril 1948, « *Laugier* », Rec., p. 161 ; dans le même sens, C.E., 2 janvier 1955, « *Andriamisera* », Rec., p. 12 ; R.D.P. 1955, p. 709 ; A.J.D.A. 1955, II, p. 89 : inapplication en temps normal d'un arrêté pris dans des circonstances exceptionnelles.

¹²⁸². C.E. sect., 16 février 2001, « *Fédération du personnel d'encadrement des industries chimiques, parachimiques et connexes* », req. n° 213187.

¹²⁸³. F. CROUZATIER-DURAND, « *Recherche sur la fin de l'acte administratif unilatéral* », th. précitée, p. 124. Selon cet auteur, la désuétude et la caducité due à un changement de circonstances ont la même cause, à savoir « l'inadéquation du droit au fait » et le même effet qui est « l'inapplication de l'acte » (Ibid., p. 125).

¹²⁸⁴. C.E., 10 mars 1911, « *Syndicat du canal de Sistéron* », Rec., p. 305 ; C.E., 24 mai 1948, « *Jacquemet* », Rec., p. 582 ; C.E., 13 mai 1949, « *Couvrat* », D. 1950, p. 77, note Waline ; C.E., 3 mai 1963, « *Ministre des travaux publics c. Baudet* », Rec., p. 264 ; A.J.D.A. 1963, p. 489.

¹²⁸⁵. C.E., 5 janvier 1955, « *Lapouge* », Rec., p. 5.

¹²⁸⁶. J.-M. AUBY, « *L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux* », R.D.P. 1959, p. 436.

¹²⁸⁷. F. CROUZATIER-DURAND, « *Recherche sur la fin de l'acte administratif unilatéral* », th. précitée, p. 81. Cet auteur pense en outre que la « caducité naturelle » (Ibid., pp. 122 & s.), c'est-à-dire celle qui est due à un changement de circonstances n'est pas reconnue par le droit positif car elle constitue une insécurité juridique (Ibid., voir pp. 123 & 125). Néanmoins, ce fondement n'est pas tout à fait convaincant car si la caducité naturelle est reconnue, elle n'aura, comme toute autre forme de caducité, d'effet que pour l'avenir (G. CHAVRIER, « *La caducité des actes juridiques en droit*

En effet, même en ne s'en tenant qu'aux règles applicables du droit positif, la lisibilité n'est pas évidente car ces règles sont très nombreuses. Par conséquent, mieux vaut ne pas laisser subsister dans celui-ci, des règles qui sont illégales, mais valables tant qu'elles ne seront pas abrogées d'une part et, d'autre part et paradoxalement, inutiles parce que, dans la pratique, elles ne trouveront pas en principe à s'appliquer puisqu'elles ne répondent plus à la réalité juridique.

En définitive, l'obligation d'abrogation d'actes administratifs rendus illégaux par un changement de circonstances de droit ou de fait laisse clairement apparaître la volonté du juge administratif de contraindre les personnes publiques à respecter la légalité qui est, comme il a été montré, évolutive. Néanmoins, le juge semble faire dépendre cet aspect de l'obligation d'abrogation comme l'autre, c'est-à-dire, l'abrogation *ab initio* aux requêtes des administrés ; ce qui paraît être une autre condition restreignant l'obligation d'agir en matière de suppression d'actes administratifs.

2- La demande en vue de la suppression de l'acte administratif illégal

La question de la demande comme condition de l'obligation d'abrogation ou du retrait d'un acte administratif illégal doit paradoxalement être résolue sans la demande. En d'autres termes, il convient de se demander si en dehors d'une demande, les personnes publiques ont l'obligation ou non d'abroger ou de retirer selon les cas un acte administratif illégal. A cette interrogation, existent deux réponses tout à fait contradictoires. Néanmoins, elles paraissent valablement

français », th. Paris II, 1997, p. 116). Un tel effet permet de protéger les droits acquis et limite, par conséquent, l'insécurité juridique. La non reconnaissance de la caducité naturelle paraît plutôt avoir pour fondement l'excès du formalisme du droit français, y compris, dans certaine mesure, du droit administratif. La reconnaître, ce serait permettre l'évolution du droit en dehors des procédures gouvernant le régime des actes et, en l'occurrence, leur disparition. C'est ce même fondement qui expliquerait que le juge administratif est réticent à appliquer des règles d'origine coutumière ou internationale en droit interne.

soutenables et témoignent d'un certain rapprochement entre l'obligation d'abrogation et de retrait.

La thèse de la faculté d'agir est défendable parce que les textes notamment le décret précité du 28 novembre 1983 et la jurisprudence n'ont formellement consacré une obligation d'agir en la matière qu'en cas de demande¹²⁸⁸. On peut, *a contrario*, en déduire qu'en l'absence de celle-ci les personnes publiques ont la faculté d'abroger ou de retirer les actes administratifs illégaux. Certains auteurs, notamment S. Théron¹²⁸⁹, semblent partager cette thèse¹²⁹⁰.

Néanmoins, la thèse de l'existence d'une obligation d'agir en la matière est aussi parfaitement soutenable. En effet, il est permis d'estimer que l'obligation d'abrogation ou de retrait existe virtuellement avant même la demande, mais que celle-ci a pour fonction de la faire exister réellement. La demande joue alors le rôle de facteur déclenchant qui n'est qu'une condition d'activation de l'obligation d'agir.

Cette deuxième thèse paraît plus logique. Car, dans les hypothèses où il n'y a pas d'obligation d'agir dès le départ, les requêtes des administrés en vue de l'instituer n'auront aucun effet. En vertu du « principe de la disponibilité des compétences »¹²⁹¹ administratives, c'est-à-dire la possibilité pour la personne publique d'user d'une compétence sans aucune limitation, un acte administratif légal peut être abrogé à tout moment, qu'il ait créé ou pas des droits acquis, et

¹²⁸⁸. En matière d'abrogation, voir non seulement la jurisprudence « *Compagnie Alitalia* » du 3 février 1989, et la plupart des arrêts précédemment cités, mais aussi C.E., 26 juin 1989, « *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche* », Rec., p. 152 ; Rev. admin. 1989, p. 424, note Terneyre. En matière de retrait, voir par exemple C.E., 25 octobre 1985, « *Ville de Villeneuve-sur-Lot* », Rec., p. 466 ; R.F.D.A. 1986, p. 601, concl. Stirn ; C.E., 9 juillet 1997, « *Cne de Théoule-sur-Mer* », Rec., p. 295.

¹²⁸⁹. S. THERON, « *La notion de condition, contribution à l'étude de l'acte administratif* », th. précitée, p. 302 & 303.

¹²⁹⁰. La thèse de la demande comme facteur déclenchant intimement lié à l'obligation d'agir est aussi soutenue en matière d'obligation de modification pour changement fondamental de circonstances (G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 540).

¹²⁹¹. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 318.

être retiré s'il n'a pas créé de tels droits. Il y a donc, dans ce dernier cas, une faculté d'agir ; une demande d'un administré en vue de l'abrogation ou du retrait d'un acte administratif légal ne peut transformer cette faculté d'agir en obligation d'agir. Autrement dit, même en cas de demande, la personne publique reste libre de supprimer ou non un acte légal. Par conséquent, c'est l'illégalité de l'acte qui se révèle déterminante. Une partie de la doctrine se rallie à cette thèse. M. Long, P. Weil et G. Braibant soutiennent par exemple que c'est l'illégalité, et non la demande, qui transforme « la faculté d'abroger en une obligation »¹²⁹².

La deuxième thèse qui devrait s'imposer car c'est, non la demande, mais l'illégalité des actes administratifs qui fonde véritablement l'obligation de leur abrogation ou de leur retrait, semble être consacrée aussi par la jurisprudence¹²⁹³. A son époque, la jurisprudence « Dame Cachet » précitée du 3 novembre 1922 disposait déjà qu'« il appartient aux ministres, lorsqu'une décision administrative ayant créé des droits est entachée d'une illégalité de nature à entraîner l'annulation par la voie contentieuse, de prononcer eux-mêmes d'office cette annulation », autrement dit, sans attendre l'introduction d'un recours gracieux¹²⁹⁴ ou hiérarchique¹²⁹⁵.

Cependant, il faut observer que les personnes publiques dans la grande majorité des cas n'abrogent ni ne retirent des actes administratifs illégaux que sur la demande des administrés. C'est la raison pour laquelle, semble-t-il, la demande est souvent considérée comme faisant partie des conditions de l'existence des obligations d'abrogation et de retrait. De ce fait, elle peut être perçue comme un facteur restrictif de celles-ci. La portée de ces obligations

¹²⁹². M. Long, P. Weil, G. Braibant et al., obs. sous C.E. ass., 26 octobre 2001, « Ternon », G.A.J.A. 14^{ème} éd. 2003, p. 879 ; voir aussi F. CROUZATIER-DURAND, « Recherche sur la fin de l'acte administratif unilatéral », th. précitée, p. 97 ; D. de BECHILLON, « L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat », art. précité, p. 772.

¹²⁹³. Voir par ex. C.E., 17 juillet 1953, « Constantin », Rec., p. 301 ou C.E., 13 juillet 1963, « Epoux Meyer », Rec., p. 426 ; D. 1964, p. 267, note L. Di Qual.

¹²⁹⁴. Le recours gracieux est la demande adressée à l'autorité qui a pris l'acte.

¹²⁹⁵. Le recours hiérarchique est la demande adressée au supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte.

d'agir étant plus ou moins limitée, elle constitue un autre facteur de restriction de leurs manifestations.

B- La comparaison de la portée des obligations d'abrogation et de retrait

L'obligation de suppression d'actes administratifs illégaux est limitée par rapport à la nature des actes concernés. En effet, elle s'applique en principe pour l'abrogation aux actes administratifs réglementaires illégaux et pour le retrait, aux actes administratifs individuels illégaux. Néanmoins, la notion d'illégalité est en cette matière très étendue surtout par rapport au temps.

1- La nature des actes administratifs illégaux et les délais impartis pour les supprimer

Alors que l'obligation d'abrogation concerne à titre principal les actes réglementaires illégaux, celle de retrait a plutôt trait aux actes individuels illégaux créateurs de droits.

S'agissant de l'obligation d'abrogation, M. Bailly note à juste titre que le progrès apporté par les articles 2 et 3 du décret du 28 novembre 1983 « est fort mince » car ils « ne visent que les actes réglementaires illégaux »¹²⁹⁶. La jurisprudence est sur ce point unanime ; tous les arrêts, qu'ils soient anciens¹²⁹⁷ ou relativement récents¹²⁹⁸ sur l'obligation d'abrogation n'évoquent expressément que les règlements illégaux. Comme il a été souligné, la jurisprudence avait, bien avant le décret précité du 28 novembre 1983, consacré

¹²⁹⁶. M. BAILLY, « *l'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983* », art. précité, p. 1514, voir aussi p. 1516.

¹²⁹⁷. Ex. C.E., 10 janvier 1930, « *Despujol* », précité.

¹²⁹⁸. Ex. C.E., 3 février 1989, « *Compagnie Alitalia* » précité ; C.E., 2 mars 1992, « *S.A.R.L. Rableau* », D.A. 1992, n° 219 ; C.E., 20 décembre 1995, « *Vedel et Janot* », Rec., p. 440 ; C.J.E.G. 1996, p. 215 & R.F.D.A. 1996, p. 313, concl. Delarue ; A.J.D.A. 1996, p. 124, chr. Stahl & Chauvaux ; L.P.A., 26 juillet 1996, p. 25, note F. Rouvillois.

le principe d'une obligation d'abrogation des règlements rendus illégaux par des changements de circonstances de droit ou de fait, et avait exceptionnellement admis l'abrogation obligatoire de règlements illégaux dès leur édicition.

Mais, elle avait exigé que les recours contre la violation de ces obligations d'agir, fussent exercés dans le délai de droit commun des recours en annulation, c'est-à-dire dans les deux mois. L'obligation d'abrogation des règlements illégaux à cause de changement de circonstances de fait contre laquelle le recours n'était enfermé dans aucun délai constituait une exception. C'est la raison pour laquelle Guiavarc'h affirme que la seule innovation du décret de 1983¹²⁹⁹ par rapport à la jurisprudence qui l'a précédé se trouve dans l'unification des « régimes du changement de circonstances de fait et de circonstances de droit »¹³⁰⁰.

La jurisprudence « Compagnie Alitalia » précitée, qui s'est foncièrement nourrie du décret de 1983, s'est rangée à l'idée d'unification des régimes des délais. Désormais, que l'acte administratif réglementaire ait été illégal dès son édicition, ou que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait, l'obligation de l'abroger n'est enfermée dans aucun délai. Il convient de noter que la jurisprudence ne vise que les règlements illégaux car elle veut protéger la situation juridique des administrés en leur garantissant la stabilité des actes non réglementaires qui, très souvent, sont créateurs de droits à leurs profits.

D'ailleurs, c'est sans doute ce souci de sécurité juridique qui explique que le juge limite l'obligation d'abrogation des actes non réglementaires illégaux et ce, de deux manières. Pour les actes qui sont illégaux dès leur signature, qu'ils aient créé ou non de droits acquis, l'obligation de les abroger est enfermée dans le délai de droit commun de deux mois¹³⁰¹. Ce délai, il convient de le rappeler, est un élément de sécurité car, une fois qu'il s'est écoulé, les personnes

¹²⁹⁹. Ce n'est sans doute pas la seule innovation du décret du 28 novembre 1983 ; voir par exemple ce qui a été soutenu dans le (1) du (A) précédent.

¹³⁰⁰. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 539.

¹³⁰¹. C.E., 21 janvier 1991, « *Pain* », Rec., p. 692.

publiques ne peuvent plus en principe abroger de tels actes. Pour ceux qui sont devenus illégaux à cause « de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieures à [leur] édicition », l'obligation de les abroger n'est soumise à aucune condition de délai, mais ils ne doivent pas avoir créé de droits acquis¹³⁰².

Le délai se révèle donc comme un élément de sécurité pour l'administré car il est destiné à protéger ses droits. Au contraire, l'obligation d'abrogation et de retrait des actes administratifs ne visant en principe que ceux qui sont illégaux a pour fonction de préserver le principe de légalité. Le délai se révèle donc être un élément d'équilibre entre deux exigences contradictoires -d'un côté, le principe de légalité et, de l'autre, la notion de droits acquis- qu'il faut pourtant préserver. La recherche de cet équilibre explique que l'obligation de retrait est du fait du caractère rétroactif de ce dernier, plus strictement encadrée. Comme le note P. Raimbault, le retrait est « restreint par la nécessité de satisfaire aux conditions jurisprudentielles assez strictes »¹³⁰³. L'obligation de retrait concerne les actes individuels illégaux qui ont créé des droits au profit des administrés¹³⁰⁴, le retrait des règlements illégaux constituant, semble-t-il, une faculté d'agir¹³⁰⁵.

Alors que dans la jurisprudence antérieure, un acte administratif illégal créateur de droits devait en principe être retiré dans le délai de 2 mois¹³⁰⁶, correspondant au délai du recours contentieux, à partir de sa publication ou de sa notification¹³⁰⁷, l'arrêt « Ternon » précité du 26 octobre 2001 considère que son

¹³⁰². C.E., sect., 30 novembre 1990, « Association « Les Verts » », Rec., p. 339 ; R.F.D.A. 1991, p. 571, concl. Pochard ; A.J.D.A. 1991, p. 114, Chr. Honorat et Schwartz. Voir solution implicite, C.E., 22 mars 1999, « S.A. Dramont Aménagement », Rec., p. 76 ; D.A. 1999, n° 123.

¹³⁰³. P. RAIMBAULT, « Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français », th. précitée, p. 52.

¹³⁰⁴. Voir la jurisprudence « Dame Cachet » précitée du 3 novembre 1922.

¹³⁰⁵. Voir P. RAIMBAULT, « Recherche sur la nécessité juridique en droit administratif français », th. précitée, p. 47.

¹³⁰⁶. Le retrait d'actes individuels créateurs de droits acquis n'est pas, après l'écoulement du délai de retrait, possible (Ex : C.E., 16 mai 1947, « Couloma », Rec., p. 205).

¹³⁰⁷. Le juge avait, dans l'arrêt « Ville de Bagneux » (C.E. ass., 6 mai 1966, Rec., p. 303 ; R.D.P. 1967, p. 339, concl. Braibant ; A.J.D.A. 1966, p. 485, chr. Puissochet et Lecas) considéré que faute de publicité adéquate le délai ne courait pas. Par conséquent, l'acte pouvait être retiré à tout moment. Cette jurisprudence était préjudiciable pour les droits acquis car ceux-ci n'étaient plus protégés. Le

retrait est possible dans le délai de 4 mois¹³⁰⁸ à partir de son adoption. Mais, cette innovation a une portée limitée car « elle ne vaut que pour les décisions explicites créatrices de droits »¹³⁰⁹. L'arrêt dispose en effet que « sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision »¹³¹⁰.

En clair, il existe en la matière un délai de recours contentieux de 2 mois et un délai de retrait de 4 mois. C'est la raison pour laquelle P. Delvolvé souligne que la solution « Ternon » « marque nettement la rupture entre le recours et le retrait puisque leurs délais sont complètement différenciés dans leur durée »¹³¹¹.

S'agissant de la modification des actes administratifs illégaux à cause de changement fondamental de circonstances, qui est une forme de suppression car

juge avait néanmoins nuancé cette jurisprudence en considérant que l'administration se trouvait déssaisie de son pouvoir de retrait après une décision implicite non soumise à publicité (C.E. sect., 14 novembre 1969, « *Eve* », Rec., p. 498, concl. Bertrand; A.J.D.A. 1969, p. 683, chr. Denoix de Saint Marc et Labetoulle ; R.D.P. 1970, p. 784, note Waline). Elle n'était pas déssaisie après une décision implicite d'acceptation illégale soumise à publicité, mais le délai de 2 mois trouvait à s'appliquer (C.E. ass., 1 juin 1973, « *Epoux Roubin* », Rec., p. 390 ; A.J.D.A. 1973, p. 478, chr. Cabanes & Léger, p. 492, note Gilli ; J.C.P. 1973, n° 17513, note Liet-Veaux.

La loi du 12 avril 2000 précitée a quelque peu modifié la jurisprudence au profit de l'administré. Certes, elle permet le retrait aussi bien des décisions implicites d'acceptation soumises à publicité que celles non soumises à publication. Mais, ces décisions naissent après 2 mois et le délai de leur retrait est de 2 mois à partir de leur naissance. Autrement dit, la personne publique ne dispose que de 4 mois pour arrêter sa position. Or cette durée était de 6 mois dans l'état du droit antérieur (4 mois pour la naissance de la décision implicite et 2 mois pour le retrait). Par conséquent, depuis la loi de 2000, l'incertitude et l'insécurité qui guettaient l'administré, se trouvent amoindries.

S'agissant des décisions explicites, l'inconvénient susmentionné de l'arrêt « Ville de Bagneux » a été corrigé. Le juge considère que, même en l'absence de publicité adéquate et du respect des règles d'opposabilité prévues à l'article 9 du décret de 1983, la personne publique ne peut retirer « une décision individuelle créatrice de droits au-delà du délai de deux mois après sa notification, alors même que cette décision serait illégale (C.E. ass., 24 octobre 1997, « *Mme de Laubier* », Rec., p. 371 ; R.F.D.A. 1998, p. 527, concl. Péresse ; A.J.D.A. 1997, p. 936, chr. Girardot & Raynaud ; J.C.P. 1998, I, n° 165, chr. Petit; D. 1998, p. 202, note Brisson ; Gaz. Pal., 9/10 février 2000, p. 31, note Suarès ; C.A.A. Nancy, 4 février 1999, « *Cne de Marly* », A.J.D.A. 1999, p. 228 ; C.A.A. Bordeaux, 8 mars 1999, « *Centre sanitaire et scolaire de Saint-Clar* », D.A. 1999, n° 187, comm. Auby).

¹³⁰⁸. Voir aussi C.E. avis, 3 mai 2004, A.J.D.A. 2004, p. 824.

¹³⁰⁹. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT et al., G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 877, obs. sous C.E. ass., 26 octobre 2001, « *Ternon* ».

¹³¹⁰. 7^{ème} considérant.

¹³¹¹. P. DELVOLVÉ, note sous l'arrêt « *Ternon* », R.F.D.A. 2002, p. 90.

un acte qui a été modifié ne peut plus s'appliquer comme il était au départ¹³¹², l'obligation d'agir en la matière est applicable aux actes réglementaires¹³¹³, et que sa portée sur les actes individuels est limitée¹³¹⁴. Mais, cette solution n'est pas surprenante dans la mesure où les problèmes que peut poser la modification des actes administratifs illégaux parmi lesquels, surtout, le sentiment d'insécurité juridique de la part des administrés, sont sensiblement les mêmes que ceux posés par l'abrogation.

L'obligation de suppression des actes administratifs illégaux est donc limitée en principe aux actes réglementaires illégaux. C'est un facteur de plus qui concourt au caractère partiel de cette obligation. Néanmoins, la notion d'illégalité est en la matière très étendue.

2- L'étendue de l'illégalité

Il convient de rappeler que l'obligation d'abrogation ou de retrait s'applique aux actes réglementaires illégaux dès leur édicition. Mais cette situation semble normale car elle n'est que le reflet du droit commun, la requête de déclenchement de cette obligation devant en effet intervenir dans les deux mois à partir de l'édiction de l'acte. Au-delà, comme il a été indiqué précédemment, l'obligation d'agir se meut en faculté d'agir. Par conséquent, le juge, en « étendant » l'obligation d'abrogation aux actes réglementaires devenus illégaux à cause de changement de circonstances de droit ou de fait¹³¹⁵, a par là même élargi la portée de l'illégalité par rapport au droit commun. Il n'apprécie plus la légalité de l'acte réglementaire uniquement dans la période de sa naissance qu'on peut considérer dans la logique jurisprudentielle qu'elle inclut

¹³¹². F. CROZATIER-DURAND écrit justement qu'un acte administratif modifié est un acte dont une partie « est anéantie » (« *Recherche sur la fin de l'acte administratif unilatéral* », th. précitée, p. 116).

¹³¹³. En ce sens C.E., 10 janvier 1930, « *Despujol* », précité.

¹³¹⁴. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, pp. 538 & 539.

¹³¹⁵. Voir le 1 du A précédent.

aussi les deux mois et non seulement la publicité, mais aussi par rapport à ce qui adviendra dans son existence.

Cette démarche englobante qui ne concerne que l'obligation d'abrogation et non celle de retrait¹³¹⁶, est à soutenir car elle participe à la clarté du droit administratif. Même si un règlement rendu illégal par un changement de circonstance devient en pratique inapplicable du fait même de ce changement qui lui retire toute base légale, il semble important de l'abroger afin de désengorger le droit administratif de règles inadaptées.

Du reste, l'obligation d'abrogation pèse sur les personnes publiques françaises à causes des règlements illégaux non par rapport au droit français uniquement, mais aussi par rapport au droit européen. Dans ce dernier cas, le problème est surtout posé par les directives puisque ce sont elles qui ont généralement besoin d'être transposées par les autorités publiques en droit interne.

Dans l'espèce « Compagnie Alitalia » précitée du 3 février 1989, les dispositions fiscales françaises qui provenaient des décrets du 27 juillet 1967 et du 29 décembre 1979 étaient contraires à la 6^{ème} directive dont les mesures de transposition devaient être prises au plus tard le 1er janvier 1979. Le Conseil d'Etat ayant à cette occasion élevé l'abrogation des règlements illégaux au rang des principes généraux du droit, a annulé le refus du Premier ministre français d'abroger aussi bien les dispositions antérieures que celles postérieures à la date prévue pour l'application de la 6^{ème} directive. L'annulation en l'espèce du refus du gouvernement implique une obligation de l'Etat d'abroger les règlements

¹³¹⁶. Néanmoins, l'article 2 du décret du 28 novembre 1983 limite quelque peu la distinction entre l'obligation d'abrogation et l'obligation de retrait car il oblige les autorités administratives à annuler et, par conséquent, à retirer tout acte non réglementaire pris en vertu d'un acte réglementaire illégal malgré l'écoulement « des délais de recours » aux seules conditions qu'il y ait une demande en ce sens et que l'acte concerné n'ait pas « créé de droits au profit des tiers ». Cette disposition considère en quelque sorte que l'acte réglementaire illégal communique son illégalité à l'acte non réglementaire.

administratifs illégaux eu égard à l'objectif fixé par les directives européennes¹³¹⁷.

Malgré l'élargissement de l'illégalité pouvant faire naître une obligation de suppression d'actes administratifs, celle-ci demeure néanmoins partielle pour les multiples raisons précédemment évoquées. L'obligation d'agir apparaît plus marginale encore dans les contrats administratifs.

§2 - Les pouvoirs des personnes publiques en matière de contrats administratifs

Ce n'est pas parce que le recours par les personnes publiques au procédé contractuel est en lui-même facultatif que l'obligation d'agir est totalement absente du contrat administratif. Il convient de rappeler que c'est entre autres ce type de contrat qui a conduit à la distinction entre l'obligation d'agir et l'obligation de faire¹³¹⁸. Le caractère unilatéral de l'obligation d'agir n'incite pas à voir dans les stipulations purement contractuelles une source d'obligations d'agir, mais d'obligations de faire. C'est donc la présence dans un contrat administratif à la fois d'obligations de source unilatérale et d'obligations de source contractuelle qui explique cette césure. Comme le pense L. Richer, « *le pouvoir de décision unilatérale est étroitement mêlé à la vie du contrat* »¹³¹⁹.

Cette précision conduit à ne chercher l'obligation d'agir en matière contractuelle que dans les pouvoirs unilatéraux traditionnels que les personnes publiques détiennent dans ce domaine. C'est principalement pour cette raison que l'obligation d'agir y apparaît très partielle. Ce sont le pouvoir de contrôle d'une part et, d'une manière assez inattendue, les pouvoirs de modification et de

¹³¹⁷. En l'espèce, les directives avaient fixé comme objectif aux Etats membres de prendre les dispositions nécessaires pour arriver à une déduction de la T.V.A. pour les biens livrés et les services rendus à l'assujéti dans le cadre de ses activités professionnelles (6^{ème} directive) avant le 1^{er} janvier 1979 (9^{ème} directive).

¹³¹⁸. Voir 1^{ère} partie, titre II, chapitre I, section I, § II.

¹³¹⁹. L. RICHER, « *Droit des contrats administratifs* », L.G.D.J., 4^{ème} éd. 2004, p. 60, n° 70.

résiliation d'autre part, qui sont concernés¹³²⁰. L'exercice du pouvoir de sanction, y compris donc la réalisation-sanction, ne semble pas constituer une obligation d'agir.

A- Le pouvoir de contrôle des contrats administratifs

Il faut d'emblée, pour l'éclaircissement des développements qui vont suivre, préciser que la distinction entre le pouvoir de contrôle des contrats administratifs et celui de modification « peut être tenue »¹³²¹. C'est souvent grâce au contrôle que la personne publique est amenée à modifier certaines sujétions de son cocontractant. En réalité, le pouvoir de contrôle est limité aux cas où son exercice n'a pas conduit à une modification des « données initiales du contrat » car, dans le cas contraire, il y aura « nécessité de requalifier le pouvoir exercé en pouvoir de modification unilatérale »¹³²².

Ainsi circonscrit, le pouvoir de contrôle des contrats administratifs ne peut être valablement répertorié dans les obligations d'agir des personnes publiques que s'il satisfait à deux conditions. D'une part, il faut qu'il ait un caractère unilatéral, autrement dit, il faut que son existence soit en principe extérieure aux stipulations contractuelles. Cet aspect qui pouvait être abordé dans la première partie est évoqué ici car il est un préalable à l'existence d'une obligation -d'agir- de contrôle des contrats. Par conséquent, le regroupement des problèmes inhérents au pouvoir de contrôle autour du contrôle lui-même a été privilégié.

¹³²⁰. Comme le font remarquer A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, le pouvoir d'interventions, à savoir le contrôle et la modification éventuelle des contrats administratifs doit être distingué du pouvoir de police qui, lui aussi, peut avoir des conséquences sur ces genres de contrats (ex. : l'édiction des mesures de police de chantiers afin d'assurer la sécurité du public peut conduire les parties à adopter des mesures de signalisation qui n'étaient pas prévues par le contrat) car « d'une part, les autorités compétentes pour l'exercer ne sont pas toujours les mêmes dans les deux cas, et surtout les règlements de police sont toujours assortis de sanctions pénales (...) que ne comportent pas normalement les mesures d'intervention dans le contrat » (« *Traité des contrats administratifs* », t2, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1984, p. 381).

¹³²¹. C. GUETTIER, « *Droit des contrats administratifs* », P.U.F., Paris, 2004, p.332, n° 542.

¹³²². P. TERNEYRE, « *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif* », Economica, 1989, p. 113.

D'autre part, il faut que son exercice s'impose aux personnes publiques contractantes. Contrairement à l'avis de certains, la doctrine et la jurisprudence semblent sur ces deux points concordantes.

1- La question de l'extériorité du pouvoir de contrôle des contrats administratifs par rapport aux contrats eux-mêmes

Pour résoudre cette question, la démarche de P. Terneyre ne sera pas suivie. Celui-ci, pour analyser le pouvoir de contrôle, et notamment pour savoir s'il a une origine contractuelle ou non, se base exclusivement sur l'exemple des marchés de travaux publics¹³²³. Cet exemple le conduit à estimer que ce pouvoir a en principe une origine contractuelle dans la mesure où il est prévu soit par le marché¹³²⁴ soit par ses cahiers des charges¹³²⁵. Or les cahiers des charges des marchés publics ont une nature contractuelle¹³²⁶, malgré le fait qu'ils sont unilatéralement définis¹³²⁷. La jurisprudence les considère comme une variété de contrats d'adhésion. De ce fait, le pouvoir de contrôle prévu par les cahiers de charges des marchés publics ou par les marchés eux-mêmes a automatiquement une nature contractuelle.

¹³²³. P. TERNEYRE, *Ibid.*, p. 112 & s.

¹³²⁴. Ex : C.E., 4 juillet 1980, « *Ministre de l'Équipement C. Entreprise Zublin-Perrière* », *Rec.*, p. 787, R.D.P. 1981, p. 526.

¹³²⁵. Ex : C.E., 19 juin 1981, « *Bongiovanni* », *Rec.*, R.D.P. 1982, p. 533.

¹³²⁶. En ce sens : T.C., 24 juin 1968, « *Ursot* », *Rec.*, p. 798 ; C.E., 2 juillet 1982, « *Conseil national de l'ordre des architectes* », A.J.D.A. 1983, p. 30, concl. Pauti ; T.C., 26 mars 1990, « *A.F.P.A.* ». Y. GAUDEMET explique cette solution par le fait que les cahiers des charges ne peuvent être modifiés par voie de dispositions générales au cours de l'exécution du contrat (« *Traité de droit administratif* », t1, L.G.D.J., 16^{ème} éd. 2001, p. 694, n° 1451). Actuellement les textes semblent faire une distinction selon qu'il s'agit des marchés des collectivités locales ou de l'Etat. Alors que les cahiers des charges des marchés des premières ne paraissent pas être attribués une valeur particulière par la loi du 2 mars 1982, ceux de l'Etat sont considérés comme ayant une nature contractuelle conférée par les articles 12 et 13 du nouveau code des marchés (P. SCHULTZ, « *Éléments du droit des marchés publics* », L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2002, pp. 84 & 85).

¹³²⁷. Les cahiers des charges sont en effet établis « *a priori* par l'Administration ». Le futur cocontractant doit par conséquent les « accepter ou (...) refuser en bloc » (G. PEQUIGNOT, « *Théorie générale du contrat administratif* », th. Paris, 1945, p. 277).

Ces cahiers de charges ne sont pas un exemple probant pour conclure que le pouvoir de contrôle possède une nature contractuelle car ces mêmes cahiers des charges, s'ils portent sur un contrat de concession¹³²⁸, auront une nature réglementaire¹³²⁹ ou, selon l'avis de certains auteurs, une nature hybride, à savoir mi-réglementaire et mi-contractuelle¹³³⁰. Par conséquent, le pouvoir de contrôle y afférent aura une nature, cette fois-ci, réglementaire ou mi-réglementaire. En conséquence, si l'exercice du pouvoir de contrôle est dans ce dernier cas obligatoire, on sera en présence d'une obligation d'agir et dans une obligation de faire dans le cas des marchés publics. Ce qui paraît quelque peu douteux.

C'est en réalité la différence de nature entre les cahiers des charges des marchés de travaux publics et ceux de la concession qui est injustifiée. Pourquoi en effet, des clauses qui sont élaborées unilatéralement par la personne publique sont dans le cas des marchés, contractuelles et, dans le cas de la concession, réglementaires ? Sans doute la notion de service public qui est très souvent présente dans les contrats de concession explique la nature réglementaire des cahiers des charges de ces derniers. Cela permet de les modifier par voie

¹³²⁸. La concession est un mode de gestion du service public par lequel une collectivité publique (concedante) confie par contrat à une personne privée (concessionnaire), le fonctionnement d'un service public. Cette dernière se rémunère au moyen de redevances perçues sur les usagers. Une note ultérieure fera la distinction entre ce mode de gestion et l'affermage.

¹³²⁹. Voir C.E., 19 janvier 1912, « Marc », R.D.P. 1912, p. 46.

¹³³⁰. Les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service ont une nature réglementaire et celles relatives à certaines obligations des parties, l'une envers l'autre, comme la somme à payer, « la qualité des matériaux » (G. PEQUIGNOT, « *Théorie générale du contrat administratif* », th. précitée, p. 284 & s.) ou « la durée de la concession » (G. PEQUIGNOT, op. cit., Ibid.) ont une nature contractuelle. Jèze fait une distinction similaire (note sous C.E., 31 mai 1907, « *Deplanque* », R.D.P. 1907, p. 682). L'intérêt est que les premières sont modifiables au gré des changements de la réglementation et que les tiers peuvent les invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir, alors que les secondes sont en principe immuables et seules les parties peuvent les contester devant le juge du contrat. Néanmoins PEQUIGNOT se demande s'il est exact d'affirmer qu'en ce qui concerne les rapports entre les parties, les clauses réglementaires « *ne sont pas en quelque mesure contractuelles* » (op. cit., p. 290). La réponse lui paraît être affirmative. Selon lui en effet, le cocontractant de l'administration « est *seul débiteur* du service, seul débiteur de sa collaboration au service. Il est dans une *situation unique*, dans une *situation qui n'a rien d'objectif*. Cette situation, même au regard des clauses relatives au service public, est bien une *situation individuelle* » (op. cit., Ibid.), c'est-à-dire subjective et, par conséquent, contractuelle. Il est toutefois concevable de considérer le cocontractant comme étant tiers par rapport aux clauses relatives au service. Cela permettrait de considérer que ces clauses sont réglementaires à l'égard de tous.

réglementaire, et donc d'adapter plus facilement le service sans que le concessionnaire puisse y opposer un refus.

Mais le pouvoir de modification unilatérale n'est pas spécifique à la concession et à son cahier des charges. En principe, tous les cahiers des charges des contrats administratifs, qu'ils aient un caractère réglementaire ou contractuel, peuvent faire l'objet d'une modification par la personne publique sur le fondement du pouvoir de modification unilatérale reconnu à celle-ci par la jurisprudence¹³³¹. La différence notable entre les cahiers des charges des contrats concernés réside dans le fait qu'une nouvelle réglementation permet de modifier d'office les clauses des cahiers des charges des concessions et de toutes les autres délégations de service public grâce à leur nature réglementaire¹³³². Une telle modification est en principe impossible s'agissant des clauses des cahiers des charges des marchés à cause de leur caractère contractuel.

Néanmoins, le pouvoir de contrôle ne doit pas obéir à cette dichotomie dans la mesure où il doit pouvoir être exercé non seulement dans les marchés de travaux publics ou les concessions de service public, mais aussi en principe dans tous les contrats administratifs. En effet, l'intérêt général que comporte la majorité de ces contrats milite en faveur de la reconnaissance de ce pouvoir parmi les règles générales des contrats administratifs, c'est-à-dire applicables en dehors des stipulations contractuelles et, partant, son caractère réglementaire. Ce caractère réglementaire ou unilatéral laisse dès lors présager l'existence d'une obligation d'agir en matière de contrôle des contrats administratifs. Cette orientation est encouragée par une grande partie de la doctrine car celle-ci soutient ce caractère réglementaire.

Ainsi pour Jèze, le pouvoir de contrôle des contrats administratifs existe en réalité d'office car même en cas « du silence du contrat sur l'étendue du

¹³³¹. C.E., 11 mars 1910, « *Compagnie générale française des tramways* », Rec., p. 216, concl. Blum ; C.E., 2 février 1983, « *Union des transports publics urbains et régionaux* », Rec., p. 33.

¹³³². Voir M. BERBARI, S. BRIAND, J.-E. CALLON et al., « *Délégations de service public* », Litec, 2000, p. 71, n° 161.

pouvoir de contrôle de l'administration, l'idée générale qu'inspire les stipulations précises de C.C.G. fournit la solution : (...) l'administration, responsable du bon fonctionnement du service public, a le droit de surveiller l'exécution du contrat à tous les moments de l'exécution, pourvu qu'elle n'enlève pas au fournisseur l'initiative et le choix des moyens qui lui ont été donnés par le contrat lui-même »¹³³³. De même, selon G. Vedel et P. Delvolvé, le pouvoir de contrôle existe sans « besoin de le stipuler expressément »¹³³⁴. Péquignot déclare que le droit de contrôle « dérive moins d'une idée contractuelle que de l'idée de service public »¹³³⁵. La réduction du pouvoir de contrôle à « l'idée de service public » semble s'expliquer par rapport à la concession.

De même, A. de Laubadère, après avoir évoqué le contrôle parmi les « pouvoirs d'interventions » de l'administration dans l'exécution du contrat, écrit que ces pouvoirs « sont très fréquemment prévus par des dispositions des C.C.G. ou des contrats eux-mêmes. Mais, comme ils sont liés aux caractères du contrat administratif, ils existent en eux-mêmes d'une manière générale en dehors des prévisions contractuelles. Celles-ci les consacrent, les réglementent, étendent ou restreignent leur portée. Elles ne créent pas le principe même de pouvoirs qui reposent sur les exigences de l'intérêt général dont l'administration poursuit la réalisation à l'occasion de ses activités contractuelles comme de ses autres activités »¹³³⁶.

Cependant, pour A. de Laubadère, outre le pouvoir de modification, c'est seulement ce qu'il appelle le « contrôle de surveillance » qui est directement concerné par cette affirmation, et non le « pouvoir de direction ». Le premier consiste dans des interventions matérielles -visites, vérifications...- ou

¹³³³. Jèze cité par exemple par A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t2, note n° 6, p. 386.

¹³³⁴. G. VEDEL et P. DELVOLVE, « *Droit administratif* », t1, P.U.F., 1992.

¹³³⁵. PEQUIGNOT, « *Théorie générale du contrat administratif* », th. précitée, p. 306.

¹³³⁶. A. de LAUBADERE, « *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* », t2, L.G.D.J., 1956, p. 319.

juridiques -injonctions, ordres de service...- pour s'assurer que le cocontractant exécute le contrat comme prévu. Le second se manifeste « lorsque l'administration ne se borne plus à s'assurer de l'exécution des obligations prévues dans le contrat mais intervient dans *le choix des modalités d'exécution* qui ont pu n'être pas précisées dans le contrat, par exemple agréer ou refuser d'agréer tel moyen d'exécution ou prescrit l'emploi d'un de ces moyens à l'exclusion des autres ; sans apporter des modifications au contrat, puisque par hypothèse il ne s'agit pas des modalités précisées par celui-ci, l'administration limite les initiatives du cocontractant »¹³³⁷.

L'intérêt de cette distinction consiste à penser que seul le contrôle de surveillance existe d'office pour tous les contrats administratifs et que l'obligation d'agir ne porterait que sur cet aspect. L'existence extracontractuelle du pouvoir de direction dépendrait de « l'objet du contrat ». Ce pouvoir existerait d'office pour les marchés de travaux et la concession, et non pour les marchés de fournitures¹³³⁸.

Cette distinction dans le pouvoir de contrôle entre la surveillance et la direction est globalement critiquable car le pouvoir de direction est impliqué par le pouvoir de surveillance. En effet, il semble que si un pouvoir de surveillance sur les contrats administratifs est admis au profit de la personne publique contractante, c'est afin de lui permettre, le cas échéant, de les diriger. Le pouvoir de direction serait donc une conséquence logique du pouvoir de surveillance et, partant, inséparable de celui-ci. De fait, il ne semble pas pertinent de les distinguer et, encore moins, d'essayer de leur trouver un régime différent.

P.-L. Frier semble adopter ce point de vue. En effet, il considère que contrôle et direction relèvent d'un même pouvoir dont l'existence ne dépend pas des stipulations contractuelles puisque, en tout état de cause, l'administration contractante détient « un pouvoir de contrôle et de direction » sur les contrats

¹³³⁷. A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t2, p. 383, n° 1164.

¹³³⁸. A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, Ibid., p. 387, n° 1166.

administratifs¹³³⁹. De même, pour Péquignot, le pouvoir de contrôle existe « même en l'absence de tout texte »¹³⁴⁰ à l'égard de tous les contrats administratifs¹³⁴¹. Ces positions montrent que l'obligation d'agir en matière de contrôle des contrats administratifs est envisageable.

Néanmoins, malgré le fait que la doctrine trouve au pouvoir de contrôle un fondement extracontractuel, certains auteurs¹³⁴² affirment qu'elle n'a pas été suivie par la jurisprudence. L. Richer pense qu'au contraire cette dernière a plutôt tendance à affirmer l'inverse, c'est-à-dire que le pouvoir de contrôle n'existe que si le contrat l'a prévu. Il cite à cet égard l'arrêt « Ville de Mascara »¹³⁴³ relatif à un contrat de concession. Or, l'arrêt « Caire »¹³⁴⁴ qui est postérieur à celui-là, admet le pouvoir de contrôle alors même qu'il n'apparaît pas avoir été prévu par le contrat de concession. De même, le juge a reconnu ce pouvoir à l'administration alors qu'il n'était pas prévu par les stipulations des marchés de travaux publics¹³⁴⁵. Le fait que la personne publique puisse dans un contrat de concession par exemple élargir son contrôle au-delà des limites prévues par le contrat¹³⁴⁶ montre aussi que le pouvoir de contrôle existe d'office et qu'il ne peut être limité par le contrat. Par conséquent, la jurisprudence semble aller de concert avec la doctrine sur la question du fondement du pouvoir de contrôle. Ce fondement semble bien extra-contractuel. Autrement dit, le pouvoir de contrôle des contrats administratifs existe d'office. Il échappe aux parties. Il est extérieur aux contrats et peut donc représenter une obligation d'agir.

Mais malgré la satisfaction de cette condition d'extériorité, l'exercice du pouvoir de contrôle peut n'être qu'un droit, c'est-à-dire une faculté, et non une

¹³³⁹ P.-L. FRIER, *«Précis de droit administratif»*, Montchrestien, 3^{ème} éd. 2004, p. 345, n° 592.

¹³⁴⁰ PEQUIGNOT, *« Théorie générale du contrat administratif »*, th. précitée, p. 309.

¹³⁴¹ PEQUIGNOT, *Ibid.*, p. 310.

¹³⁴² J.-F. BRISSON et A. ROUYERE, *« Droit administratif »*, op. cit., p. 285 ; L. RICHER, *« Droit des contrats administratifs »*, op. cit., p. 248, n° 339.

¹³⁴³ C.E., 3 avril 1925, *« Ville de Mascara »*, Rec., p. 382.

¹³⁴⁴ C.E., 5 novembre 1937, Rec., p. 899.

¹³⁴⁵ C.E., 22 juin 1952, *« Société pour l'exploitation des produits Ingrand »*, Rec., p. 130.

¹³⁴⁶ C.E., 18 juillet 1930, *« Cie P.L.M. »*, Rec., p. 753, concl. Josse ; R.D.P. 1931, p. 142.

obligation d'agir. C'est la raison pour laquelle il faut à présent se demander si son exercice est impératif pour la personne publique contractante ou pas.

2- La question de l'exercice obligatoire du pouvoir de contrôle des contrats administratifs

Le pouvoir de contrôle des contrats administratifs mérite-t-il plus que son qualificatif de pouvoir, c'est-à-dire de « possibilité », de « droit » ou de « faculté »¹³⁴⁷ d'agir ? Certains auteurs le croient.

Ainsi, G. Guiavarc'h pense que l'exercice de ce pouvoir est obligatoire dans la mesure où les administrés peuvent valablement saisir le juge s'ils estiment que l'administration a manqué à son contrôle¹³⁴⁸. Mais il convient de rappeler que la recevabilité des recours n'est pas une condition de l'obligation d'agir car la compétence discrétionnaire peut aussi faire l'objet de recours pour excès de pouvoir ou indemnitaire. Même si les hypothèses d'annulation ou de responsabilité sont en l'occurrence très rares, le recours en lui-même est possible. Par conséquent, pour pouvoir affirmer l'existence d'une obligation de contrôle, il faut qu'il y ait soit une annulation du refus de contrôler l'exécution des contrats administratifs, soit un engagement de la responsabilité administrative pour faute. En clair, il faut dans tous les cas une illégalité ou une faute résultant d'une abstention¹³⁴⁹.

Même P. Terneyre qui conclut à tort, pour les raisons précédemment relatées, au principe de la nature contractuelle du pouvoir de contrôle, pense que l'exercice de celui est obligatoire. Il écrit en effet, que l'administration « est

¹³⁴⁷. Voir la synonymie du mot pouvoir dans « *le nouveau PETIT ROBERT* », 1996.

¹³⁴⁸. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 312.

¹³⁴⁹. Voir titre I de la première partie.

tenue, au-delà de ses droits contractuels de contrôle, à un véritable « devoir » de surveillance destiné à s'assurer de la bonne exécution du service »¹³⁵⁰.

Il est dès lors très clair que les auteurs, malgré la variation des expressions utilisées -« pouvoir de contrôle », « devoir de surveillance », « droit de contrôle ou de direction », « obligation d'assistance » etc.- s'accordent sur un point : les personnes publiques doivent avoir un droit de regard sur les contrats de nature administrative qu'elles ont signés, que ce droit soit prévu ou non par les stipulations contractuelles. Cette solution est d'autant plus acceptable qu'on peut facilement être porté à juger inadmissible qu'un contrat administratif puisse valablement exclure tout contrôle de la part de la personne publique contractante.

En réalité, la question de l'obligation de contrôle n'a été vraiment envisagée que pour les contrats de concession de service public. A ce sujet, A. de Laubadère écrit que l'obligation de contrôle « se traduit par la possibilité pour les usagers de mettre en mouvement des voies de droit soit pour obliger le concédant à exercer son contrôle, soit pour mettre en cause sa responsabilité si sa négligence à cet égard leur cause un préjudice »¹³⁵¹. Il cite pour la première hypothèse l'arrêt « Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli »¹³⁵² et, pour la seconde, notamment les arrêts « Protectorat de l'Annam »¹³⁵³ et « Caire »¹³⁵⁴. L. Richer¹³⁵⁵, quant à lui, cite les arrêts « Ville d'Amiens »¹³⁵⁶ et « S.A. Tahiti Moorea Service »¹³⁵⁷. En réalité, ces arrêts, à

¹³⁵⁰. P. TERNEYRE, « *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif* », op. cit., p. 114.

¹³⁵¹. A. de LAUBADERE, F. MODERNE ET P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t2, p. 427, n° 1198.

¹³⁵². C.E., 21 décembre 1906, « *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* », Rec., p. 962, concl. Romieu ; S. 1907, III, p. 33, note Hauriou ; G.A.J.A. 14^{ème} éd. 2003, p. 103.

¹³⁵³. C.E., 2 juin 1933, « *Protectorat de l'Annam* », D. 1934, III, p. 61, note Appleton.

¹³⁵⁴. C.E., 5 novembre 1937, « *Caire* », Rec., p. 899.

¹³⁵⁵. L. RICHER, « *Droit des contrats administratifs* », op. cit., p. 521, n° 800.

¹³⁵⁶. C.E., 7 janvier 1976, « *Ville d'Amiens* », Rec., p. 11.

¹³⁵⁷. C.A.A. de Paris, 4 juin 1992, « *S.A. Tahiti Moorea Service* », C.J.E.G. 1993, p. 331, note Delpirou.

l'exception d'un seul, ne permettent pas de soutenir la thèse de l'existence d'une obligation de contrôle des contrats de concession.

Le premier et le second parce qu'ils comportent non des obligations d'agir mais des obligations de non agir. En effet, s'agissant du premier, le refus du préfet d'user de ses prérogatives de puissance publique pour obtenir la reprise de l'exploitation de la ligne de tramways supprimée ayant été validé par le juge, cela signifie que le préfet ne devait pas obliger le concessionnaire à reprendre l'exploitation d'une ligne qui ne figurait pas dans le contrat de concession. Le dernier considérant est sur ce point très clair : « Cons. que, pour repousser la demande du syndicat, le préfet s'est fondé sur ce que le tronçon de ligne dont il s'agit n'était pas compris dans le réseau concédé (...) ; qu'en l'absence d'une décision rendue par la juridiction compétente et donnant au contrat de concession une interprétation différente de celle admise par le préfet, le syndicat n'est pas fondé à soutenir que le refus qui lui a été opposé par le préfet (...) est entaché d'excès de pouvoir ».

Pour le second, ce n'est plus une abstention validée, mais une action que le juge a sanctionnée qui était au cœur de l'arrêt. Néanmoins, on en arrive à la même conclusion, c'est-à-dire à une interdiction. En effet, le Protectorat de l'Annam avait commis une faute -action- engageant sa responsabilité pour faute lourde pour avoir autorisé la circulation du véhicule, à bord duquel les époux Giraud allaient être victimes d'un accident, pour le transport des personnes sans police d'assurance. Cette faute -action- est synonyme d'obligation de non agir et non d'obligation d'agir.

Les arrêts « Ville d'Amiens » et « S.A. Tahiti Moorea Service » ne portent même pas sur le pouvoir de contrôle ou de direction tels qu'ils ont été définis notamment par A. de Laubadère¹³⁵⁸. Les obligations de la ville d'Amiens qui consistaient à assermenter l'agent municipal « chargé de constater les infractions au stationnement » des emplacements de la concession, à publier une

¹³⁵⁸. Voir le 1- précédent.

réglementation de stationnement et les poursuites encourues et à transmettre au procureur de la République les procès verbaux aux fins de poursuites, ou celles du territoire de la Polynésie française dans la jurisprudence « S.A. Tahiti Moorea Service » qui se résumaient à la fixation des tarifs « adaptés » et à la limitation de la concurrence pour permettre à son concessionnaire « de poursuivre son activité de service public » ne peuvent être regardées comme entrant dans le champ de la définition du contrôle des concessions. De façon primaire, ce contrôle consiste à vérifier l'exécution par le concessionnaire de ses obligations, et non dans des engagements contractuels de la personne publique concédante.

C'est seulement la jurisprudence « Caire » et, à notre connaissance, elle est la seule, où le Conseil d'Etat utilise la notion « pouvoirs de contrôle »¹³⁵⁹ et considère que leur exercice est obligatoire. En effet, le juge y déclare que « l'article 4 du contrat de concession passé (...) par la ville de Saint-Galmier avec le sieur Danis obligeait ce dernier à contracter des assurances auprès de compagnies sérieuses, notamment pour les accidents de toutes sortes » et « qu'en ne vérifiant pas si le concessionnaire s'était conformé à l'obligation à lui imposée et avait fait muter à son nom la police d'assurance contractée par son prédécesseur, la ville de Saint-Galmier a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité ». Cette décision paraît particulièrement importante car d'une part, elle montre que l'exercice du pouvoir de contrôle des contrats de concession est obligatoire pour la personne publique concédante et d'autre part, elle a institué cette obligation alors que, contrairement à ce que soutient Liet-Veaux¹³⁶⁰, elle n'était pas formellement prévue par les stipulations de la concession.

¹³⁵⁹. Jurisprudence « Caire » précitée, 1^{er} considérant.

¹³⁶⁰. G. LIET-VEAUX, note sous C.E., 24 juin 1949, « *Cne de Saint-Servan* », Rev. Admin., 1949, p. 468, col. 2.

Dans une décision relativement récente, « Commune de Toulon »¹³⁶¹, le Conseil d'Etat, en annulant le refus de la personne publique de contrôler un contrat de concession, a confirmé l'existence d'une obligation d'agir en la matière.

Cependant, puisque l'existence d'une obligation d'agir en matière de contrôle des contrats administratifs n'a été démontrée que pour le contrat de concession, doit-on conclure que l'exercice du pouvoir de contrôle n'est obligatoire que pour ce genre de contrat et que, pour les autres, il est facultatif ? Une réponse affirmative paraît s'imposer. Car, c'est le service public, quand il est présent dans la concession, qui semble expliquer le contrôle obligatoire de celle-ci.

Si la concession ou l'affermage¹³⁶² ont été conclus en vue de prendre en charge des services publics, les personnes publiques doivent veiller à ce que le concessionnaire ou le fermier remplissent leurs obligations de service public qui sont, les mêmes que si c'était une personne publique qui gèrait le service dans le cadre d'une régie. Ils doivent par exemple assurer sa continuité.

Ainsi le principe en matière de contrôle de contrats administratifs est la faculté et, l'obligation, l'exception. Le caractère partiel de l'obligation d'agir se rencontre également en matière de modification et de résiliation contractuelles car, le principe, là aussi, est la faculté.

¹³⁶¹. C.E. sect., 14 janvier 1998, « *Cne de Toulon* », C.J.E.G. 1999, p. 148.

¹³⁶². Comme le souligne L. RICHER, la concession et l'affermage sont des contrats « conclus par la collectivité publique compétente » et destinés à « confier une activité d'intérêt général » (« *Droit des contrats administratifs* », op. cit., p. 487, n° 739). Ces contrats se distinguent par le fait que dans la concession, c'est le concessionnaire qui prend en charge les premiers investissements, alors que dans l'affermage, le fermier ne fait que gérer un service qui a été mis en place par la personne publique (Ibid., pp. 488, n° 740 et 491, n° 746). Néanmoins, aussi bien le concessionnaire que le fermier gèrent le service à leurs risques et périls.

B- La transmutation possible des pouvoirs unilatéraux de modification ou de résiliation contractuelles en obligation d'agir

Si la question a pu légitimement se poser pour savoir si le pouvoir de contrôle existe en dehors ou non des stipulations contractuelles, ce ne sera pas le cas s'agissant des pouvoirs en cause ici. Car il est établi qu'aussi bien le pouvoir de modification unilatérale que celui de résiliation font partie des règles générales gouvernant les contrats administratifs et, par conséquent, existent d'office¹³⁶³.

Il convient de rappeler que l'exercice de ces pouvoirs est en principe facultatif pour la personne publique contractante. Le problème sera donc de se demander si ce principe souffre d'exception. Autrement dit, existe-t-il des cas dans lesquels la personne publique doit agir en ces matières ? Une réponse positive devra être apportée à cette interrogation car l'un comme l'autre de ces pouvoirs peuvent subir une transmutation qui est, il est vrai, exceptionnelle.

1- La transmutation possible du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs en obligation d'agir

Dans le droit contractuel, le pouvoir de modification unilatérale et le « fait du prince » sont très proches en ce sens qu'ils ont tous deux une incidence sur les contrats administratifs. Cependant, ils doivent être distingués car dans le

¹³⁶³. Pour le pouvoir de modification, voir par exemple C.E., 21 mars 1910, « *Compagnie française des tramways* », Rec., p. 216, Concl. Blum ; R.D.P. 1910, p. 270, note Jèze ; S. 1911, III, p. 1, note Hauriou ; C.E., 12 mai 1983, « *Cie générale des eaux* », Rec., p. 508 ; C.E., 9 février 1951, « *Ville de Nice* », Rec., p. 80 ; C.E., 2 février 1983, « *Union des transports publics urbains et régionaux* », Rec., p. 33 ; R.D.P. 1984, p. 212, note J-M. Auby ; R.F.D.A. 1984, p. 45, note F. Llorens.

Pour le pouvoir de résiliation, voir par exemple C.E., 7 novembre 1930, « *Teyssseyre* », Rec., p. 912 ; C.E., 30 décembre 1942, « *Simongiovanni* », Rec., p. 362 ; C.E., 28 juillet 1951, « *Aubouin* », R.D.P. 1952, p. 535 ; C.E., 25 janvier 1952, « *Ministre de la guerre* », R.D.P. 1952, p. 521, ou C.E., 4 janvier 1954, « *Leroy* », D. 1954, J., p. 647 ; C.E.ass., 2 mai 1958, « *Distillerie de Magnac-Laval* », Rec., p. 246 ; A.J.D.A. 1958, p. 282, concl. Kahn ; D. 1958, p. 730, note A. de Laubadère ; C.E., 23 novembre 1983, « *Commune de Mont de Marsan* », Rec. Tab., p. 781 ; C.C. 84-185 DC, 18 janvier 1985, Rec., p. 36 ; R.F.D.A. 1985, p. 624, note Delvolvé ; C.E. ass., 2 février 1987, « *Société T.V.G.* », Rec., p. 29 ; A.J.D.A. 1987, p. 315, chr. Azibert et de Boisdeffre ; J.C., 2 mars 1987, « *Cne de Montgenèvre* », R.F.D.A. 1987, p. 191, note F.M. ; C.E., 22 avril 1988, « *Société France 5* », Rec., p. 157 ; Rev. Admin 1988, p. 240, note P. Terneyre ; A.J.D.A. 1988, p. 540, note B.D.

pouvoir de modification unilatérale, la mesure modificative du contrat provient de la personne publique contractante alors que dans le « fait du prince », la mesure qui a une incidence sur le contrat est le fait d'une personne publique extérieure au contrat, ou de la personne publique contractante, mais qui n'agit pas en qualité de partie au contrat¹³⁶⁴.

Si « tous les contrats administratifs » sont susceptibles d'une modification unilatérale de la part de l'administration¹³⁶⁵, l'exercice d'un tel pouvoir relève en principe de la faculté d'agir. Sauf exception¹³⁶⁶, les arrêts sont concordants sur ce principe.

Le juge considérait déjà dans un ancien arrêt que le ministre de la Guerre avait « le droit de substituer des fourneaux économiques aux poêles et cheminées de casernes »¹³⁶⁷. Il déclare dans un autre « qu'il sera fait à ce qu'il y a de fondé dans leurs prétentions contraires en reconnaissant à la Compagnie du gaz le privilège de l'éclairage par n'importe quel moyen et la commune de Deville la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité »¹³⁶⁸, dans un autre encore que l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 pris en exécution des articles 38 de la loi du 11 juin 1880 et 21 de la loi du 15 juillet 1845 implique « pour l'administration le droit (...) de prescrire les modifications et les additions nécessaires, pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service »¹³⁶⁹, dans un autre enfin « qu'en disposant, dans l'article 14, alinéa 1, que l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à

¹³⁶⁴. Pour cette distinction, voir P.-L. FRIER, « *Précis de droit administratif* », op. cit., pp. 346, n° 595 et 349, n° 600.

¹³⁶⁵. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 321.

¹³⁶⁶. Ex : C.E., 23 janvier 1903, « *Cie des chemins de fer économiques du Nord* », Rec., p. 61 ; S. 1904, III, p. 49, note Hauriou : le juge interdit en l'espèce l'exercice du pouvoir de modification unilatérale si le cocontractant n'y a pas donné son accord.

¹³⁶⁷. C.E., 1^{er} février 1829, « *Moreau* », Rec., p. 28.

¹³⁶⁸. C.E., 10 janvier 1902, « *Cie nouvelle du gaz de Deville-Les-Rouen* », Rec., p. 5, S. 1902, III, p. 17, note Hauriou ; G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 57.

¹³⁶⁹. C.E., 11 mars 1910, « *Cie générale française des tramways* », précité.

leurs modalités (...) les auteurs du décret attaqué se sont bornés à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs »¹³⁷⁰.

C'est la notion de « droit » qui apparaît dans le premier et le troisième arrêt et celle de « faculté » dans le second. Le quatrième accrédite l'idée de pouvoir exprimée par le décret : « l'autorité organisatrice peut ». Le principe est par conséquent clair : l'exercice du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs est un « droit » et non un devoir, une faculté et non une obligation pour la personne publique contractante.

Néanmoins, l'obligation d'agir n'est pas en la matière totalement absente. Il semblerait en effet, que le pouvoir de modification unilatérale s'impose à la personne publique quand il s'agit de tenir compte de dispositions d'ordre public. C'est en tout cas ce que laisse apparaître la décision « Rabut »¹³⁷¹. Mme Rabut a été recrutée par contrat le 30 octobre 1976 pour occuper un poste d'agent de bureau au lycée Descartes d'Alger. Ce contrat a été conclu dans le cadre du décret du 12 septembre 1962 habilitant les ministres compétents à fixer les conditions de recrutement des agents contractuels de l'office universitaire et culturel pour l'Algérie. Mme Rabut, estimant que les conditions fixées par arrêté interministériel du 8 août 1963 lui étaient plus favorables que les dispositions de son contrat, demanda au directeur de l'office de modifier celui-ci afin de le mettre en conformité avec l'arrêté, notamment au niveau de la rémunération et de la durée. Ce sont les refus de ce directeur de faire droit à la demande de la requérante qui ont fait l'objet de recours pour excès de pouvoir.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat a décidé que les « conditions qui se rapportent à la rémunération des personnels intéressés présentent un caractère d'ordre public et s'imposent aux parties contractantes, qui ne sauraient valablement y déroger ; que les parties ne sauraient davantage assigner au contrat une durée différente que celle qu'ont fixée les ministres compétents ».

¹³⁷⁰. C.E., 2 février 1983, « *Union des transports publics urbains et régionaux* », précité.

¹³⁷¹. C.E., 25 mai 1979, « *Mme Rabut* », Rec., p. 231, concl. Genevois.

En conséquence, les refus du directeur de l'office de modifier ces deux aspects du contrat ont été jugés illégaux. Cela signifie qu'il a obligation de modifier les stipulations contractuelles contraires à des dispositions d'ordre public.

Néanmoins, A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé critiquent l'utilisation, en l'espèce, de la notion d'ordre public. En effet, ils estiment que le recours à cette dernière pour justifier l'obligation de modification du contrat était inutile car la situation était en réalité non pas contractuelle mais « intégralement » réglementaire. Or les dispositions réglementaires des contrats administratifs sont modifiables de plein droit pour tenir compte d'une nouvelle réglementation ou, d'ailleurs, d'une ancienne réglementation si les dispositions réglementaires du contrat n'y sont pas conformes. Il était par conséquent inutile d'invoquer le caractère d'ordre public des dispositions en cause, qui sont réglementaires, pour justifier l'obligation de modification. Il aurait suffi de tirer les conséquences de leur caractère réglementaire en les modifiant. Comme l'écrivent fort justement ces auteurs, « force n'était pas de conclure au caractère d'ordre public des prescriptions mais seulement de tirer les conséquences de leur nature réglementaire »¹³⁷², le moyen d'ordre public ne demeurant utile que pour la modification de stipulations contractuelles, et non pour la modification des dispositions réglementaires.

De toute façon, que la personne publique contractante ait l'obligation de modifier les stipulations contractuelles contraires à l'ordre public ou les dispositions réglementaires du contrat contraires à une nouvelle réglementation, dans les deux cas, l'obligation a une source jurisprudentielle ; elle lui est donc imposée de façon unilatérale. De ce fait, est en présence une obligation d'agir et non une obligation de faire. Le fait que Mme Rabut, partie au contrat, a pu exercer un recours en annulation le montre bien. En effet, s'il s'agissait d'une obligation purement contractuelle en ce sens qu'elle naissait des stipulations du

¹³⁷². A de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », op. cit., t1, note de la page 85.

contrat, la requérante n'aurait pu exercer en principe qu'un recours indemnitaire devant le juge du contrat.

Enfin, il convient de chercher la raison de l'utilisation de l'instrument contractuel dans une hypothèse où la situation est en grande partie réglementaire. Le contrat est sans doute choisi pour sa souplesse. Ainsi, il permet des facilités de recrutement, de remplacement, d'exécution de tâches temporaires ou saisonnières, de licenciement, etc. En plus, le fait que les agents contractuels sont, sinon entièrement du moins en partie, dans une situation réglementaire, permet de modifier facilement cette dernière dans la mesure où la modification peut ou doit, selon qu'on est en présence d'une faculté ou d'une obligation d'agir, être opérée sans le consentement des intéressés. Mais voulant combiner les avantages du contrat avec ceux de la situation statutaire et réglementaire, il résulte parfois, comme c'est le cas justement dans la présente espèce, certaines confusions.

Cependant, le contrat est une arme à double tranchant ; s'il permet une souplesse sur certains aspects, il peut être aussi un élément d'immobilisme. En effet, contrairement à une situation réglementaire au sujet de laquelle un simple changement de la réglementation en vigueur suffit à instaurer une obligation de sa modification, les stipulations contractuelles ne peuvent en principe être modifiées que grâce à des considérations d'ordre public « particulièrement impérieux »¹³⁷³, semble-t-il.

Il faut enfin noter que si les dispositions réglementaires sont en principe dominantes dans les contrats de recrutement pour la fonction publique, ce genre de dispositions est plus ou moins présente dans tous les contrats administratifs, notamment les contrats d'abonnement téléphonique à une époque¹³⁷⁴, ou ceux des marchés publics, ou surtout ceux des délégations de service public grâce aux

¹³⁷³. A de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, « *Traité des contrats administratifs* », Ibid.

¹³⁷⁴. Voir par ex. C.E. sect., 6 mai 1985, « *Richard* », Rec., p. 144 ; R.F.D.A. 1985, p. 687, note J.-C.B. ; A.J.D.A. 1985, p. 736, note J.-L. Gauroy.

lois de service public auxquelles il faut veiller le respect, etc. Par conséquent, l'obligation de modification unilatérale est susceptible de s'appliquer à tous les contrats administratifs sous les deux réserves précédemment indiquées, à savoir soit la réglementation en vigueur a changé, soit les stipulations contractuelles se heurtent à des dispositions d'ordre public. Parfois, le refus de modifier le contrat conduit à l'étape extrême, c'est-à-dire à sa résiliation.

2- La transmutation possible du pouvoir de résiliation unilatérale des contrats administratifs en obligation d'agir

Il convient de rappeler que la résiliation unilatérale envisagée est celle qui est susceptible d'être prononcée par la personne publique en dehors de toute faute de son cocontractant. L'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale des contrats administratifs dans cette hypothèse, est considéré par la jurisprudence comme relevant, en principe, de la faculté d'agir. Mais les arrêts ne l'expriment pas toujours très clairement. Ainsi, le juge déclare dans l'arrêt « de Mestral »¹³⁷⁵ qu'« il appartient à l'administration (...) de mettre fin (...) à l'application du contrat », dans l'arrêt « Ministre de la guerre »¹³⁷⁶ que « la résiliation a été la conséquence de l'exercice par l'administration militaire du pouvoir qui lui appartient » et, dans l'arrêt « Société T.V.G. »¹³⁷⁷ qu'« il appartient à l'autorité concédante (...) de mettre fin avant terme » au contrat. L'emploi, dans ces espèces, du verbe « appartenir » peut laisser croire que le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats administratifs relève de l'obligation d'agir, car ce verbe implique souvent une obligation. Or il s'agit, en réalité, d'une faculté d'agir. D'autres arrêts le précisent en des termes très clairs. C'est ainsi que le juge

¹³⁷⁵. C.E., 3 juillet 1925, « de Mestral », D.P. 1926, III, p. 17.

¹³⁷⁶. C.E., 13 février 1930, « Ministre de la guerre », Rec., p. 180.

¹³⁷⁷. C.E. ass., 2 février 1987, « Société T.V.G. », Rec., p. 28, R.F.D.A. 1987, p. 29, concl. Fornacciari ; A.J.D.A. 1987, p. 314, chr. Azibert et de Boisdeffre ; D. 1987, IR, p. 51.

déclare dans l'arrêt « Gargiulo »¹³⁷⁸, qu'il appartient à l'administration « de rompre, si elle le juge utile, les marchés passés par elle » et, dans la jurisprudence « Société France 5 »¹³⁷⁹, que l'autorité administrative « peut user de cette faculté ».

Cependant, il semble que l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale des contrats administratifs soit obligatoire pour la personne publique contractante dans certains cas d'annulations d'actes détachables des contrats. Ce point de vue semble avoir été défendu par le commissaire du gouvernement R. Schwartz à propos de l'arrêt « Lopez »¹³⁸⁰. Une délibération du Conseil municipal de la commune de Moulins autorisant le maire à céder une propriété appartenant au domaine privé de la commune a été annulée pour détournement de pouvoir par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand. Le maire avait voulu faire bénéficier la vente à la mère d'un employé municipal après avoir dissimulé la proposition de cession aux locataires des lieux, c'est-à-dire aux époux Lopez. Le jugement de première instance restant inexécuté, ces derniers ont demandé au Conseil d'Etat de condamner la commune à des astreintes.

La Haute juridiction a confirmé le premier jugement qui était, faute d'appel, devenu définitif ; l'irrégularité de la délibération du conseil municipal, acte détachable du contrat de cession, a eu pour effet la résiliation obligatoire de ce dernier. Comme le soulignent les juges, « il appartenait (...) au conseil municipal, faute d'y être parvenu par d'autres voies, de saisir le juge du contrat en vue d'obtenir le retour dans le domaine privé de la commune de la propriété aliénée, sans autorisation légale ». Dès lors, ils ont enjoint à la commune d'agir ; autrement dit, elle devait payer des astreintes jusqu'à l'exécution de la décision. L'obligation d'agir en la matière apparaît être une solution aux problèmes posés par le contentieux contractuel.

¹³⁷⁸. C.E., 9 décembre 1927, « *Gargiulo* », Rec., p. 1198.

¹³⁷⁹. C.E., 22 avril 1988, « *Société France 5* », Rec., p. 157 ; A.J.D.A. 1988, p. 540, note B.D. ; Rev. Admin. 1988, p. 240, note P. Terneyre.

¹³⁸⁰. C.E. sect., 7 octobre 1994, « *Lopez* », R.F.D.A. 1994, p. 1098.

En effet, comme le montre le commissaire du gouvernement¹³⁸¹, existe depuis le début du 20^{ème} siècle¹³⁸² en matière contractuelle, une césure entre le contentieux de l'annulation et le contentieux contractuel. Seuls les actes détachables qui sont sans cesse plus nombreux -la délibération autorisant la passation de contrat comme c'est le cas dans la présente espèce, l'approbation du contrat, sa résiliation, le droit de préemption, etc.- du contrat peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. Néanmoins, l'annulation d'un acte détachable n'a aucune influence sur le contrat lui-même. Or la détachabilité s'arrêtant en règle générale là où commence l'exécution du contrat¹³⁸³, cette exécution ne peut être contestée que devant le juge administratif du contrat s'il s'agit d'un contrat administratif, ou devant le juge civil s'il s'agit d'un contrat privé comme c'est le cas en l'espèce ; le contrat de vente d'une propriété relevant du domaine privé est un contrat de droit privé. Mais les pouvoirs du juge du contrat sont limités dans la mesure où il ne peut annuler le contrat. Il ne peut, tout au plus, que constater sa nullité et son inopposabilité. Il « ne peut qu'apprécier la solidité des liens contractuels et les obligations réciproques des parties »¹³⁸⁴. En revanche, il peut considérer une irrégularité d'un acte détachable du contrat pourtant annulé par le juge de l'excès de pouvoir comme « non substantielle » et le contrat « valide ».

Cette ambivalence contentieuse est défavorable pour le tiers au contrat. C'est lui qui est en général demandeur dans le contentieux d'annulation des actes détachables du contrat. Or s'il a obtenu satisfaction, il ne peut saisir le juge du contrat¹³⁸⁵, dont la saisine est réservée uniquement aux parties au contrat, pour demander la résiliation de celui-ci ou, du moins, sa régularisation ou une

¹³⁸¹. R. SCHWARTZ, concl. sur C.E. sect., 7 octobre 1994, « Lopez », R.F.D.A. 1994, p. 1093.

¹³⁸². C.E., 4 août 1905, « Martin », Rec., p. 749, concl. Romieu.

¹³⁸³. Cette règle comporte des exceptions ; voir R. CHAPUS, « Droit du contentieux administratif », op. cit., p. 696, n° 825 & s.

¹³⁸⁴. R. SCHWARTZ, concl. précitées sur C.E. sect., 7 octobre 1994 « Lopez », p. 1095.

¹³⁸⁵. Voir C.E. sect., 8 novembre 1974, « Epoux Figueras », Rec., p. 545 ; C.E., 29 avril 1987, « Cne d'Elancourt », Rec., p. 153 ; R.F.D.A. 1987, p. 525, concl. Y. Robineau ; A.J.D.A. 1987, p. 543, obs. X. Prétot ; C.E., 22 avril 1988, « Labit », R.D.P. 1988, p. 1457.

indemnisation. Par conséquent, le commissaire du gouvernement propose que le juge de l'astreinte puisse, selon les situations, avoir ces derniers pouvoirs. « C'est au cas par cas que doivent, selon nous, être appréciées par le juge de l'astreinte les conséquences de l'annulation de l'acte détachable », écrit-il¹³⁸⁶. Selon lui, la résiliation obligatoire ne doit être instituée que dans les cas d'incompétence, d'illégalité de l'objet du contrat ou de l'erreur de droit à condition que le contrat ne soit pas en fin d'exécution.

En fait, R. Schwartz propose un dépassement de ce découpage contentieux par le juge d'astreinte en admettant que celui-ci décide dans certains cas la résiliation obligatoire du contrat. Il pense en effet que « le juge de l'astreinte peut obliger une personne publique à saisir un juge du contrat pour que soient pleinement tirées les conséquences de l'intervention du juge de l'excès de pouvoirs »¹³⁸⁷. Cela signifie qu'en cas d'annulation d'un acte détachable privant dès lors le contrat de toute base légale, la résiliation unilatérale du contrat ou, à défaut, sa résiliation contentieuse devient obligatoire afin de ne pas rendre sans objet la décision du juge de l'excès de pouvoir. Autrement dit, un contrat administratif qui n'a pas été conclu conformément au droit en vigueur doit, à défaut d'être résilié par la personne publique contractante, être résilié par le juge du contrat. C'est en tout cas le sens des conclusions du commissaire du gouvernement qui, doit-on le souligner, a été suivi par la Haute juridiction.

« Nous avons cependant, écrit-il, une certitude : le juge du contrat ne peut que prendre acte de l'autorité de la chose jugée »¹³⁸⁸. Encore une fois, il entend par là et à travers toute son argumentation que si le juge de l'excès de pouvoir a annulé un acte détachable du contrat, le juge du contrat saisi doit résilier le contrat. Il convient de noter que cette obligation de résiliation qui doit être

¹³⁸⁶ R. SCHWARTZ, concl. précitées sur C.E. sect., 7 octobre 1994 « Lopez », p. 1096.

¹³⁸⁷ R. SCHWARTZ, Ibid., pp. 1093 et 1097.

¹³⁸⁸ R. SCHWARTZ, Ibid., p. 1094.

imposée au juge du contrat s'impose au départ à la personne publique contractante. Celle-ci, en cas d'irrégularités commises pendant la formation du contrat, doit procéder unilatéralement à sa résiliation. Il s'agit donc là d'une hypothèse de résiliation unilatérale obligatoire. Mais en principe, il n'est possible de le savoir qu'en cas de décision juridictionnelle considérant l'abstention de la personne publique en la matière comme une illégalité.

Par conséquent, il n'est en réalité demandé au juge du contrat autre chose que de tirer les conséquences de l'existence de cette obligation de résiliation qui est une obligation d'agir car elle a non une source contractuelle, mais une source purement jurisprudentielle et, par conséquent, unilatérale. Elle est donc imposée à la personne publique de façon unilatérale et ne peut faire l'objet de tractations contractuelles. Elle est, en dehors du contrat.

Le fond de la solution que propose R. Schwartz, et que cette étude approuve sous la réserve qui sera formulée plus loin, réside dans le fait que le principe de légalité ne peut être discuté par les parties au contrat. Celles-ci ne peuvent, dès lors, ni le contourner, ni le violer au cours de la formation du contrat ou de son exécution. Le bloc de légalité s'impose unilatéralement aux parties. Les actes qu'il recèle relèvent en principe de l'obligation d'agir et non de l'obligation de faire.

Il convient néanmoins d'observer que l'obligation d'agir est présente uniquement dans certaines résiliations obligatoires. Ce sont essentiellement les cas, comme dans cette espèce « Lopez », d'annulation d'actes détachables des contrats qui ont conduit à la résiliation de ces derniers. Les autres sont révélatrices d'obligations de faire, car elles sont la sanction des manquements à des obligations purement contractuelles. La logique voudrait donc que, puisqu'il y a principalement deux juges en matière contractuelle -le troisième étant le juge d'astreinte comme il a été fait allusion- la résiliation qui est une conséquence d'annulation d'un acte détachable puisse être prononcée par le juge de l'excès de pouvoir et, les autres seulement, par le juge du contrat.

Or dans le droit positif, la décision « Lopez » fait foi, c'est uniquement le juge du contrat qui est compétent pour prononcer toute résiliation. La raison semble être qu'il est le mieux placé pour apprécier les conséquences de l'irrégularité de l'acte détachable sur le contrat. Mais il faut remarquer que le juge de l'excès de pouvoir pourrait exercer la même compétence et, qui plus est, avec la même garantie. En effet, il pourrait lui aussi décider, en fonction de l'importance ou non de l'irrégularité de l'acte détachable, de résilier ou non le contrat. Comme il a été évoqué, la Haute juridiction a suivi, en l'espèce, les conclusions du commissaire du gouvernement. Toutefois, il est permis de se demander s'il s'agit là d'une solution d'espèce ou de principe.

Cette deuxième alternative paraît prévaloir. Car étant en partie déboutés par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand en ce que celui-ci a considéré qu'il ne peut pas déclarer la nullité de la cession dans la mesure où celle-ci constitue un contrat de droit privé, les époux Lopez ont saisi la Cour d'appel de Riom qui les a aussi congédiés ; étant tiers au contrat de vente et ne justifiant pas « d'un intérêt personnel juridiquement protégé leur ouvrant le droit d'agir », ils étaient irrecevables. En conséquence, ce n'est que le juge d'astreinte qui pouvait défendre leur droit à travers l'institution d'une obligation de résiliation du contrat sous peine d'astreinte. Cette jurisprudence a été confirmée par les décisions « Epoux Cartayrade »¹³⁸⁹ et « Commune de Moulins »¹³⁹⁰. Il s'agissait, dans ces deux décisions comme dans l'espèce « Lopez », d'annulations de délibérations de conseils municipaux -actes détachables- approuvant des contrats de droit privé. Ces annulations ont entraîné la résiliation des contrats en cause. Même si ces contrats étaient de nature administrative, la solution serait la même. Car les irrégularités affectant les conditions de formation d'un contrat administratif elles aussi doivent entraîner sa résiliation par tout moyen, d'abord par la personne publique concernée sur qui l'obligation d'agir pèse et, à défaut,

¹³⁸⁹. T.A. Lyon, 10 avril 1996, « *Epoux Cartayrade* », Rec., p. 1109 ; Quot. Jurid., octobre 1996, n° 83.

¹³⁹⁰. C.E., 27 novembre 1996, « *Cne de Moulins* », Rec., p. 465.

par le juge du contrat. Le principe de légalité y gagnerait. Il est vrai que cette solution peut se révéler contraire à l'intérêt général que tout contrat administratif est censé préserver, mais un contrat résilié peut être refait sur des bases saines.

* * *

*

L'obligation d'agir apparaît assez partielle en matière de service public, de suppression d'actes administratifs et dans le droit des contrats administratifs essentiellement pour les raisons suivantes. L'obligation d'agir est partielle dans les services publics surtout en raison du fait que rares sont ceux dont la création s'impose aux personnes publiques. En revanche, une fois le service créé, qu'il soit obligatoire ou non, son organisation et son fonctionnement s'imposent à la personne publique.

En matière de suppression d'actes administratifs, les administrés ne peuvent en principe exiger des personnes publiques que la suppression de ceux qui sont illégaux. Il existe aussi des particularités tenant à chacun des modes de suppression. Ainsi, l'obligation de retirer un acte administratif illégal doit être déclenchée dans un délai assez court à compter de l'édiction de l'acte. Au-delà du délai, l'obligation de retrait ne pèsera plus sur la personne publique. De même, pour l'obligation d'abroger un acte devenu illégal à cause de changement de circonstances de fait, la jurisprudence exige un « bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur » de l'acte. Aussi bien cette condition que celle relative au délai sont de nature à limiter les hypothèses d'obligations de suppression d'actes administratifs illégaux.

S'agissant des interventions des personnes publiques dans les contrats administratifs, le caractère partiel de l'obligation d'agir s'explique par le fait qu'il faut que ces interventions aient une origine unilatérale ou extra-contractuelle car l'unilatéralité fait partie des critères de l'obligation d'agir

d'une part et, d'autre part, qu'elles soient obligatoires. Or le principe en la matière est la faculté d'agir ; les obligations de contrôle, de modification et de résiliation des contrats administratifs s'avèrent donc exceptionnelles.

CONCLUSION DU TITRE I:

Les domaines qui viennent d'être examinés ont montré combien le champ d'application de l'obligation d'agir est vaste. Les personnes publiques supportent des obligations d'agir à l'occasion de chaque activité administrative. Que ce soit dans la mise en œuvre des lois, des directives européennes et des jugements, ou en matière de service public ou de police, ou encore dans le domaine de suppression d'actes administratifs ou dans celui du droit des contrats administratifs, les personnes publiques voient certains actes s'imposer à elles. Les obligations d'agir se révèlent par conséquent très nombreuses, mais aussi difficiles à cerner. Deux raisons expliquent la difficulté.

La première est que dans chaque domaine de l'action administrative, il n'y a pas que des obligations d'agir ; très souvent, il se pose la question de savoir s'il y a obligation ou faculté d'agir parce que le choix en faveur d'une hypothèse n'est pas évident. C'est le cas, par exemple pour la création de certains services publics comme les services publics constitutionnels ou les services publics industriels et commerciaux ou pour l'intervention des autorités de police pour préserver l'ordre public. Même une fois l'obligation d'agir cernée, le doute surgit parfois sur le point de savoir s'il s'agit réellement d'une obligation d'agir ou d'une obligation simple. Ce problème se pose, par exemple, en matière d'adoption de textes d'application des lois où la personne publique doit souvent agir dans un délai raisonnable.

La deuxième est que, malgré son origine unilatérale et principalement textuelle, l'obligation d'agir est souvent une question d'espèce. Sans forcément

créer l'obligation d'agir, le juge fait la plupart du temps dépendre son existence d'un événement ou circonstance. L'hypothèse où l'autorité de police n'est obligée d'intervenir que s'il y a menace grave et imminent pour l'ordre public, a été évoquée en ce sens. Il peut aussi faire dépendre sa validité d'une condition de forme. Il en est ainsi en matière d'obligation de retrait des actes administratifs où l'obligation n'est valable que pendant une durée déterminée. C'est à ce titre qu'il est possible de soutenir que le juge administratif joue en matière d'obligation d'agir un rôle important. Son rôle dans les sanctions de cette dernière est, *a fortiori*, primordial.

TITRE II :
LES SANCTIONS DU REFUS D'EXECUTION DE L'OBLIGATION
D'AGIR PAR LES PERSONNES PUBLIQUES

Selon Kelsen, l'obligation juridique, y compris donc l'obligation d'agir, est essentiellement liée à l'existence d'une sanction. Néanmoins, s'il est admis que l'Etat puisse avoir des obligations, on est en revanche réticent à l'idée qu'il puisse aussi supporter des sanctions. L'Etat « agissant contre le droit, ce serait une idée contradictoire en elle-même »¹³⁹¹. Mais cet auteur explique qu'en réalité il n'y a pas de contradiction. Car les sanctions étant prévues et réglementées par l'ordre juridique et, par conséquent, par l'Etat, il est parfaitement logique que ce dernier supporte des sanctions en cas de manquement à une de ses obligations¹³⁹², sanctions décidées par une juridiction à l'occasion de recours pour faire valoir des droits.

Comme le souligne Bonnard, « Le recours juridictionnel de l'administré contre l'administration suppose (...) que l'administré a un droit opposable à l'administration »¹³⁹³. Un droit pour l'administré est une obligation pour la personne publique. Par conséquent, les recours juridictionnels permettront souvent de savoir si la personne publique était dans une hypothèse donnée en situation d'obligation d'agir. Il en sera ainsi, si en cas d'abstention d'agir de sa part, ces recours aboutissent à des sanctions.

Les recours contre les manquements aux obligations d'agir sont en principe les recours de droit commun ou ordinaires, à savoir le recours pour excès de pouvoir ou en annulation et le recours de plein contentieux ou en réparation ou encore en indemnité¹³⁹⁴. Comme leurs noms le laissent entrevoir,

¹³⁹¹. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 402.

¹³⁹². KELSEN, *Ibid.*, p. 401 & s.

¹³⁹³. BONNARD, « *Les droits publics subjectifs des administrés* », R.DP. 1932, p. 696.

¹³⁹⁴. Ces recours ont déjà été évoqués au chapitre I du titre I de la 1^{ère} partie.

dans le premier cas, c'est l'annulation d'un acte qui est demandée et, dans le second, la réparation d'un acte préjudiciable¹³⁹⁵.

Ces recours et sanctions ordinaires sont valables aussi bien pour les obligations d'agir que pour les obligations d'autre nature. C'est la raison pour laquelle en droit administratif, l'obligation d'agir ne jouit pas, comme dans les considérations liées à son identification¹³⁹⁶, d'une spécificité ; elle ne dispose pas d'« un régime juridique spécifique et singulier »¹³⁹⁷. Car les conditions procédurales pour contester l'inexécution d'une obligation d'agir ou pour engager la responsabilité de la personne publique à cause de l'inexécution sont les mêmes que celles relatives à l'inexécution d'autres obligations administratives. Dès lors, les conditions relatives à l'exercice des recours seront éludées afin de s'attarder sur les sanctions auxquelles ces derniers aboutissent.

La substitution d'action constitue également une sanction ordinaire de l'obligation d'agir. En effet, une personne publique supérieure se substitue souvent à une personne publique inférieure pour exécuter une obligation d'agir méconnue par cette dernière.

Mais les manquements à l'obligation d'agir sont mal sanctionnés en ce sens qu'à l'exception de la substitution, l'annulation et la réparation sont des sanctions inefficaces. En effet, l'analyse montrera que ni l'une ni l'autre ne visent, de manière générale, à obtenir l'exécution de l'obligation d'agir. En plus, l'exécutif « détenant le monopole de la contrainte légale, il n'est pas possible de le forcer à en faire usage contre lui-même »¹³⁹⁸ afin d'exécuter une décision de

¹³⁹⁵. L'affirmation selon laquelle le contentieux administratif serait « un procès fait à l'acte et non à la personne de l'administration » (MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 13) n'est pas tout à fait exacte en ce qui concerne le contentieux de la responsabilité car celui-ci vise à la fois l'acte et son auteur ; l'acte parce qu'il est destiné à sanctionner un acte fautif, exception faite de la responsabilité sans faute ; l'auteur qui est, en l'occurrence, la personne publique car il le condamne à réparer financièrement les conséquences dommageables de son acte fautif.

¹³⁹⁶. Voir le titre I de la première partie où il a été montré que malgré certaines spécificités inhérentes à l'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir, ni la jurisprudence ni la doctrine n'en tiennent pas compte.

¹³⁹⁷. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 307.

¹³⁹⁸. C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », Juris cl. admin., fasc. 1114 (1997), p. 3.

justice, même celle comportant obligation d'agir. Cependant, la nécessité d'exécuter l'obligation d'agir se déduit en principe de l'annulation ou, du moins, de certaines annulations telle la décision « Ternon »¹³⁹⁹, dans laquelle le Conseil d'Etat a ordonné la reconstitution de la carrière du plaignant après l'annulation du refus de le réintégrer en tant que fonctionnaire. C'est la raison pour laquelle il convient de soutenir que l'annulation sanctionne, ou est susceptible de mieux sanctionner les inexécutions d'obligations d'agir que la réparation.

Il faut enfin noter que le juge administratif et, parfois, le législateur recourent de plus en plus souvent, en cas d'inexécution d'obligations d'agir à des sanctions plus contraignantes. Il s'agit essentiellement, comme il sera évoqué ultérieurement, de l'injonction et de l'astreinte. La difficulté sera notamment de distinguer l'injonction de l'astreinte, de chercher les obstacles à leur utilisation systématique en cas d'inexécution d'obligations d'agir, de souligner l'évolution du droit en la matière.

Les sanctions ordinaires de l'obligation d'agir des personnes publiques seront d'abord étudiées (Chapitre 1) avant d'envisager leur renforcement par des sanctions plus contraignantes (Chapitre 2). Cette division paraît justifiée car bien que les sanctions ordinaires ne soient pas indépendantes des sanctions contraignantes -une injonction ou une astreinte n'est possible qu'après une annulation ou une condamnation à réparer les conséquences préjudiciables d'une faute- leur étude séparée sera mieux à même de faire apparaître le caractère insuffisant de l'annulation et de la réparation prises isolément comme seules sanctions de l'obligation d'agir des personnes publiques et, par conséquent, la nécessité de leur adjoindre des sanctions plus adaptées, c'est-à-dire visant directement à obtenir l'exécution de l'obligation d'agir méconnue.

¹³⁹⁹. C.E. ass., 26 octobre 2001, « Ternon », R.F.D.A. 2002, p. 77, concl. F. Séners ; A.J.D.A. 2001, p. 1034, chr. Guyomar & Collin, et 2002, p. 738, note Y. Gaudemet ; D.A. 2001, n° 253, note Michallet ; R.G.C.T. 2001, p. 1183, note Laquièze ; L.P.A. 2002, n° 31, p. 7, note Chaltiel ; G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 869, obs.

CHAPITRE 1 :

LES SANCTIONS ORDINAIRES DU REFUS D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'AGIR PAR LES PERSONNES PUBLIQUES

Les sanctions ordinaires de l'obligation d'agir des personnes publiques sont l'annulation, la réparation et la substitution. Les deux premières sont des sanctions juridictionnelles et la troisième une sanction administrative qui est toutefois contrôlée par le juge administratif

S'agissant des sanctions juridictionnelles, la sanction d'une obligation d'agir peut en principe être déduite d'une annulation ou d'une réparation d'abstention. Mais une telle déduction n'est pas possible dans deux séries d'hypothèses. D'une part, l'abstention à exécuter un acte facultatif peut faire l'objet d'une annulation pour erreur manifeste d'appréciation et engager la responsabilité sans faute de la personne publique. Il n'y a pas obligation d'agir dans ce cas tout simplement parce que la sanction porte sur un acte qui est déjà facultatif. D'autre part, même s'il s'agit d'un acte obligatoire, une annulation du refus de l'accomplir ne sanctionne pas toujours le refus lui-même. Parfois, elle sanctionne comme le montreront les développements ultérieurs un motif illégal ou inadéquat. Celui-ci pouvant être corrigé, une nouvelle abstention sera légale et la personne publique ne pourra pas être considérée comme étant en situation d'obligation d'agir. Il conviendra dès lors de distinguer dans l'abstention, les motifs, c'est-à-dire « les situations de fait et de droit qui [la] précèdent [la] déterminent et l'entraînent »¹⁴⁰⁰, qui sont susceptibles d'annulation sans que l'on

¹⁴⁰⁰. BONNARD, « *Les droits publics subjectifs des administrés* », art. précité, p. 713 ; JEZE « *Sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français* », R.D.P. 1922, p. 376 ; J.-C. DOUENCE, « *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration* », th. Paris, L.G.D.J., 1968, p. 473 ; voir G. PEISER, « *Contentieux administratif* », 13^{ème} éd. 2004, p. 188 & s.

puisse inférer la sanction d'une obligation d'agir de ceux dont l'annulation signifie sa présence.

Quant à la substitution, elle sanctionne en principe une obligation d'agir. En effet, en cas de refus d'une personne publique d'exécuter son obligation d'agir, son supérieur hiérarchique peut se substituer à elle pour l'exécuter¹⁴⁰¹. Mais ce procédé ne peut être mis en œuvre dans toutes les hypothèses d'inexécution.

Il convient d'examiner dans un premier temps les sanctions juridictionnelles ordinaires (section 1) et, dans un second temps, la sanction administrative (section 2).

Section 1- Les sanctions juridictionnelles ordinaires du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques

Comme il a déjà été évoqué, l'annulation ou la réparation consécutive à une abstention d'une personne publique ne sanctionne pas toujours une obligation d'agir. Par conséquent, il faudra chercher dans quels cas, la sanction d'abstention implique véritablement une obligation d'agir. En outre, dans le cas où la sanction juridictionnelle viserait une obligation d'agir, il conviendra de s'interroger sur sa portée réelle. L'intérêt sera de montrer que l'annulation et la réparation n'ont pas toujours la même efficacité du point de vue de la satisfaction du requérant.

Il convient d'étudier les diverses sanctions juridictionnelles ordinaires (§1), ainsi que leurs portées (§2).

¹⁴⁰¹ . art. L. 2122-34 CGCT.

§1 - Les diverses sanctions juridictionnelles ordinaires du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques

Il convient de rappeler que les sanctions juridictionnelles ordinaires sanctionnent certes les manquements à des obligations d'agir, mais n'ont pas en principe pour objet de contraindre les personnes publiques à les exécuter. Ces sanctions sont l'annulation et la réparation. Mais souvent, celles-ci sont mises en œuvre simultanément.

A- L'annulation du refus d'exécution de l'obligation d'agir

Il n'est pas évident de déduire des annulations d'abstentions administratives la sanction d'une obligation d'agir car, c'est en réalité, l'examen des motifs des abstentions qui permettra d'arriver ou non à une telle conclusion. Jèze établit une liaison étroite entre l'annulation d'un refus d'agir et l'obligation d'agir. Il pense que si le juge « a déclaré illégal le *refus d'un agent public d'accomplir un certain acte*, cet agent a le devoir juridique de faire cet acte »¹⁴⁰². Il cite comme exemples, entre autres, l'annulation d'un refus de délivrance d'un alignement ou d'un permis de chasse.

En réalité, l'annulation d'un refus d'agir n'implique pas dans tous les cas la sanction d'une obligation d'agir parce que cette sanction ne signifie pas toujours que la personne publique ne pouvait refuser d'agir. Elle signifie souvent qu'elle ne pouvait fonder son refus sur un tel motif précis.

¹⁴⁰². JEZE, « *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel* », R.D.P. 1913, p. 465.

1- L'annulation du refus d'agir n'impliquant pas la sanction d'une obligation d'agir

Il est nécessaire de souligner que certaines abstentions peuvent faire l'objet d'annulations parce que leurs motifs sont soit illégaux, soit inadéquats, c'est-à-dire qu'en général ils ne sont pas fondés sur le texte qu'il faut, sans que l'on puisse conclure à une sanction d'une obligation d'agir. On pourrait citer pour la première hypothèse les annulations d'abstentions pour détournement de pouvoir, d'une part, et pour vice de forme ou de procédure, d'autre part.

Il y a détournement de pouvoir quand une personne publique use « de ses pouvoirs dans un but qui n'est pas celui en vue duquel ces pouvoirs lui ont été conférés »¹⁴⁰³. L'annulation d'une abstention pour détournement de pouvoir ne sanctionne pas une obligation d'agir car, en réalité, à travers ce moyen, le juge annule l'abstention non pas parce que la personne publique ne pouvait s'abstenir et, en conséquence, était dans une situation d'obligation d'agir, mais parce que son abstention est motivée par des raisons illicites ou contraires à sa compétence.

Ainsi, dans la décision « Rabé »¹⁴⁰⁴, le requérant a demandé à la ville de Cannes la délivrance d'un numéro de voiture de place. Ce numéro donne droit au stationnement. A l'instigation d'une corporation municipale, la ville le lui a refusé. Dans ces circonstances, le Conseil d'Etat a décidé que « le maire de la ville de Cannes s'est servi des pouvoirs qu'il tient de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés » et a, par conséquent, annulé la décision de refus¹⁴⁰⁵. L'annulation du refus ne peut d'autant moins être synonyme d'obligation d'agir que la municipalité a le « droit

¹⁴⁰³. VIDAL, « *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative* », R.D.P. 1952, p. 275.

¹⁴⁰⁴. C.E., 8 juin 1917, « Rabé », Rec., p. 445 ; S. 1920, III, p. 1, note Hauriou.

¹⁴⁰⁵. Voir DELBEZ, « *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité* », R.D.P. 1932, p. 486. Une décision antérieure avait annulé un refus préfectoral d'autorisation de stationnement pour détournement de pouvoir pour la même raison (C.E., 25 février 1864, « Lesbats », Rec., p. 209).

d'accorder ou de refuser le permis de stationnement des voitures de place sur la voie publique »¹⁴⁰⁶.

De même, le refus d'un maire de délivrer « une autorisation de bâtir en bordure de la voie, afin que la commune n'ait pas, plus tard, lorsqu'elle expropriera le terrain, à payer une indemnité pour l'immeuble construit »¹⁴⁰⁷ a été annulé pour détournement de pouvoir non pas parce que la commune a une obligation d'agir, mais parce que le motif du refus est illicite. La preuve en est qu'une décision dans le même sens sera validée si elle est fondée sur un motif licite. Le juge n'a pas, par exemple, annulé un refus d'autorisation d'exploitation par le requérant d'un service de voitures de transport en commun à Paris dans la mesure où il a estimé que ce refus a été motivé par « *l'intérêt du bon ordre, de la circulation et de la sûreté publique* »¹⁴⁰⁸.

En clair, l'annulation d'une abstention pour détournement de pouvoir ne sanctionne pas une obligation d'agir, mais une faculté d'agir. Ce résultat ne doit pas étonner dans la mesure où ce moyen d'annulation a été mis en œuvre, du moins dans ses débuts, pour contrôler la faculté d'agir¹⁴⁰⁹. L'annulation d'abstention pour vice de forme ou de procédure ne permet pas non plus de conclure à la sanction d'une obligation d'agir.

Dans un arrêt du 20 décembre 1946¹⁴¹⁰, le refus du préfet d'autoriser un magasin à ouvrir le dimanche, bien que justifié au fond -cela signifie que le refus était légal et que, par conséquent, il n'y avait pas obligation d'agir pesant sur l'Etat- a été annulé pour vice de forme ; le préfet ne s'était pas conformé au Code du travail en prenant sa décision sans consulter « les syndicats patronaux et ouvriers de l'alimentation ». L'annulation d'abstention pour vice de forme ou

¹⁴⁰⁶. HAURIOU, note sous C.E., 8 juin 1917, « Rabé », S. 1920, III, p. 1.

¹⁴⁰⁷. JEZE, « *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français* », art. précité, p. 406.

¹⁴⁰⁸. C.E., 7 décembre 1888, « Ponthas », Rec., p. 927.

¹⁴⁰⁹. Voir VIDAL, « *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative* », art. précité, pp. 284, 286 & 294.

¹⁴¹⁰. C.E., 20 décembre 1946, « *Grands Magasins de nouveautés, Compagnie française* », Rec., p. 317 ; S. 1947, III, p. 61.

de procédure sanctionne non une obligation d'agir, mais l'irrespect de la légalité et, partant, une obligation simple. Celle-ci consistait, en l'espèce, à demander l'avis des syndicats avant toute prise de décision. Comme l'écrivent D. Chauvaux et T.-X. Girardot, l'annulation prononcée pour un motif de forme ne sera pas synonyme de sanction de l'obligation d'agir, « elle aura pour seul effet d'obliger l'administration à reprendre la procédure pour statuer à nouveau sur la demande de l'administré »¹⁴¹¹.

S'agissant de la deuxième hypothèse, c'est-à-dire celle d'annulations d'abstentions pour des motifs inadéquats ou non fondés en droit sans que l'on puisse retenir une sanction de l'obligation d'agir, quelques illustrations permettront de l'étayer.

Dans l'arrêt « Vally »¹⁴¹², le refus d'autoriser l'ouverture d'un débit de boissons a été annulé parce qu'il n'était pas fondé sur le texte qu'il fallait. Dans l'arrêt « Demicheli », le refus d'inscription du requérant au tableau d'un ordre professionnel a été annulé parce qu'il était fondé sur une décision administrative annulée¹⁴¹³. Dans un autre arrêt, le juge annule un refus parce « que les motifs invoqués pour refuser à M. Peltier la délivrance d'un passeport ne sont pas au nombre de ceux qui permettraient de justifier légalement un tel refus »¹⁴¹⁴. De même et, dans une moindre mesure, un refus d'autorisation de travaux confortatifs sur un immeuble a été annulé parce qu'il était la conséquence ou le résultat d'une procédure irrégulière, c'est-à-dire un alignement au lieu d'une cession amiable ou d'une expropriation¹⁴¹⁵.

Il n'est pas possible de déduire de ces différentes espèces la sanction d'une obligation d'agir car l'annulation des refus d'agir ne s'expliquait pas par le fait que la personne publique avait l'obligation d'agir, mais tout simplement

¹⁴¹¹. D. CHAUAUX et T.-X. GIRARDOT, obs. sous C.E., 4 juillet 1997, « *Leveau* » & « *Bourezak* » (2 décisions), A.J.D.A. 1997, p. 590.

¹⁴¹². C.E., 20 novembre 1942, « *Vally* », D.C. 1944, J., p. 29, note Waline.

¹⁴¹³. C.E., 18 janvier 1956, « *Demicheli* », Rec., p. 23.

¹⁴¹⁴. C.E. ass., 8 avril 1987, « *Peltier* », Rec., p. 128, concl. Massot.

¹⁴¹⁵. C.E., 20 septembre 1944, « *Sieur Quéту-Dalhenne* », Rec., p. 254 ; C.E., 4 août 1899, « *Sieur Lécaille* », Rec., p. 567.

parce que ses refus ne reposaient pas sur les bonnes bases juridiques. Il s'en suit qu'elle aurait pu prendre les mêmes décisions de refus sans que celles-ci eussent été annulées si elle avait adopté pour les prendre des motifs légaux et adéquats.

Par conséquent, souvent l'annulation d'une abstention signifiera non pas que la personne publique doit agir, c'est-à-dire prendre un acte positif, mais qu'elle doit se résoudre « à réexaminer sa position et à prendre une nouvelle décision »¹⁴¹⁶ qui peut, à nouveau, se résumer dans une attitude d'abstention. Il en sera ainsi si la personne publique fonde son refus sur un motif alors que l'administré doit satisfaire plusieurs conditions pour que l'obligation d'agir existe.

Cette hypothèse se vérifie en matière de « décisions refusant un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir »¹⁴¹⁷. L'annulation, en l'occurrence, de l'abstention n'impliquera pas obligation d'agir car une nouvelle abstention pourra être adoptée et ne pas être annulée si elle est fondée sur un autre motif légal. Ainsi souvent, « le constructeur qui a obtenu l'annulation d'un refus de permis ne sait pas s'il a le droit d'obtenir l'autorisation refusée »¹⁴¹⁸ parce que, encore une fois, il se peut que ce soit le motif de la décision de refus qui est illégal. Si c'est le cas, la personne publique pourra adopter une nouvelle abstention en se fondant sur un motif légal.

C'est la raison pour laquelle il est assez rare que le juge fonde les annulations d'abstentions « sur le droit que le requérant a d'obtenir ce qu'il veut : le plus souvent est sanctionné un vice de forme, une incompétence, ou l'erreur affectant un motif, sans que la juridiction reconnaisse pour autant le droit du requérant »¹⁴¹⁹. Ce droit ne pourrait être considéré comme reconnu que

¹⁴¹⁶. J.-M. WOEHLING, « *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir* », Mél. Braibant, Dalloz, 1996, p. 781.

¹⁴¹⁷. D. CHAVALUX et T.-X. GIRARDOT, obs. précitées, A.J.D.A. 1997, p. 589.

¹⁴¹⁸. J.-M. WOEHLING, « *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir* », art. précité, p. 783.

¹⁴¹⁹. C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », Juris. cl. Admin., fasc. 1114 (1997), p. 13, n° 76.

dans les cas où l'annulation du refus d'agir est synonyme de sanction d'obligation d'agir.

2- L'annulation du refus d'agir impliquant la sanction d'une obligation d'agir

L'annulation d'abstention ne sanctionne une obligation d'agir que dans les hypothèses où aucun autre motif ne peut justifier une nouvelle abstention¹⁴²⁰. Cela signifie en effet que la personne publique n'a d'autre choix que d'agir positivement. Par conséquent, c'est son refus d'agir ou d'exécuter son obligation d'agir qui fait l'objet d'annulation.

Ainsi dans l'arrêt « Vuldy »¹⁴²¹, le refus d'autorisation de construire a été annulé pour erreur d'appréciation sur le caractère de site d'une place à Paris. Le Conseil d'Etat a estimé que la place Jean-Baptiste Clément n'a pas le caractère de site au sens des textes en vigueur. En l'espèce, il n'existait pas d'autres motifs pouvant valablement fonder un nouveau refus. La sanction de l'obligation d'agir découlait, par conséquent, de l'annulation du refus d'autorisation de construire. Mais toute annulation pour erreur d'appréciation ne sanctionne pas toujours une obligation d'agir. Ainsi, dans l'arrêt « Ministre de l'Education nationale contre Institut technique privé de Dunkerque »¹⁴²² précité, le Conseil d'Etat a annulé le refus du ministre de passer un contrat d'association avec l'établissement pour erreur manifeste d'appréciation. Pourtant, l'Etat n'a pas l'obligation de signer un contrat. L'annulation en l'espèce ne peut signifier que l'Etat doit agir et, par conséquent, ne peut constituer une sanction de l'obligation d'agir.

¹⁴²⁰. Voir D. KESSLER, concl. sur C.E., 7 avril 1993, « Mme Bastien », R.F.D.A. 1994, p. 58.

¹⁴²¹. C.E., 7 juin 1940, « Vuldy », Rec., p. 197.

¹⁴²². C.E., 25 avril 1980, « Ministre de l'Education nationale c. Institut technique privé de Dunkerque », Rec., p. 196.

De même, l'annulation d'un refus d'agrément fondé sur l'absence de preuve du caractère associatif d'une organisation¹⁴²³, ou celle du refus du ministre de l'Agriculture d'aider un centre d'enseignement rural privé à cause du principe de la neutralité confessionnelle¹⁴²⁴, ou celle du refus d'accès au poste de maître de conférence fondé sur l'âge¹⁴²⁵, ou encore celle du refus d'accorder la carte de commerçant à un étranger afin de pouvoir exploiter un petit fonds de commerce pour manque d'expérience professionnelle¹⁴²⁶, emportent sanction d'obligations d'agir parce qu'il n'existe pas d'autres motifs pouvant permettre à la personne publique de réitérer ses refus sans que ceux-ci soient de nouveau annulés. Pour la même raison, l'annulation d'une décision de refus de séjour¹⁴²⁷ ou celle d'un refus de communication de documents administratifs¹⁴²⁸ impliquent la sanction d'obligations d'agir.

Néanmoins, malgré l'existence du principe de l'autorité de la chose jugée qui signifie que les décisions de justice doivent être exécutées, y compris par les personnes publiques, l'annulation d'abstentions emportant obligation d'agir à l'encontre de ces dernières est une sanction non contraignante notamment pour la raison qu'il convient de rappeler, à savoir que les personnes publiques peuvent, par mauvaise volonté, théoriquement adopter des abstentions successives dans une même affaire en jouant sur l'immense champ des motifs. Dans ce cas, une abstention qui a été annulée pour violation de la loi sera, si elle est réitérée par la personne publique, annulée à nouveau sur la base de la violation de la chose jugée¹⁴²⁹. Si elle est encore reconduite, le juge de l'excès de pouvoir ne peut, en principe, que l'annuler car il ne dispose que des pouvoirs

¹⁴²³. C.E., 19 mai 1993, « *Association professionnelle* », R.F.D.A. 1993, p. 841.

¹⁴²⁴. C.E., 2 mars 1941, « *Syndicat d'enseignement agronomique* », Rec., p. 46.

¹⁴²⁵. C.E., 25 novembre 1998, « *Ontemiente* », R.F.D.A. 1999, p. 260, n° 27.

¹⁴²⁶. C.E., 10 juillet 1987, « *Abarchih* », Rec., p. 253.

¹⁴²⁷. T.A. de Paris, 9 février 1996, « *Canoa Figuredo* », req. n° 9516123/4.

¹⁴²⁸. C.E., 12 juillet 1995, « *Domarchi* », A.J.D.A. 1996, p. 156, chr. J.-H. Stahl & D. Chauvaux, p. 115.

¹⁴²⁹. Ainsi, le refus annulé d'accorder un permis de construire ayant été renouvelé par la personne publique, en l'occurrence la commune, le juge a engagé la responsabilité de cette dernière pour faute (C.E., 28 octobre 1987, « *SCI Résidence Neptune* », Rec., p. 332).

d'annulation¹⁴³⁰. C'est la raison principale pour laquelle le recours en annulation est critiquée par certains auteurs dont Marie. Celui-ci fait par exemple observer que le juge d'annulation n'a pas pour mission uniquement de « dire le droit » mais aussi de « le rétablir »¹⁴³¹.

Il est toutefois possible de penser que se prononcer à nouveau est une façon d'exécuter la chose jugée. Mais exécuter celle-ci de cette manière ne signifie pas exécuter l'obligation d'agir. C'est la raison essentielle du caractère non contraignant de l'annulation comme sanction de l'obligation d'agir. La réparation ou l'engagement de la responsabilité est aussi une sanction non contraignante de l'obligation d'agir pour une raison différente.

B- La réparation du refus d'exécution de l'obligation d'agir

Comme en matière d'annulation, la condamnation des personnes publiques à réparer les conséquences préjudiciables de certaines abstentions n'est pas toujours synonyme de sanction d'obligation d'agir. Il en est ainsi si c'est leur responsabilité sans faute qui est engagée. Dès lors, l'affirmation de Kelsen selon laquelle la réparation est une « obligation substitutive » d'une obligation principale¹⁴³² n'est pas tout à fait fondée dans la mesure où elle est souvent consécutive à une faculté d'agir. Ainsi, le refus de la personne publique d'expulser des occupants sans titre de logement a engagé sa responsabilité¹⁴³³. Ce refus étant motivé par des considérations d'ordre public est légal et signifie dès lors la présence d'une faculté d'agir¹⁴³⁴. Si par conséquent, l'obligation

¹⁴³⁰. Voir MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 410 ; JEZE, « *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel* », R.D.P. 1913, p. 461.

¹⁴³¹. L. MARIE, « *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative* », R.D.P. 1901, p. 478.

¹⁴³². KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 343.

¹⁴³³. C.E., 19 juin 1992, « *Comp. Immobilière de la Région parisienne* », R.D.P. 1993, p. 257.

¹⁴³⁴. Néanmoins, il est aussi possible de considérer que la responsabilité sans faute pour refus légal est une sanction d'une obligation de non agir. En effet, c'est souvent parce que la personne publique devait s'abstenir que son abstention est légale et ne peut engager la responsabilité publique que sur le terrain du risque.

d'agir ne peut juridiquement exister sans sanction, celle-ci existe, dans certaines hypothèses, sans l'obligation d'agir. C'est l'engagement de la responsabilité pour abstention fautive qui peut sanctionner une obligation d'agir¹⁴³⁵. Plusieurs exemples illustrent cette affirmation.

Dans l'espèce « Legoff »¹⁴³⁶, la responsabilité de l'université Paris V a été engagée à cause de son refus illégal de délivrer au requérant son diplôme. L'indemnisation accordée en l'espèce est censée sanctionner l'inexécution de l'obligation -d'agir- de délivrer le diplôme. Dans l'arrêt « Giraud »¹⁴³⁷, la carence du ministre de l'Education nationale à assurer l'enseignement de certaines matières obligatoires a été jugée constitutive « d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat ». Par conséquent, la réparation accordée en l'espèce est certainement destinée à sanctionner le manquement à l'obligation -d'agir- « d'assurer l'enseignement de toutes les matières obligatoires inscrites au programme d'enseignement ».

La responsabilité de l'Etat a été aussi engagée pour faute à cause de sa carence à faire respecter la loi sur l'interdiction d'affichages publicitaires sur les monuments naturels et les sites classés¹⁴³⁸, ou à cause du défaut de prise « de toute mesure dans l'organisation du service pour que les enfants ne puissent franchir les limites » d'une cour de récréation¹⁴³⁹ ou encore à cause de son refus -illégal- de délivrer un alignement¹⁴⁴⁰.

Mais parfois, la condamnation à des dommages et intérêts ou réparation sanctionne plutôt le manquement à une obligation simple. Ainsi dans un arrêt

¹⁴³⁵. C. LASRY & G.-H. GEORGE, « *La responsabilité de la puissance publique* », art. précité, p. 785, n° 8.

¹⁴³⁶. C.E., 27 mai 1987, « *Legoff* », A.J.D.A. 1987, p. 694, obs. J. Moreau.

¹⁴³⁷. C.E., 27 janvier 1988, « *Ministre de l'Education nationale c. Giraud* », A.J.D.A. 1988, p. 352, note J. Moreau.

¹⁴³⁸. C.E., 9 février 1983, « *S.A. Affichage Niçois & S.A. Affichage Giraudy* », précité.

¹⁴³⁹. C.E., 16 février 1972, « *Sieur Pinsolle* », Rec., p. 147.

¹⁴⁴⁰. Voir MARIE, « *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative* », art. précité, p. 509.

« Guedeu »¹⁴⁴¹, le juge a considéré que « le retard mis par l'autorité administrative à exécuter les obligations que lui imposent les dispositions (...) du code de l'urbanisme constitue une faute » engageant la responsabilité de l'Etat envers les requérants. En l'espèce, l'administration avait exécuté son obligation d'agir, mais l'avait fait avec beaucoup de retard. C'est par conséquent le moment -obligation simple- de l'action qui avait été méconnu.

En règle générale, l'indemnisation demandée à la personne publique suite à l'engagement de sa responsabilité pour abstention fautive ou illégale sera, en principe, synonyme d'obligation d'agir. Néanmoins, si la réparation dans cette hypothèse implique la sanction d'une obligation d'agir, il faut observer qu'elle ne permet pas ou n'a pas pour objet direct l'exécution de cette dernière.

Comme le montrent certains des exemples précités, la réparation et l'annulation peuvent sanctionner en même temps une obligation d'agir.

C- L'annulation et la réparation du refus d'exécution de l'obligation d'agir

Selon Marie, pour que le recours pour excès de pouvoir soit un recours juridictionnel au vrai sens du terme, il ne doit pas se limiter à l'annulation, mais permettre aussi au juge d'engager la responsabilité pécuniaire de la personne publique. En effet, il écrit qu' « il est contraire à la notion du recours contentieux sainement entendu de ne pas permettre à la juridiction qui prononce l'annulation d'en apprécier en même temps les conséquences au point de vue de la réparation pécuniaire qui peut être due »¹⁴⁴². Le souci de cet auteur d'accroître les garanties des administrés est facilement compréhensible. Car au moment où il écrit, en 1901, l'état de la jurisprudence ne permettait pas encore de demander en même temps l'annulation d'une abstention, y compris celle qui impliquait la

¹⁴⁴¹. C.E., 21 octobre 1983, « *Ministre de l'environnement et du cadre de vie c. Mr et Mme Guedeu* », Rec., p. 424 ; A.J.D.A. 1984, p. 47.

¹⁴⁴². MARIE, « *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative* », art. précité, p. 501.

sanction d'une obligation d'agir, et la réparation de ses conséquences dommageables. Si un recours en annulation visait simultanément les deux fins, il était déclaré irrecevable.

L'exercice simultané des recours en annulation et en réparation semble avoir été inauguré en 1912 par la jurisprudence « Lafage »¹⁴⁴³. Le requérant, alors fonctionnaire, a demandé le bénéfice d'un avantage financier dont il a droit en vertu des textes en vigueur -en l'occurrence le décret et la décision présidentielle datant tous les deux du 29 décembre 1903- au ministre des colonies qui a refusé. La Haute juridiction a annulé ce refus. Sa décision ayant en même temps critiqué « l'attitude du ministre », a été interprétée comme accordant l'allocation demandée par le requérant. Cette jurisprudence n'a cessé de recevoir confirmation¹⁴⁴⁴.

En réalité, comme l'a noté R. Chapus¹⁴⁴⁵, la jurisprudence « Lafage » a ouvert la voie du recours en annulation au requérant dans un cas où il devait exercer un recours en réparation. En dépit du fait que ce dernier permet de faire condamner la personne publique à payer la somme due, le recours en annulation est jugé plus pratique. Car d'une part, il permet d'éviter le ministère d'avocat qui est obligatoire en cas de recours en réparation et, par conséquent, le paiement d'honoraires dont le montant peut être plus important que l'allocation revendiquée à la personne publique. D'autre part, il permet d'arriver au même résultat que le recours en réparation dans la mesure où l'annulation du refus de payer une somme d'argent signifie, théoriquement, obligation de payer.

Néanmoins, le recours en réparation permet lui aussi d'obtenir l'annulation du refus de versement d'une allocation et la condamnation à la

¹⁴⁴³. C.E., 8 mars 1912, « Lafage », Rec., p. 348, concl. Pichat ; R.D.P. 1912, p. 266, note Jèze ; S. 1913, III, p. 7, note Hauriou.

¹⁴⁴⁴. Ex : C.E., 12 février 1954, « Bierge », Rec., p. 99, 1^{ère} exp. ; A.J.D.A. 1954, 2 bis, p. 8, Chr. F. Gazier & M. Long ; C.E., 1^{er} juillet 1970, « Teboul », Rec., p. 452 ; C.E. sect., 8 mars 1991, « Bodié », Rec., p. 86 ; A.J.D.A. 1991, p. 463, Concl M. Fornacciari ; R.F.D.A. 1991, p. 788, note R. Beyssac ; C.E., 13 novembre 1995, « Cadiou », Rec., p. 966.

¹⁴⁴⁵. Voir R. CHAPUS, « Droit du contentieux administratif », op. cit., p. 701, n° 831.

verser¹⁴⁴⁶. Si l'inconvénient de ce recours a été souligné, il ne faudrait pas perdre de vue qu'il a aussi au moins un avantage qui est celui de pouvoir être exercé dans des cas où le recours en annulation n'est plus possible contre le manquement à l'obligation d'agir. Le refus d'allocation d'une somme d'argent qui ne peut plus faire l'objet d'un recours en annulation parce que le délai de deux mois s'est écoulé¹⁴⁴⁷ peut, par exemple, être attaqué par le biais du recours en réparation¹⁴⁴⁸. Ces quelques exemples montrent que l'exercice d'un recours à la place d'un autre afin de sanctionner une obligation d'agir pesant sur la personne publique n'est aujourd'hui possible qu'en matière de contentieux pécuniaire.

En dehors de ce dernier, le requérant, pour obtenir à la fois l'annulation d'un refus d'exécuter une obligation d'agir et la réparation s'il a subi un préjudice, doit formuler en même temps un recours pour excès de pouvoir et un recours de plein contentieux. C'est l'hypothèse la plus fréquente à l'heure actuelle. Des indemnités réparatrices ont, par exemple été accordées en plus de l'annulation dans les cas suivants : refus d'autoriser une compagnie navale à pratiquer des affrètements¹⁴⁴⁹, ou celui de restituer une somme d'argent ordonnée par une décision de justice¹⁴⁵⁰, ou encore celui d'appliquer la loi¹⁴⁵¹. Il convient de remarquer que l'exercice simultané des recours contre le refus

¹⁴⁴⁶. C.E., 13 mars 1991, « Merlet », Rec., p. 1120.

¹⁴⁴⁷. Au-delà du délai du recours en annulation de deux mois, une décision administrative, y compris de refus, qui a entraîné un dommage peut avoir des conséquences sur le plan de la réparation pour faute. En effet, celle-ci peut être demandée, mais elle doit être fondée sur l'illégalité de la décision administrative et ce, malgré l'expiration du délai de recours. L. DELBEZ explique cette situation par le fait que « lorsqu'un dommage est imputable à une décision (...), la faute ne peut consister que dans l'excès de pouvoir » (« *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité* », art. précité, pp. 467 & 476). Dans cette hypothèse, le juge de la responsabilité tient en même temps office de juge d'annulation pour examiner la légalité de la décision administrative. Mais sans pouvoir annuler celle-ci, il pourra tout de même accorder au requérant des dommages-intérêts dans le cas où il jugerait qu'elle est entachée d'illégalité (C. LASRY & G.-H. GEORGE, « *Responsabilité de la puissance publique* », art. précité, p. 801, n° 191).

¹⁴⁴⁸. C.E. sect., 5 janvier 1966, « Gacon », Rec., p. 4 ; A.J.D.A. 1966, p. 39, chr. J.-P. Puissochet & P. Lecat ; D. 1966, p. 362, note P. Sandevor.

¹⁴⁴⁹. C.E., 13 juin 1947, « Cie navale des pétroles » précité.

¹⁴⁵⁰. C.E., 22 décembre 1948, « Bouladou », Rec., p. 491.

¹⁴⁵¹. C.E., 24 juillet 1936, « Syndicat de défense des grands vins de la Côte d'Or », Rec., p. 861.

d'exécuter une obligation d'agir a généralement pour dénouement la condamnation du patrimoine administratif, et non l'exécution de l'obligation d'agir. Par conséquent, que l'annulation et la réparation soient obtenues par un même recours ou par des recours distincts, dans tous les cas, elles ne sont pas très contraignantes.

Néanmoins, ces sanctions satisfont souvent le requérant dans la mesure où, dans la majorité des cas, ce qu'il cherche, c'est la réparation financière des conséquences dommageables occasionnées par l'abstention fautive ou illégale et non l'action positive de la personne publique. Comme l'écrit R. Romi, « l'on conviendra qu'en toute logique, la réparation seule des dommages suscités par la carence importe à celui qui les subit »¹⁴⁵².

Mais parfois, le justiciable aura intérêt à ce que l'obligation d'agir soit exécutée. Supposons qu'un refus de réglementer une activité industrielle bruyante ou qui libère des odeurs de cadavres d'animaux, située à proximité d'habitations, soit annulé et engage en même temps la responsabilité de la commune, il n'est pas certain que le requérant se contentera de dommages-intérêts ; il voudra que la commune agisse en adoptant une réglementation de l'activité nuisible.

L'insuffisance des sanctions ordinaires -l'annulation et (ou) la réparation- des manquements aux obligations d'agir a conduit J.-M. Woehrling à proposer afin de les améliorer, une solution qui se résume dans ce qu'il appelle l' « action en déclaration de droit »¹⁴⁵³. Celle-ci consisterait « en pratique à réintégrer dans le contentieux de la pleine juridiction certains litiges relevant actuellement du recours pour excès de pouvoir et à créer dans le cadre du plein contentieux un recours permettant au juge de se prononcer, non seulement sur la légalité de l'acte pris par l'administration au sujet d'une situation juridique, mais sur la

¹⁴⁵². R. ROMI, « *La responsabilité pour carence des autorités de la police administrative* », art. précité, p. 35, col. 3.

¹⁴⁵³. J.-M. WOEHRLING, « *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?* », Mél. Braibant, Dalloz, 1996, p. 785 & s.

situation juridique elle-même : au lieu de demander l'annulation d'un acte négatif »¹⁴⁵⁴, le requérant demanderait au juge de déclarer s'il a ou non le droit à un acte positif.

Cette proposition s'explique par le fait que le juge de plein contentieux dispose de plus de pouvoirs que le juge de l'excès de pouvoir. C'est ce qui explique le souhait d'intégrer certains litiges relevant de l'excès de pouvoir dans le plein contentieux. L'auteur cite, entre autres, l'exemple des refus de permis de construire qui relèvent actuellement du contentieux de l'annulation. Si ces refus pouvaient être contestés par la voie du plein contentieux, le juge pourrait non seulement les annuler si leurs motifs sont illégaux, mais aussi décider en fonction des situations de droit ou de fait si les permis doivent être refusés ou octroyés¹⁴⁵⁵.

De fait, l'avantage est certain : l'action en déclaration de droit corrigerait l'inconvénient majeur de l'annulation d'abstentions des personnes publiques, celui de l'incertitude sur la question de savoir si ces dernières doivent agir ou non. En effet, comme il a été souligné, certaines annulations d'abstentions impliquent simplement que les personnes publiques se prononcent à nouveau sur les demandes des administrés. L'action en déclaration de droit épargnerait, par conséquent, à ces derniers de longues procédures qui ne se terminent pas toujours en leur faveur. Toutefois, cette action n'est pas sans inconvénients.

En effet, comme son nom l'indique, elle vise à faire déclarer des droits et non forcément à les faire exécuter. J.-M. Woehrling propose, en cas de violation d'un droit ou d'une obligation d'agir, l'allocation d'indemnités¹⁴⁵⁶. Or, la meilleure sanction de l'inexécution de l'obligation d'agir est celle qui tend à obtenir son exécution, et non celle instituant une sanction insuffisante comme l'indemnité. Cette critique n'a pas échappé à J.-M. Woehrling car il n'envisage, en fait, l'action en déclaration de droit que comme une étape devant conduire à

¹⁴⁵⁴ J.-M. WOEHRLING, *Ibid.*, p. 785.

¹⁴⁵⁵ J.-M. WOEHRLING, *Ibid.*, p. 787.

¹⁴⁵⁶ J.-M. WOEHRLING, *Ibid.*

l'application de la loi du 8 février 1995 sur les injonctions. En effet, cette action aboutirait plus souvent à des jugements qui impliqueraient que les personnes publiques prennent des décisions dans un sens déterminé, condition nécessaire pour la mise en œuvre des pouvoirs d'injonction, comme il conviendra de le préciser¹⁴⁵⁷.

Il existe un autre inconvénient qui, lui, ne semble pas avoir été résolu. L'action en déclaration de droit conduira automatiquement le juge à prendre des décisions à la place des personnes publiques. J.-M. Woehrling s'en défend. Selon lui, cette action « ne remet nullement en cause les prérogatives respectives du juge et de l'administration. Il s'agit toujours pour le juge de dire le droit et de ne dire que le droit »¹⁴⁵⁸.

En réalité, cette action fait du juge un administrateur dans la mesure où elle l'investit de pouvoirs d'investigation et d'appréciation qui relèvent actuellement de la compétence des personnes publiques. Il en résulte un accroissement certain de ses pouvoirs. Car dans le recours en annulation, le juge décide simplement de la légalité ou non du motif administratif de l'abstention. Au contraire, dans la proposition J.-M. Woehrling, en cas d'illégalité du motif, le juge chercherait à justifier le droit ou l'obligation d'agir par d'autres motifs légaux. Or selon Jèze, le juge n'a pas à donner son appréciation sur l'opportunité de l'adoption des mesures administratives car cela le transformerait « en administrateur, en supérieur hiérarchique des agents administratifs »¹⁴⁵⁹. Cette attitude « serait contraire au principe de la séparation et du morcellement des compétences »¹⁴⁶⁰.

Il faut enfin observer que les idées de J.-M. Woehrling peuvent être mises en œuvre sans mettre en place un recours spécifique. Il suffit de conférer au juge de l'excès de pouvoir les pouvoirs qu'il propose pour l'action en déclaration de

¹⁴⁵⁷. Voir chapitre suivant.

¹⁴⁵⁸. J.-M. WOEHRLING, « *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?* », art. précité, p. 789.

¹⁴⁵⁹. JEZE, « *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français* », art. précité, p. 435.

¹⁴⁶⁰. JEZE, Ibid.

droit. Il s'agit surtout, de celui de pouvoir juger si la personne publique doit agir ou pas. Cette solution permettrait de ne pas renvoyer, comme c'est le cas dans l'état actuel du droit, le requérant devant la personne publique afin que celle-ci prenne une nouvelle décision. Cette solution n'entraînant pas un grand bouleversement paraît plus simple car elle ne fait qu'accroître les pouvoirs du juge déjà compétent.

Il faut rappeler à ce sujet que la condamnation financière n'est pas, la plupart du temps, prioritaire pour le requérant. Ce que ce dernier cherche dans une annulation d'un refus illégal de permis de construire par exemple n'est pas l'octroi de dommages-intérêts, mais celui du permis lui-même. Or le juge de l'excès de pouvoir peut enjoindre à la personne publique d'exécuter son obligation d'agir. Par conséquent, l'action en déclaration de droit peut être intentée devant le juge de l'excès de pouvoir. Ainsi beaucoup de subtilités seraient évitées.

Il convient maintenant d'étudier la véritable portée de l'annulation et de la réparation des manquements aux obligations d'agir par les personnes publiques.

§2- La portée des sanctions juridictionnelles ordinaires du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques

En dehors du contentieux pécuniaire précédemment étudié à propos duquel aussi bien l'annulation que la réparation de l'obligation d'agir permettent d'obtenir presque les mêmes résultats, ces sanctions n'ont pas exactement la même portée, c'est-à-dire la même efficacité. La réparation a généralement une portée plus faible que l'annulation. Néanmoins, elles sont toutes deux non contraignantes et détournées¹⁴⁶¹ car elles ne tendent pas en principe à obtenir l'exécution de l'obligation d'agir.

¹⁴⁶¹. J. TERCINET, « *Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration ?* », A.J.D.A. 1981, p. 4, col. 1.

Pour montrer que l'annulation convient souvent mieux que la réparation pour sanctionner le refus d'exécution de l'obligation d'agir, il faudrait d'abord faire apparaître la faiblesse de la réparation.

A- La portée de la réparation du refus d'exécution de l'obligation d'agir

Les auteurs semblent unanimes pour conclure à la faible portée de la réparation de l'inexécution de l'obligation d'agir. Elle ne permet pas l'exécution de celle-ci dans la mesure où son objet réel n'est pas l'exécution, mais l'allocation de dommages-intérêts à cause de l'inexécution préjudiciable¹⁴⁶². Or comme l'écrit Montané de la Roque, « indemniser n'est pas agir »¹⁴⁶³.

Dans l'arrêt « Dame Veuve Renard »¹⁴⁶⁴, la requérante a demandé par un recours en réparation que l'Etat soit condamné à réparer le préjudice que lui a causé sa « carence » à prendre un décret d'application. Ce recours vise d'autant moins l'exécution de l'obligation d'agir que dans cette affaire il a été exercé après que l'Etat ait pris le décret en cause. L'exécution de l'obligation d'agir a été seulement entreprise avec retard.

De même, dans l'arrêt « Sieur Pinsolle »¹⁴⁶⁵ précité, la responsabilité de l'Etat a été engagée pour sa carence à prendre les mesures nécessaires contre le franchissement des limites d'une cour de récréation par les élèves à la suite d'un accident survenu au fils du requérant. L'Etat est condamné à verser des dommages-intérêts alors que l'obligation d'agir en l'espèce consiste à prendre des mesures de protection de la cour. Il est dès lors clair que la réparation ne tend pas à obtenir l'exécution de l'obligation d'agir.

¹⁴⁶². Voir S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 221 ; MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 408 ; C. LASRY & G.-H. GEORGE, « *La responsabilité de la puissance publique* », art. précité, p. 784 n° 1 & p. 785 n° 8.

¹⁴⁶³. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 217.

¹⁴⁶⁴. C.E., 27 novembre 1964, « *Dame Veuve Renard* », précité.

¹⁴⁶⁵. C.E., 16 février 1972, « *Sieur Pinsolle* », Rec., p. 147.

Cette sanction ne vise qu'indirectement l'exécution de l'obligation d'agir. En effet, en condamnant financièrement la personne publique, cette dernière peut être incitée à exécuter son obligation d'agir afin d'éviter de nouveaux accidents ou autres préjudices dont elle peut être à nouveau jugée responsable. C'est en ce sens semble-t-il que C. Guettier écrit avec justesse que l'indemnisation qui est accordée en matière d'inexécution des jugements « ne remplace pas la réfection de l'acte qui est un droit pour l'intéressé, mais est susceptible de contraindre l'Administration à procéder à cette réfection en raison de l'importance des sommes attribuées par le juge »¹⁴⁶⁶.

De même aussi, dans l'arrêt « Giraud »¹⁴⁶⁷ précité, l'Etat a été condamné à verser une indemnité pour sa carence à exécuter son obligation d'assurer l'enseignement de matières obligatoires. Or cette condamnation ne vise pas à obtenir l'exécution de l'obligation d'agir elle-même, mais répare le préjudice subi à cause de son manquement. Réparer l'obligation d'agir en l'espèce aurait consisté à demander à l'Etat d'assurer les « 7 heures d'enseignement hebdomadaires » dont l'enfant Giraud a été privé. De même encore, dans l'espèce « Compagnie navale des pétroles »¹⁴⁶⁸, le ministre de la Marine a refusé d'autoriser la compagnie requérante à participer à des opérations d'affrètement auxquelles elle avait droit. Le Conseil d'Etat a condamné l'Etat, pour manquement à son obligation d'agir, à verser à la compagnie des dommages et intérêts au titre du préjudice subi¹⁴⁶⁹. Il apparaît clairement que ce type de sanction permet au créancier de l'obligation d'obtenir des indemnités, et non l'exécution de l'obligation d'agir elle-même. C'est en cela que la réparation constitue une sanction insuffisante de l'obligation d'agir.

¹⁴⁶⁶. C. GUETTIER, « Exécution des jugements », *Juris cl. admin.*, n° 8, fasc 1112 (1995), p. 13.

¹⁴⁶⁷. C.E., 27 janvier 1988, « *Ministre de l'Education nationale c. M. Giraud* », *A.J.D.A.* 1988, p. 352.

¹⁴⁶⁸. C.E., 13 juin 1947, « *Cie navale des pétroles* », *Rec.*, p. 265.

¹⁴⁶⁹. Voir pour l'obligation de la commune de mettre en place « les ouvrages publics propres à prévenir la pollution » d'une source d'eau minérale (C.E., 19 février 1988, « *de Talhouet* », req. n° 78 978 : *Juris Data* n° 040719).

Dans la pensée de Kelsen, cette situation est normale, car la sanction la plus compréhensible contre une « collectivité » quelconque, est celle dirigée contre son patrimoine en cas d'inexécution de ses obligations¹⁴⁷⁰. La raison, semble-t-il, est qu'une collectivité ou une personne morale telle la personne publique n'étant pas une personne physique, la contrainte physique est inconcevable pour l'obliger à agir.

Néanmoins, R. Hanicotte pense que l'engagement de la responsabilité permet l'exécution de l'obligation d'agir. En effet selon lui, si le législateur assigne au gouvernement un délai impératif pour prendre un texte d'application de la loi, « il met à sa charge un devoir strict de diligence. Dans ces conditions, tout manquement à l'obligation légale devait laisser présumer une faute engageant la responsabilité administrative, sinon l'expression de la souveraineté nationale s'en trouve paralysée »¹⁴⁷¹. En réalité, la responsabilité est certes une sanction, mais une sanction qui ne permet pas d'obtenir l'exécution de l'obligation d'agir. En l'occurrence, si le gouvernement est condamné à réparer les conséquences préjudiciables de son retard à adopter le texte, la victime percevra une indemnité, mais la loi restera toujours paralysée.

Il faudrait par conséquent admettre que la réparation constitue une sanction inefficace de l'obligation d'agir. En matière de refus d'adoption de texte d'application des lois, si la responsabilité de la personne publique est engagée, « l'expression de la souveraineté nationale » restera toujours entravée tant que l'obligation de prendre le texte d'application ne sera pas exécutée.

En matière de responsabilité pour non-transposition de directives européennes, le juge administratif a mis en place une jurisprudence plus favorable pour l'application de la volonté des instances européennes. Ainsi dans l'affaire « S.A. Cabinet Revert et Badelon »¹⁴⁷², l'Etat a été condamné à décharger la société requérante de la T.V.A. prélevée en méconnaissance des

¹⁴⁷⁰. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », op. cit., p. 247 & s.

¹⁴⁷¹. R. HANICOTTE, « *Le juge face au retard des textes d'application* », art. précité, p. 1672.

¹⁴⁷². C.E. ass., 30 octobre 1996, « *S.A. Cabinet Revert et Badelon* », A.J.D.A. 1996, p. 1044.

dispositions de la 6^{ème} directive. Par cette condamnation, le juge a fait application de la directive pourtant non encore transposée en France au moment des faits.

Mais cette jurisprudence n'équivaut pas à une transposition de la directive, autrement dit, elle ne constitue pas une exécution de l'obligation de transposition de la directive. En effet, cette exécution est de la seule compétence des autorités étatiques. Tant que celles-ci n'ont pas transposé la directive, les administrés ne peuvent pas s'en prévaloir de façon générale. Ce n'est qu'en cas de contradiction entre la directive non transposée et une disposition législative ou réglementaire nationale que cette dernière est écartée uniquement pour l'affaire en cause et non définitivement.

Malgré le fait que la réparation est une sanction insuffisante des violations de l'obligation d'agir, dans certaines hypothèses où cette dernière ne peut plus être exécutée, elle apparaît comme la sanction la plus réaliste dont on peut se contenter. Il en va ainsi en matière d'incendies.

Dans l'arrêt « *Sieur Narce* »¹⁴⁷³, le maire n'a pas pris des mesures pour combattre un incendie qui a détruit les bois du requérant. Dans ces circonstances, il n'est plus possible d'envisager l'exécution de l'obligation d'agir dans la mesure où il serait absurde de rallumer un incendie afin d'obliger le maire à prendre les mesures nécessaires pour le combattre. Dès lors, la seule sanction envisageable au manquement à son obligation d'agir est la réparation des conséquences dommageables de son abstention. Dans une espèce très proche¹⁴⁷⁴, un feu d'artifice tiré par des militaires et provoquant un incendie dommageable a été rendu possible en partie par « un défaut de surveillance de l'autorité militaire ». L'Etat a été condamnée à indemniser les requérants. Dans cette affaire aussi, c'est la réparation qui est la sanction la plus réaliste car

¹⁴⁷³. C.E., 17 juillet 1953, « *Sieur Narce* », Rec., p. 384.

¹⁴⁷⁴. C.E., 18 juin 1926, « *Cgies l'Abeille et autres* », Rec., p. 617.

obliger l'autorité militaire à être vigilant ne pourra pas effacer les conséquences du sinistre. Celui-ci s'est déjà produit.

Contrairement à la réparation du refus d'exécution de l'obligation d'agir dont la portée est très faible, les jugements d'annulation peuvent parfois revêtir une portée plus étendue.

B- La portée de l'annulation du refus d'exécution de l'obligation d'agir

A priori, le recours en annulation ne permet pas au requérant d'obtenir l'exécution de l'obligation d'agir car l'annulation du refus de l'exécuter n'est pas synonyme d'injonction. J. Chevallier se demande si l'annulation d'une décision administrative négative n'a pas en réalité « pour effet d'obliger l'autorité administrative à accomplir un acte positif »¹⁴⁷⁵.

En principe, l'annulation ne peut avoir pour effet d'obliger la personne publique à agir car elle n'équivaut pas à une injonction. Celle-ci est au fond un ordre, alors que l'annulation est uniquement un constat d'illégalité. Comme le note J.-M. Auby, en matière de disparition d'actes administratifs unilatéraux, si l'annulation par le juge d'un refus de faire disparaître un règlement « détermine l'obligation pour l'administration de modifier ou abroger le règlement », elle « ne comporte pas par elle-même ces mesures et n'empiète pas par conséquent sur les pouvoirs de l'auteur de l'acte »¹⁴⁷⁶.

Cependant pour Laferrière¹⁴⁷⁷, permettre aux administrés de contester les abstentions de l'administration est une manière pour le juge d'enjoindre à cette dernière. Mais cette position est démentie par le droit administratif positif. A

¹⁴⁷⁵. J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », A.J.D.A. 1972, p. 73, col. 1.

¹⁴⁷⁶. J.-M. AUBY, « *L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux* », art. précité, p. 456. Cette position constitue une évolution dans la pensée de cet auteur. En effet, en 1953, il assimilait l'annulation à l'injonction. Il considérait par exemple que l'annulation d'un « refus d'accomplir un acte administratif » (« *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », art. précité, n° 1080) représentait une injonction.

¹⁴⁷⁷. LAFERRIERE, cité par MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 15.

titre d'exemple, dans un arrêt du 24 février 2000¹⁴⁷⁸, le tribunal administratif de Besançon a annulé une décision du Conseil général du Jura refusant une demande d'agrément pour une adoption à un couple de lesbiennes pour « *une inexacte appréciation des textes* ». Il a ensuite, par le même arrêt, enjoint la délivrance de l'agrément « *dans un délai de quinze jours* ». Cet arrêt montre que l'annulation et l'injonction sont deux sanctions différentes, même si elles sont complémentaires. Selon J. Roche, « la décision d'annulation elle-même ne crée rien, au contraire, elle détruit »¹⁴⁷⁹. C'est la raison pour laquelle Marie déclare que ce recours « ne permet de rétablir le droit que d'une manière insuffisante »¹⁴⁸⁰.

D'autres auteurs, moins nombreux, pensent que l'annulation d'une abstention administrative « crée à la charge de l'administration le devoir juridique de prendre l'acte qui lui était demandé »¹⁴⁸¹. Ce dernier point de vue paraît théoriquement fondé dans la mesure où il est conforme à la chose jugée. En plus, des illustrations permettant de l'étayer existent, notamment en matière de révocation d'agents publics.

Bien avant la décision « Rodière »¹⁴⁸² qui avait permis la reconstitution de la carrière du requérant irrégulièrement révoqué, un arrêt « Viaud »¹⁴⁸³ avait considéré que le requérant, irrégulièrement promu, devait bénéficier de l'avancement à l'ancienneté lié à son cadre. Ce ne sont pas seulement des agissements positifs qui sont concernés par cette jurisprudence puisque le

¹⁴⁷⁸. Le journal « *Le Monde* », 26 février 2000, p. 12.

¹⁴⁷⁹. J. ROCHE, « *Réflexions sur le pouvoir non normatif de la jurisprudence. A propos de la soumission au droit des règlements autonomes* », art. précité, p. 538, col. 2.

¹⁴⁸⁰ L. MARIE, « *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative* », art. précité, p. 501.

¹⁴⁸¹. M.-A. GLELE, « *Le recours contre une décision administrative négative* », A.J.D.A. 1970, p. 20 ; dans le même sens, voir MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 393 ; Selon L. MARIE, « le juge n'a pas seulement pour mission de dire le droit, de rechercher laquelle des prétentions en conflit est fondée en droit, il doit encore rétablir le droit (« *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative* », art. précité, p. 498).

¹⁴⁸². C.E., 26 décembre 1925, « *Rodière* », Rec., p. 1065 ; R.D.P. 1926, p. 32, concl. Cohen Salvador ; S. 1925, III, p. 49, note Hauriou ; G.A.J.A 14^{ème} éd. 2003, p. 260.

¹⁴⁸³. C.E., 30 novembre 1900, « *Viaud* », Rec., p. 681, concl. Saint-Paul.

Conseil d'Etat a aussi annulé le refus préfectoral de reconstitution de carrière d'un agent illégalement évincé¹⁴⁸⁴ ou le refus du président du conseil régional de réintégration d'agent et a ordonné à la fois sa réintégration et la reconstitution de sa carrière¹⁴⁸⁵. Montané de la Roque aurait sans doute approuvé cette jurisprudence car, pour lui, l'annulation d'une révocation doit être suivie d'une réintégration de l'agent¹⁴⁸⁶. Dès lors, l'annulation paraît revêtir une portée plus large que la réparation pour sanctionner l'inexécution de l'obligation d'agir même si, par ailleurs, cette dernière sanction n'est pas étrangère aux hypothèses de révocation suivie du refus de réintégrer l'agent¹⁴⁸⁷.

A cet égard, le contentieux relatif aux concours administratifs fournit, lui aussi, une illustration assez intéressante.

Dans l'arrêt « Marfing »¹⁴⁸⁸, le requérant a contesté une décision administrative lui refusant de participer à un concours interne et la proclamation des résultats de celui-ci. Le juge estimant que l'exclusion du requérant « était susceptible d'avoir une incidence sur les résultats de l'ensemble du concours », a annulé aussi bien la décision de refus que la proclamation des résultats. Cela prouve que, par le biais de l'annulation, le juge peut, dans certains cas, mieux sanctionner les manquements à l'obligation d'agir. Généralement, il se contente d'annuler l'abstention illégale. Or encore une fois, ce que cherche le requérant, c'est d'avoir la jouissance de son droit. Il est évident que dans la présente espèce, le requérant n'a pas pu repasser le concours s'il n'y a pas eu un nouvel appel à candidature. Mais il a néanmoins, à travers l'annulation des résultats, obtenu plus de satisfaction que dans l'hypothèse où c'est le seul refus de concourir qui est annulé.

¹⁴⁸⁴. C.E. sect., 13 juillet 1956, « *Sieur Barbier* », Rec., p. 338 ; A.J.D.A. 1956, II, p. 386.

¹⁴⁸⁵. C.E. ass., 26 octobre 2001, « *Ternon* » précitée.

¹⁴⁸⁶. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 387.

¹⁴⁸⁷. C.E., 17 juin 1981, « *Cne de St-Germain d'Esteuil* », D. 1982, Somm., p. 54, obs. F. Moderne et P. Bon.

¹⁴⁸⁸. C.E. sect., 8 octobre 1965, « *Marfing* », Rec., p. 497, concl. Bertrand, A.J.D.A. 1966, n° 35, p. 177.

Peuvent enfin être cités, les cas de refus de séjour dans lesquels souvent l'annulation implique une action positive de la part de la personne publique. Le juge a par exemple estimé qu'une annulation d'un refus de séjour implique que l'administration restitue la carte de séjour retirée à un étranger¹⁴⁸⁹, ou que cette annulation l'oblige à délivrer le titre de séjour¹⁴⁹⁰.

Ainsi la réparation et l'annulation peuvent certes sanctionner les refus d'exécution de l'obligation d'agir, mais elles ne permettent pas toujours d'obtenir l'exécution elle-même. Au contraire, la mise en œuvre de la substitution, dans les hypothèses où elle s'avère légale, permet d'aboutir à l'exécution de l'obligation d'agir.

Section 2- La sanction administrative ordinaire du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques : la substitution

Etant une modalité de « l'exercice de la tutelle »¹⁴⁹¹, la substitution est en général mise en œuvre par la personne publique supérieure. Néanmoins, elle peut parfois être exercée par la personne publique inférieure. En tous les cas, il semble que son exercice n'est possible qu'en cas de refus d'exécuter une obligation d'agir.

A ce sujet, deux séries de problèmes sont à résoudre. D'une part, la substitution doit être définie avant d'être mise en parallèle avec l'obligation d'agir (§1). D'autre part, la question se pose de savoir si son exercice s'impose ou non à la personne substituante (§2).

¹⁴⁸⁹. T.A. de Grenoble, 25 octobre 1978, « *Da Cunha* », A.J.D.A. 1979, n° 6, p. 46, note J.-Y. Plouvin.

¹⁴⁹⁰. C.E., 21 décembre 1994, « *Mert* », Site Internet Légifrance.

¹⁴⁹¹. B. KORNPROBST, « *La compétence liée* », art. précité, p. 957.

§1- La définition de la substitution et sa relation avec le refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques

La notion de substitution doit être précisée afin de faciliter l'étude de sa relation avec l'obligation d'agir des personnes publiques.

A- La définition de la substitution

C.-H. Vignes définit la substitution comme étant « une mesure d'exécution forcée permettant à l'Administration d'agir au lieu et place d'une personne publique ou d'une collectivité défaillante »¹⁴⁹².

En réalité, la substitution n'est pas une mesure d'exécution forcée, ni même « *un procédé de coercition* »¹⁴⁹³, pour au moins deux raisons.

D'une part, pour qu'il soit possible de parler valablement d'exécution forcée, il faudrait que l'acte soit exécuté par la personne publique juridiquement et initialement compétente. Or, dans la substitution, c'est une autre personne -la substituante- qui agit à la place de celle qui est « normalement compétente, mais anormalement défaillante »¹⁴⁹⁴ -la substituée-. Le caractère non contraignant de la substitution trouve là sa principale justification. En effet, l'obligation d'agir étant exécutée par une autre personne, la substituée ne subit pas, contrairement à ce que soutient B. Plessix, de pressions destinées à la faire agir¹⁴⁹⁵. La mise en demeure qui s'impose à la substituante avant toute action vise moins à contraindre la substituante à agir que de s'assurer de manière certaine qu'elle refuse d'agir.

D'autre part, il n'est pas possible d'assimiler la substitution à une mesure d'exécution forcée ou de contrainte car, comme il conviendra de le souligner, son exercice n'est pas impératif, mais en principe facultatif pour la

¹⁴⁹². C.-H. VIGNES, « *Le pouvoir de substitution* », R.D.P. 1961, p. 761.

¹⁴⁹³. B. PLESSIX, « *Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action* », R.D.P. 2003, p. 612.

¹⁴⁹⁴. B. PLESSIX, *Ibid.*, p. 603.

¹⁴⁹⁵. B. PLESSIX, *Ibid.*, p. 608.

substituante¹⁴⁹⁶. Aussi, dans bon nombre de cas, la personne publique nantie du pouvoir de substitution peut en toute légalité ne pas remédier à la carence de la personne défaillante. Dans ces cas, la substitution se révèle également comme une sanction non contraignante.

La définition mise en avant par A.-M. Le Bos-Le Pourhiet n'est satisfaisante que partiellement. En effet selon elle, la substitution est une dérogation¹⁴⁹⁷ permettant à un agent soit « de poser une norme dans une matière réservée à un autre agent »¹⁴⁹⁸, soit « de poser une norme à l'égard de personnes ne ressortissant pas à sa sphère d'autorité »¹⁴⁹⁹ ou de compétence.

Cette définition est discutable dans la mesure où l'édiction d'une norme n'est pas susceptible d'être séparée de ses destinataires. Ces derniers qu'ils soient potentiels ou désignés sont à prendre en considération.

Ainsi, l'édiction par le maire d'une mesure de police s'adresse aux habitants de sa commune parce que sa compétence est limitée au territoire communal. Si, à titre dérogatoire, il adresse sa mesure aux habitants d'une autre commune, il y a certes présence d'une substitution car il a posé « une norme à l'égard de personnes » ne relevant pas de sa commune. Mais il est possible d'en déduire aussi qu'il y a substitution parce qu'il a été autorisé à prendre une mesure qu'un autre maire était seul compétent pour l'édicter. Par conséquent, il a agi « dans une matière réservée à un autre agent ». De fait, les deux composantes de la définition précitée ne s'excluent pas forcément.

Cette définition est contestable aussi parce qu'elle limite la substitution à l'édiction d'actes juridiques. En effet, la substitution est envisageable également

¹⁴⁹⁶. La substitution se distingue de l'exécution forcée par d'autres traits. Sur ce point, B. PLESSIX a pertinemment montré entre autres que contrairement à la substitution, l'exécution forcée doit être autorisée par le juge et qu'elle peut, dans certains conditions, être mise en œuvre en l'absence de tout texte (« *Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action* », art. précité, p. 584 & s.).

¹⁴⁹⁷. A.-M. LE BOS-LE POURHIET, « *La substitution de compétence en droit public* », th. Paris, 1983, p. 14.

¹⁴⁹⁸. A.-M. LE BOS-LE POURHIET, *Ibid.*, p. 21.

¹⁴⁹⁹. A.-M. LE BOS-LE POURHIET, *Ibid.*

dans des hypothèses d'intervention matérielle. Il en est ainsi en matière de police où le préfet est parfois amené à se substituer au maire pour maintenir l'ordre dans la rue. La substitution pourrait, par conséquent, être définie comme étant l'intervention -par des mesures juridiques ou matérielles-d'une personne afin de pallier la carence ou l'« inaction délibérée »¹⁵⁰⁰ d'une autre.

Ainsi appréhendée, la substitution entretient une relation avec le refus d'exécution de l'obligation d'agir.

B- La relation entre la substitution et le refus d'exécution de l'obligation d'agir

En principe, la substitution n'est possible qu'en cas de refus d'exécuter une obligation d'agir. La jurisprudence et la doctrine paraissent concordantes sur ce point¹⁵⁰¹. De ce principe, découlent certaines conséquences.

Premièrement, le juge n'accepte la mise en œuvre du pouvoir de substitution qu'en cas d'abstention illégale de la personne publique substituée impliquant une obligation d'agir¹⁵⁰² et, par conséquent, la refuse en dehors d'elle¹⁵⁰³. L'arrêt « Dalmasso »¹⁵⁰⁴ est à cet égard significatif. Le juge y affirme en effet que « le maire (...) n'a pas refusé ou négligé de faire un acte qu'il fût légalement tenu d'accomplir au sens de l'article 85 (...) ; que dès lors, le Préfet du Var n'avait pas la faculté d'user du pouvoir de substitution que lui confère l'article précité de la loi du 5 avril 1884 ». En l'espèce, l'abstention étant légale,

¹⁵⁰⁰. A.-M. LE BOS-LE POURHIET, *Ibid.*, p. 241.

¹⁵⁰¹. En ce qui concerne la jurisprudence, voir par ex. C.E., 13 juillet 1920, « *Cne de Brion* », *Rec.*, p. 765 : était en cause l'obligation d'installation d'un instituteur par le maire ; C.E., 28 juillet 1911, « *Cne de Saint-Céran* », *Rec.*, p. 883 : il s'agissait de l'obligation du maire d'interner provisoirement un aliéné. S'agissant de la doctrine ; voir par ex. J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », art. précité, p. 68, col. 2 ; R. CHAPUS, « *Droit administratif général* », t1, 15^{ème} éd. 2001, p. 410, n° 567 ; C.-H. VIGNES, « *Le pouvoir de substitution* », art. précité, pp. 761 & 768.

¹⁵⁰². Ex : C.E., 15 juin 1888, « *Cne de Rieux* », p. 518 : refus illégal de construire une école.

¹⁵⁰³. C.E., 7 avril 1943, « *Epx Eustache* », *Rec.*, p. 88.

¹⁵⁰⁴. C.E. sect., 19 octobre 1956, « *Dalmasso* », *Rec.*, p. 374 ; A.J.D.A. 1956, p. 432, D. 1956, J., p. 64, concl. Long.

elle signifiait que le maire n'avait pas l'obligation d'agir. C'est la raison pour laquelle le préfet ne pouvait pas se substituer à lui.

Deuxièmement, si la personne publique inférieure ne s'est pas abstenue et a agi convenablement, la personne publique supérieure n'est en principe pas autorisée à se substituer à elle pour prendre une autre mesure. Dans l'arrêt « Secrétaire d'Etat aux Universités »¹⁵⁰⁵, une suspension des enseignants de l'université de Picardie a conduit le conseil de l'établissement à décider le report en septembre de certains examens qui devaient normalement se dérouler en juin. Le secrétaire d'Etat aux universités, en se fondant sur l'article 18 de loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 en vertu duquel « en cas de difficulté grave dans le fonctionnement des organes statutaires ou de défaut d'exercice de leurs responsabilités, le ministre de l'éducation peut prendre, à titre exceptionnel, toutes dispositions nécessaires », s'est substitué aux organes de l'université pour fixer la première session d'examens en juin. Le juge a considéré que cette substitution est illégale. De fait, il protège l'autonomie des organes sous contrôle en annulant toute substitution injustifiée. Cette espèce montre aussi qu'il faut que la personne publique substituée n'ait pas exécuté son obligation d'agir pour que la substitution soit légale.

Certains auteurs paraissent envisager la substitution qu'en cas de refus d'exécuter une obligation d'agir déterminée. C'est le cas par exemple de C.-H. Vignes qui soutient que l'exercice du pouvoir de substitution n'est possible qu'en présence d'obligation d'agir déterminée ou, selon ses propres termes, d'« obligation positive et précise d'agir »¹⁵⁰⁶. C'est également le cas de G. Timsit pour qui la substitution du préfet au maire est conditionnée par le refus de ce dernier d'exercer une compétence absolument liée¹⁵⁰⁷, celle-ci étant souvent une obligation d'agir déterminée. Pour étayer cette thèse, les auteurs qui la

¹⁵⁰⁵. C.E., 7 mars 1980, « *Secrétaire d'Etat aux Universités* », Rec., p. 136.

¹⁵⁰⁶. C.-H. VIGNES, « *Le pouvoir de substitution* », art. précité, pp. 772 & 773 ; B. KORNPBST emploie la même expression, (« *La compétence liée* », art. précité, p. 949).

¹⁵⁰⁷. G. TIMSIT, « *Compétence liée et principe de légalité* », art. précité, p. 222.

soutiennent invoquent notamment la jurisprudence relative au refus d'inscription d'une dépense obligatoire au budget¹⁵⁰⁸.

Or, la substitution peut être mise en œuvre en matière de police¹⁵⁰⁹ alors même que les obligations d'agir dans cette matière sont souvent indéterminées. Elle l'a été par exemple dans un cas de refus illégal de prendre une mesure de police¹⁵¹⁰. Par conséquent, la substitution peut parfois sanctionner le refus d'exécuter une obligation d'agir indéterminée.

Mais il ne peut être établi une relation de cause à effet entre la substitution et l'obligation d'agir. Autrement dit, tout refus d'exécution d'une obligation d'agir ne peut déclencher l'exercice de la substitution. La raison en est que la substitution n'existe que si elle est prévue par un texte¹⁵¹¹. L'article L. 2122-34 du Code des collectivités territoriales¹⁵¹² prévoyant la substitution du préfet au maire est à cet égard significatif.

En effet selon cet article, dans « le cas où le maire, en tant qu'agent de l'Etat, refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le représentant de l'Etat dans le département peut après l'en avoir requis y procéder d'office ». La substitution n'est prévue par conséquent, que pour les obligations d'agir qui s'imposent au maire en tant qu'autorité de l'Etat. Celles qu'il exerce en tant qu'autorité décentralisée en sont exclues¹⁵¹³.

Relève de la première hypothèse notamment l'obligation d'octroi de permission de voirie¹⁵¹⁴. Pour la seconde hypothèse, l'affaire « Ducouso »¹⁵¹⁵

¹⁵⁰⁸. Voir par ex. A.-M. LE BOS-LE POUHEIET, « *La substitution de compétence en droit public* », th. précitée, pp. 189 & 190.

¹⁵⁰⁹. Voir G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 313 notamment.

¹⁵¹⁰. C.E., 23 mai 1890, « *Cne du Champ* », Rec., p. 522. Pourrait également être cité l'arrêt « *Doublet* » du 14 décembre 1962 (Rec., p. 680) dans lequel le refus de substitution pour faire respecter une réglementation de police a été jugé fautif.

¹⁵¹¹. En ce sens C.E. sect., 24 juin 1949, « *Cne de Saint-Servan* », Rec., p. 310 ; C.E., 10 décembre 1962, « *Bouali-Salah* », Rec., p. 674.

¹⁵¹². Ancien article L 122-14 du Code des communes.

¹⁵¹³. Voir R. CHAPUS, « *Droit administratif général* », t1, 15^{ème} éd. 2001, p. 425, n° 586.

¹⁵¹⁴. art. L 2215-5 CGCT ; Y. GAUDEMET, « *Droit administratif général* », op. cit., t1, p. 264, n° 563.

¹⁵¹⁵. C.E. sect., 16 novembre 1960, « *Ducouso* », Rec., p. 623 ; A.J.D.A. 1960, I, p. 183, chr. M. Combarrous & J.-M. Galabert.

constitue une belle illustration. Dans cette espèce, le préfet n'a pas été autorisé à se substituer au maire pour prononcer la réintégration d'un agent communal - obligation d'agir- parce que cette mesure relève de la compétence du maire en tant qu'autorité municipale et non en tant qu'agent de l'Etat. Il convient toutefois de souligner que la substitution, même si elle est prévue, ne représente pas toujours une garantie d'exécution de l'obligation d'agir.

§2- Le caractère aléatoire de la substitution comme sanction du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques

Si une personne publique refuse d'exécuter une obligation d'agir pour laquelle une substitution est prévue, il n'est pas certain que celle-ci sera mise en œuvre. Car elle revêt un caractère facultatif. Néanmoins, ce principe comporte des exceptions.

A- Le principe : la mise en œuvre facultative de la substitution

B. Kornprobst déclare que la jurisprudence n'établit « formellement » ni une obligation ni une faculté en matière de substitution¹⁵¹⁶. Or, le caractère facultatif de la substitution ressort non seulement de certains arrêts¹⁵¹⁷, mais surtout de la plupart des textes¹⁵¹⁸ dont certains emploient expressément le verbe pouvoir.

Néanmoins, A.-M. Le Bos-Le Pourhiet estime qu'il ne faut pas se fier aux textes. Selon elle, il est « hasardeux de rechercher le caractère facultatif ou obligatoire de la substitution uniquement dans les termes du texte »¹⁵¹⁹. Elle propose de se baser sur la nature obligatoire ou non du pouvoir de l'autorité

¹⁵¹⁶. B. KORNPBST, « *La compétence liée* », art. précité, p. 949.

¹⁵¹⁷. Ex : C.E., 20 juillet 1938, « *Schlumberger* », Rec., p. 701 ; C.E., 21 mai 1948, « *E.D.F.* », Rec., p. 224.

¹⁵¹⁸. Ex : art. 85 de la loi du 5 avril 1884 ; art. L. 2122 - 34 et 2215-1 du C.G.C.T. ; art. 34 III de la loi du 2 mars 1982.

¹⁵¹⁹. A.-M. LE BOS-LE POURHIET, « *La substitution de compétence en droit public* », th. Précitée, p. 212.

substituée¹⁵²⁰. Par exemple si le maire a une obligation d'agir, son autorité de tutelle doit se substituer à lui en cas de refus d'agir. Cela ne signifie pas que si la substitution est obligatoire, elle constitue une obligation d'agir. Elle ne peut être une obligation d'agir car elle est simplement à la fois une sanction et une modalité d'exécution d'une obligation d'agir non exécutée par la personne publique juridiquement compétente. En clair, si le préfet se substitue au maire, ce n'est pas pour faire un acte différent de celui du maire. En l'occurrence, il n'y a qu'une seule obligation d'agir, celle du maire.

En revanche, si ce dernier dispose d'une faculté d'agir sur la matière considérée, la substitution devient facultative. A.-M. Le Bos-Le Pourhiet cite une jurisprudence qui constitue, selon elle, une exception. Dans l'arrêt « Doublet »¹⁵²¹, le juge considère que la substitution en cas de refus d'exécuter l'obligation de préserver l'ordre public est obligatoire alors qu'elle est facultative de par la loi. Or, la jurisprudence ne considère en principe l'exercice du pouvoir de substitution obligatoire que si un texte l'indique formellement. Ainsi en matière d'inscription d'office, l'article 1^{er} de la loi du 5 août 1911 précise qu'en cas d'omission d'inscription de crédits nécessaires à l'acquittement des dettes exigibles au budget des associations syndicales, le préfet « doit » d'office les inscrire¹⁵²². Si les textes ne sont pas clairs sur le caractère de la substitution, l'exercice de celle-ci relève en principe de la faculté d'agir¹⁵²³. La jurisprudence en matière de lotissement dans l'hypothèse de refus de désignation d'un comité syndical¹⁵²⁴ ou d'imposition d'office d'une commune¹⁵²⁵ le confirme.

La preuve ultime de l'exercice facultatif de la substitution est qu'en cas de refus d'agir de la personne publique substituante, les recours contre ce refus de

¹⁵²⁰. A.-M. LE BOS-LE POURHIET, Ibid., p. 212 & s.

¹⁵²¹. C.E., 14 décembre 1962, « Doublet », précité.

¹⁵²². C.E., 26 juillet 1926, « Mehl », Rec., p. 745.

¹⁵²³. B. PLESSIX, « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », art. précité, pp. 615 & 616.

¹⁵²⁴. C.E., 17 février 1937, « Lamy », Rec., p. 212.

¹⁵²⁵. C.E., 1^{er} mars 1939, « Cordier », Rec., p. 128.

substitution sont jugés irrecevables¹⁵²⁶. Les administrés « n'ont pas de recours juridictionnel »¹⁵²⁷ possible contre un tel refus. Par conséquent, le caractère facultatif de l'exercice de la substitution fait de celle-ci une sanction aléatoire de l'obligation d'agir car la personne publique substituante dispose du choix de la mettre ou non en œuvre.

Néanmoins, Duguit semble penser que les recours des administrés contre le refus de substitution doivent être possibles dans les rares cas où la substitution est obligatoire¹⁵²⁸.

B- L'exception : la mise en œuvre parfois obligatoire de la substitution

G. Guiavarc'h déclare que dans certains cas l'exercice de la substitution est obligatoire pour l'autorité substitutive¹⁵²⁹. Mais, il ne les précise pas. Il est néanmoins possible de considérer qu'à l'heure actuelle existent au moins deux hypothèses de substitution obligatoire : en cas de refus d'inscription d'une dépense obligatoire ou de prendre dans certains cas des mesures obligatoires de police.

S'agissant de la première hypothèse, dans l'arrêt « O.G.E.C. de la Providence »¹⁵³⁰, le juge, en érigeant l'abstention du préfet d'inscrire d'office une dépense obligatoire au budget communal en faute, a considéré la substitution au Conseil municipal comme étant obligatoire. Dans une autre espèce¹⁵³¹, l'annulation du refus préfectoral d'inscription d'office d'une dépense

¹⁵²⁶. C.E., 2 février 1906, « *Javelle* », Rec., p. 92.

¹⁵²⁷. JEZE, « *Essai d'une théorie sur le fonctionnement des services publics* », R.D.P. 1912, p. 29.

¹⁵²⁸. DUGUIT, « *De la situation des particuliers à l'égard des services publics* », art. précité, pp. 424 & 425.

¹⁵²⁹. G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, intro. pp. 27 & 315.

¹⁵³⁰. T.A. Rennes, 7 février 1985, « *O.G.E.C. de la Providence* », R.F.D.A. 1985, p. 897, obs. G. Melleray.

¹⁵³¹. C.E., 20 février 1959, « *Société «La Mutation du Centre»* », Rec., A.J.D.A. 1959, II, p. 110.

au budget de la commune permet de conclure au caractère obligatoire de la substitution dans ce cas précis.

Concernant de la deuxième hypothèse, l'arrêt « Doublet »¹⁵³² précité a montré que la substitution pour préserver l'ordre public est obligatoire. De même, dans le cas où le préfet exerce une police spéciale dans la circonscription communale, le maire doit se substituer à lui en cas de péril grave et imminent pour l'ordre public ou même en cas de simple nécessité¹⁵³³.

Le fait que les cas de substitution obligatoire soient rares parce que le principe en la matière est la faculté et que son champ d'application soit limité, explique que la substitution constitue une sanction peu favorable à l'exécution des obligations d'agir. Néanmoins, dans les cas où elle est exercée, elle permet leur exécution, même si celle-ci n'est pas supportée par la personne publique normalement compétente.

* *
*
*

Dans les cas où l'annulation et la réparation d'abstentions sanctionnent des obligations d'agir, elles ne permettent pas en principe d'obtenir l'exécution de celles-ci. Les rares cas du contentieux relatif à la fonction publique, comme l'annulation de refus d'intégration d'agents qui implique leur intégration, ne permettent pas de considérer globalement l'annulation d'abstentions illégales comme une sanction efficace de l'obligation d'agir.

Concernant la sanction administrative, elle ne peut en principe être mise en œuvre qu'en cas de refus d'exécuter une obligation d'agir. Mais elle ne

¹⁵³². C.E. sect., 14 décembre 1962, « Doublet », Rec., p. 680 ; D. 1963, p. 117, Concl. M. Combarrous ; A.J.D.A. 1963, p. 85, chr. M. Gentot & J. Fourré.

¹⁵³³. C.E., 2 novembre 1956, « Coopérative laitière de Helmes », Rec., p. 402 ; C.E., 22 février 1980, « Pourfillet », A.J.D.A. 1980, p. 487, concl. J.-M. Galabert ; C.E., 14 mai 1986, « Cne de Cilace », D. 1987, Somm., p. 116.

confère pas à la personne publique substituante le pouvoir de contraindre la personne substituée à exécuter son obligation d'agir.

Ces inconvénients des sanctions de l'obligation d'agir ont conduit à la mise en place de sanctions complémentaires plus contraignantes.

CHAPITRE 2 :

LE RENFORCEMENT DES SANCTIONS ORDINAIRES DU REFUS D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'AGIR PAR LES PERSONNES PUBLIQUES

Les sanctions ordinaires précédemment étudiées ont été renforcées par des sanctions plus contraignantes, à savoir l'injonction et l'astreinte¹⁵³⁴. Celles-ci sont contraignantes dans la mesure où elles visent à obtenir l'exécution de l'obligation d'agir, et non parce qu'elles s'assimilent à des voies d'exécution forcée¹⁵³⁵.

L'injonction est définie comme « un ordre d'adopter un comportement déterminé, adressé par le juge à une personne physique ou morale »¹⁵³⁶, et l'astreinte comme une mesure « comminatoire, provisionnelle et provisoire (...) destinée à assurer l'exécution d'une décision de justice »¹⁵³⁷ ou tout simplement comme « une condamnation pécuniaire »¹⁵³⁸. Ces définitions ont conduit certains auteurs à assimiler injonction et astreinte¹⁵³⁹.

¹⁵³⁴. D'ores et déjà, deux séries de remarques s'imposent.

Premièrement, l'injonction et l'astreinte ne sont pas forcément le support de la chose jugée. Elles sont concevables sans celle-ci. En effet, ordonner par exemple en dehors de tout jugement l'inscription d'un étudiant à l'université est une injonction. Mais il convient d'observer que le juge administratif s'interdit catégoriquement de prononcer de telles injonctions et ce, à juste titre ; ces dernières feront de lui un administrateur et non un juge.

Deuxièmement, l'injonction et l'astreinte ne sont pas l'apanage du juge. Ainsi le médiateur de la République peut enjoindre à une personne publique d'exécuter une décision de justice (Voir L. n° 76-1211 du 24 décembre 1976). Mais il ne peut pas prononcer une astreinte en cas de refus d'exécution. La seule sanction dont il dispose est la mention de l'affaire dans un rapport publié au journal officiel (Ex : voir J.O, 14 octobre 1994, p. 14588). Nos investigations seront limitées au seul aspect juridictionnel du problème.

¹⁵³⁵. Comme le fait remarquer J.-M Le Berre, l'injonction et l'astreinte ne sont pas des voies d'exécution forcée, mais des procédés de contrainte destinés à favoriser l'exécution de la chose jugée (J.-M. LE BERRE, « *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration* », A.J.D.A. 1979, n° 2, pp. 14 & 15).

¹⁵³⁶. C. GUETTIER, « *Droit administratif* », op. cit., p. 145 ; voir aussi G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », op. cit., p. 443.

¹⁵³⁷. C. cass. Civ., 28 mars 1950, D. 1950, p. 377 ; voir C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, « *Contentieux administratif* », Dalloz, Paris, 8^{ème} éd. 2001, p. 619, n° 696.

¹⁵³⁸. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 414 ; C. GUETTIER, « *Exécution des jugements* », Juris cl. Admin, n° 8, fasc. 1112, p. 22 ; J.-M. LE BERRE,

En réalité, l'assimilation entre ces deux notions ne vaut que dans un sens : si l'astreinte est une forme d'injonction, l'injonction n'est pas une astreinte. C'est la raison pour laquelle l'accent sera mis sur l'injonction comme sanction contraignante de l'obligation d'agir des personnes publiques, mais sans complètement éluder l'astreinte¹⁵⁴⁰.

« *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration* », art. précité, p. 14.

¹⁵³⁹. Tel est le cas de MONTANE de la ROQUE pour qui l'astreinte n'est qu'une forme du pouvoir d'injonction (MONTANE de la ROQUE, *Ibid.*, p. 416) ou de DUEZ qui estime que prononcer une astreinte est une façon indirecte d'enjoindre à l'administration (« *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », *op. cit.*, intro, p. 8) ou encore de J.-M. LE BERRE qui juge inconcevable une astreinte sans injonction (« *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration* », art. précité, p. 14). Ces affirmations sont conformes à la position du juge administratif. Celui-ci a en effet estimé que puisque l'astreinte vise essentiellement à obtenir l'exécution des jugements (« *Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives* », R.F.D.A. 1990, p. 494), elle est assimilable à l'injonction (C.E., 27 janvier 1933, « *Le Loir* », *Rec.*, p. 136). Il déclare dans son rapport que sa décision « prononçant une astreinte doit s'analyser comme une injonction d'exécuter assortie d'une astreinte » (Rapport précité, R.F.D.A. 1990, p. 496).

Malgré cette assimilation, certains auteurs pensent que l'injonction et l'astreinte sont deux notions distinctes. Ainsi pour G. GUIAVARC'H, l'injonction permet seulement de marquer le « caractère obligatoire d'un élément particulier d'une décision ou plus généralement de l'action administrative » (« *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », *th. précitée*, p. 453). Elle est donc plus une menace qu'« une véritable sanction des abstentions illégales » (*Ibid.*). Selon cet auteur, c'est l'astreinte qui jouerait ce second rôle. Ce point de vue doit être écarté dans la mesure où nous verrons qu'aussi bien l'injonction que l'astreinte sont susceptibles d'affirmer l'existence d'obligation d'agir dont l'exécution s'impose par conséquent aux personnes publiques.

¹⁵⁴⁰. Même si seules des hypothèses d'obligations d'agir sanctionnées par l'injonction et -ou- l'astreinte sont envisagées, il ne faudrait pas perdre de vue que ces dernières peuvent aussi sanctionner des obligations de non agir. Comme le souligne J.-M. LE BERRE, ces sanctions se rapportent « à l'obligation d'accomplir un acte, d'adopter un comportement, de procéder à une opération matérielle déterminée ou à l'obligation de s'abstenir équivalente » (« *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration* », art. précité, p. 14). En outre, dans les hypothèses où l'injonction et l'astreinte sanctionnent une obligation de non agir, l'obligation d'agir n'est pas toujours exclue. Cela s'explique par le fait que la chose jugée, c'est-à-dire le jugement, peut être le point de départ ou la naissance d'obligations d'agir. Ainsi l'annulation d'une révocation, signifiant obligation de non agir, impose à la personne publique la réintégration de l'agent (C.E., 25 mars 1996, « *Cne de Saint-François* » (astreinte accordée) ; C.E., 29 décembre 1995, « *Kavvadias* », (astreinte rejetée)), obligation d'agir. De même, le juge a considéré que l'annulation d'une décision préfectorale acceptant le retrait de la démission d'un maire -obligation de non agir- implique que ce dernier soit remplacé par un adjoint (C.E. ass., 26 mai 1995, « *Etna* », *Rec.*, p. 213 ; R.F.D.A. 1996, p. 66, concl. F. Scanvic ; A.J.D.A. 1995, p. 505, chr. J.-H. Stahl & D. Chauvaux ; D. 1995, p. 497, note D. Artus ; R.D.P. 1996, p. 525, note J.-M. Auby (injonction prononcée) -obligation d'agir- ou que celle d'un ajournement d'étudiants à un examen -obligation de non agir- implique l'organisation de nouvelles épreuves (T.A. Rennes, 28 septembre 1995, « *Jehan et autres* », *Rec.*, p. 584 ; R.F.D.A. 1996, p. 345 ; L.P.A., avril 1996, n° 48, concl. Gualeni (astreinte prononcée)) - obligation d'agir. Néanmoins, afin de respecter le champ d'étude défini dès l'introduction générale, les investigations seront limitées aux seules injonctions et astreintes sanctionnant des abstentions fautives ou illégales, et donc en principe des

Avant d'évoquer ce sujet, il convient de résoudre une dernière difficulté qui peut se résumer ainsi : n'est-il pas paradoxal d'évoquer l'injonction comme sanction contraignante du refus d'exécution de l'obligation d'agir alors même que le juge administratif a, depuis longtemps, érigé l'interdiction de la prononcer en principe ? En effet, il a toujours considéré que le prononcé d'injonction est contraire à la séparation des pouvoirs. Il a donc fallu des lois¹⁵⁴¹ pour lui permettre d'adresser des injonctions et astreintes aux personnes publiques afin d'exécuter leurs obligations d'agir.

Selon R. Chapus, avec la loi du 8 février 1995, « une *dérogation tout à fait importante* »¹⁵⁴² a été apporté au principe de la prohibition des injonctions au juge administratif. Ce principe n'a pas été renversé en raison notamment du caractère limitatif des hypothèses dans lesquelles l'injonction peut être prononcée¹⁵⁴³. Dès lors, il serait intéressant d'aborder le principe de l'interdiction d'enjoindre à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir (Section 1) avant les dérogations législatives à ce principe (Section 2).

Section 1- Le principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir : la jurisprudence antérieure à 1980

Le juge administratif s'est traditionnellement interdit d'adresser des injonctions aux personnes publiques afin d'exécuter leurs obligations d'agir. Il en a fait un principe auquel il est resté rigoureux. La jurisprudence antérieure à la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes le montre bien. Cette rigueur demeure après 1980 -aspect qui sera soulevé dans la section suivante- car le juge se limite strictement aux pouvoirs qui lui sont accordés par la loi.

obligations d'agir des personnes publiques ou des personnes privées investies de prérogatives de puissance publique.

¹⁵⁴¹. Dont celle du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (J.O., 9 février 1995, p. 2175).

¹⁵⁴². R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », 11^{ème} éd. 2004, p. 919, n° 1086.

¹⁵⁴³. C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », Juris cl. Admin., fasc 1114 (1997), p. 9, n° 47.

Ce principe ne paraît pas reposer sur des fondements solides. Il conviendra d'observer que le principe le plus souvent mis en avant de la séparation de pouvoirs doit être écarté parce que, notamment, il s'applique surtout au juge judiciaire. Les hésitations au sujet des fondements du principe de l'interdiction de l'injonction ont conduit certains auteurs, non sans raison, à penser que ce dernier relève plutôt de « la pratique administrative »¹⁵⁴⁴ et non d'une règle juridique.

Il serait par conséquent intéressant d'analyser d'abord la rigueur du principe de l'interdiction d'enjoindre à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir (§1) avant d'en rechercher le véritable fondement (§2).

§1- La rigueur du principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation

Il y a deux hypothèses d'injonctions concevables pouvant sanctionner l'obligation d'agir des personnes publiques. L'injonction peut d'abord consister dans une décision principale, c'est-à-dire qu'elle doit être « l'objet même de la saisine de la juridiction »¹⁵⁴⁵. Tel est le cas par exemple d'un « jugement ordonnant la destruction d'un ouvrage ou l'expulsion d'un occupant d'un immeuble »¹⁵⁴⁶. Elle peut ensuite être l'accessoire d'une décision principale telle l'annulation d'une abstention accompagnée d'une injonction pour que la personne publique agisse.

Les terminologies désignant ces deux types d'injonction varient. Certains auteurs les désignent respectivement par les expressions suivantes : « injonctions au fond » et « injonctions d'exécution »¹⁵⁴⁷ ou « injonctions à titre principal »¹⁵⁴⁸

¹⁵⁴⁴ M. AZIBERT et M. de BOISDEFFRE, A.J.D.A., p. 711, chr. de jurisprudence du C.E. sect., 13 novembre 1987, « *Ministre de l'intérieur c. M. Tang Kam Keung* », Rec., p. 367.

¹⁵⁴⁵ C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », Juris cl. Admin., fasc 1114 (1997), p. 9, n° 42.

¹⁵⁴⁶ J.-M. LE BERRE, « *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration* », art. précité, p. 14.

¹⁵⁴⁷ C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », Juris cl. Admin., fasc 1114 (1997), pp. 8 & 9.

¹⁵⁴⁸ R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », 11^{ème} éd. 2004, voir p. 922, n° 1090.

et « injonctions à titre accessoire ». Pour simplifier, seront dorénavant utilisés, les termes « injonctions (ou astreintes) principales ou accessoires » selon les cas.

Que les injonctions soient principales ou accessoires, la Haute juridiction de l'ordre administratif les a en principe depuis longtemps interdites, y compris celles destinées à inciter les personnes publiques à exécuter leurs obligations d'agir.

S'agissant des injonctions principales, elle juge les requêtes en ce sens irrecevables. Ainsi ont été déclarées irrecevables les demandes tendant à enjoindre à l'administration une admission dans un établissement d'enseignement¹⁵⁴⁹, ou la prescription d'un examen médical¹⁵⁵⁰, ou la réintégration dans un logement de fonction¹⁵⁵¹, ou encore la sauvegarde de la tranquillité publique¹⁵⁵². Ces irrecevabilités s'expliquent tout simplement par le fait que le juge ne peut adresser d'injonctions à la personne publique¹⁵⁵³.

En ce qui concerne les injonctions accessoires afin d'inciter à l'exécution de l'obligation d'agir, le Conseil d'Etat refuse de les prononcer. Ainsi il s'est refusé, dans la décision « Faderne »¹⁵⁵⁴, au prononcé de l'injonction après une annulation d'un refus de faire bénéficier une loi d'amnistie à un fonctionnaire. Il semble même considérer par cette même décision que l'interdiction de l'injonction est un moyen d'ordre public, c'est-à-dire un moyen qu'il soulève d'office. De même, dans sa décision « Plantureux »¹⁵⁵⁵, il a refusé l'injonction après une annulation d'un refus de nomination. Il a également, dans l'arrêt « Société Biscuiterie Cauvy et autres »¹⁵⁵⁶, refusé de condamner à une astreinte une commune pour son refus fautif de reverser aux requérants leurs droits d'octroi.

¹⁵⁴⁹. C.E., 25 novembre 1953, « Collado », Rec., p. 515.

¹⁵⁵⁰. C.E., 9 juillet 1958, « Dhamelin-court », Rec., p. 424.

¹⁵⁵¹. C.E., 22 novembre 1968, « Ville de Toulouse », Rec., p. 587.

¹⁵⁵². C.E., 3 avril 1968, « Jardin », Rec., p. 233.

¹⁵⁵³. C.E., 4 février 1976, « Elissonde », Rec., p. 1069 ; D.A. 1976, n° 89.

¹⁵⁵⁴. C.E., 17 avril 1963, « Faderne », Rec., p. 224 ; D. 1963, p. 688 ; S. 1964, p. 88.

¹⁵⁵⁵. C.E., 15 février 1978, « Plantureux », Rec., p. 73 ; A.J.D.A. 1978, p. 501.

¹⁵⁵⁶. C.E., 14 mars 1934, « Société Biscuiterie Cauvy et autres », Rec., p. 339.

La Haute juridiction paraît expliquer sa rigueur ou sa rigidité en matière d'interdiction de l'injonction par le fait que cette dernière n'entrerait pas dans sa fonction. En effet, elle estime dans sa jurisprudence « Amoros »¹⁵⁵⁷ que « le juge administratif n'a pas qualité pour adresser des injonctions à l'administration »¹⁵⁵⁸. De même, elle déclare dans sa décision « Sieur X... »¹⁵⁵⁹ que si le requérant « a demandé au tribunal administratif « d'inviter l'administration à exécuter complètement » le jugement susmentionné, ces dernières conclusions n'étaient pas recevables, les tribunaux administratifs n'ayant pas qualité pour adresser des injonctions à l'administration ».

Cette explication ne vaut que pour l'interdiction des injonctions principales. Enjoindre à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir en dehors de tout jugement confirmant l'existence de celle-ci sort incontestablement du rôle du juge. La fonction de ce dernier consiste en effet, à résoudre des litiges, et non à se comporter en supérieur hiérarchique de l'administration.

En revanche, les injonctions destinées à inciter la personne publique à exécuter l'obligation d'agir dont l'existence à son encontre ressort de la chose jugée ne se détachent pas de la fonction juridictionnelle : il s'agit d'assurer l'exécution de la chose jugée, même si l'exécution se résume dans une obligation d'agir. Comme l'écrit justement J. Chevallier, l'interdiction du pouvoir « d'injonction n'est valable que si l'autorité administrative ne prend aucune mesure dont l'exécution contraire ou annule l'effet des décisions de justice »¹⁵⁶⁰. Dans le cas contraire, « le pouvoir d'injonction (...) devrait être

¹⁵⁵⁷. C.E. ass., 23 janvier 1970, « *Sieur Amoros et autres* », Rec., p. 51 ; A.J.D.A. 1970, p. 174, note X. Delcros ; R.D.P. 1970, p. 1040, note Waline.

¹⁵⁵⁸. 3^{ème} considérant.

¹⁵⁵⁹. C.E., 9 juillet 1971, « *Sieur X...* », Rec., p. 534.

¹⁵⁶⁰. J. CHEVALLIER, « *l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administration* », art. précité, p. 62, col. 1.

reconnu en faveur des juridictions administratives désarmées devant la mauvaise volonté de l'administration active dans l'exécution de la chose jugée »¹⁵⁶¹.

Cette différence devant exister entre l'injonction principale et l'injonction accessoire a, peut-être, été aperçue par la Haute juridiction. En effet, alors que celle-ci n'a, semble-t-il, jamais apporté des dérogations au principe de l'interdiction d'injonction principale, elle avait par une décision d'assemblée¹⁵⁶², dérogé au moins implicitement au principe de l'interdiction d'injonction accessoire en vue de l'exécution d'une obligation d'agir.

En mars 1934, la commune de Sées avait fermé l'église Saint-Pierre pour des raisons de sécurité liées à l'état vétuste des locaux. Mais les requérants offrirent un concours suffisant pour la remise en état de l'édifice. La commune refusa cette offre. Le juge décida que du moment que l'église n'avait pas fait l'objet d'une désaffectation, l'offre de concours suffisant obligeait la commune à effectuer les travaux souhaités par les fidèles. Cette décision comportait donc une injonction car non seulement le juge annula le refus de la commune, mais laissa apparaître que cette dernière devait faire les travaux demandés¹⁵⁶³.

Néanmoins, cette décision est demeurée isolée, le Conseil d'Etat ayant postérieurement maintenu sa rigueur en matière d'interdiction de l'injonction. Il a en effet continué à interdire toute injonction, même accessoire, en vue de l'exécution de l'obligation d'agir par la personne publique. Il convient donc de chercher les fondements de ce principe.

¹⁵⁶¹. J. CHEVALLIER, *Ibid.*, p. 88, col. 2.

¹⁵⁶². C.E. ass., 26 octobre 1945, « *Chanoire Vaucanu, Sieurs Vignerons et autres* », *Rec.*, p. 212 ; S. 1946, III, p. 34.

¹⁵⁶³. 5^{ème} considérant.

§2 - Les fondements du principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir

La théorie de la séparation des pouvoirs est présentée comme étant le fondement immédiat du principe de l'interdiction au juge administratif de prononcer des injonctions à l'adresse de la personne publique pour l'exécution de son obligation¹⁵⁶⁴. Mais ce fondement est à rejeter car, outre son caractère équivoque¹⁵⁶⁵, la théorie de la séparation des pouvoirs vise plutôt le juge judiciaire. Dès lors, la doctrine a trouvé au principe de l'interdiction de l'injonction des fondements plus pragmatiques.

A- Le rejet de la séparation des pouvoirs comme fondement du principe de l'interdiction d'injonction

Il semble que c'est essentiellement au nom de la théorie de la séparation des pouvoirs qu'il est interdit au juge administratif d'adresser des injonctions¹⁵⁶⁶ d'agir aux personnes publiques. Mais à lire « L'Esprit des lois »¹⁵⁶⁷, il apparaît clairement que les trois pouvoirs dont Montesquieu souhaite une séparation sont le législatif, l'exécutif et le judiciaire. C'est ce dernier pouvoir qui peut prêter à confusion. Il est en effet permis de se demander si ce pouvoir concerne uniquement le juge judiciaire, ou s'il englobe ce dernier et le juge administratif.

A ce sujet, il ne fait pas de doute que Montesquieu vise le juge judiciaire ou « le droit civil »¹⁵⁶⁸. Il écrit en effet : « ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les

¹⁵⁶⁴. Voir G. GUIAVAR'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 449 ; MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 137.

¹⁵⁶⁵. Au principe de séparation des pouvoirs, « on peut faire dire tout ce que l'on veut » comme l'a écrit justement JEZE (« *Essai d'une théorie sur le fonctionnement des services publics* », R.D.P. 1912, p. 34).

¹⁵⁶⁶. JEZE, « *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel* », R.D.P. 1913, p. 446.

¹⁵⁶⁷. MONTESQUIEU, « *De l'Esprit des lois* », op. cit., t1, Chapitre VI, livre XI.

¹⁵⁶⁸. MONTESQUIEU, Ibid., p. 168.

différents des particuliers »¹⁵⁶⁹. R. Dérathé est d'avis que le pouvoir ou « la puissance de juger » se rapporte au droit privé et non au droit public¹⁵⁷⁰ et, par conséquent, au juge judiciaire et non au juge administratif, ainsi que le soutient S. Belaid¹⁵⁷¹. Il est donc évident que le juge administratif échappe, dans ses relations avec les personnes publiques, aux considérations inhérentes à la théorie de la séparation des pouvoirs telle qu'elle a été proposée par Montesquieu. Autrement dit, cette théorie ne peut, par rapport à cet aspect, constituer un fondement au principe de l'interdiction faite au juge administratif d'adresser des injonctions aux personnes publiques afin d'exécuter leurs obligations d'agir.

Néanmoins, il est permis d'objecter que Montesquieu n'a évoqué que le droit privé parce qu'à son époque, le droit administratif au vrai sens du terme n'existait pas, et que donc la « puissance de juger »¹⁵⁷² concerne tout juge quel qu'il soit. Certes en 1748, lors de la première édition -à Genève- de l'Esprit des lois, Montesquieu ne savait pas qu'émergerait au sein de l'administration ou de « la puissance exécutive »¹⁵⁷³ une institution qui serait chargée par la loi du 24 juillet 1872 de la juger. Mais s'il avait pu prévoir ce changement, il n'aurait pas formulé sa théorie comme il a fait, ou s'il l'avait gardée intacte, il aurait fait du juge administratif un cas à part car ce dernier ne peut être complètement séparé de l'administration.

Parmis les preuves de la particularité du juge administratif, il convient de citer son rôle à la fois de conseiller et de juge de l'administration. Il donne son avis sur les projets de loi¹⁵⁷⁴ et sur tout autre texte ou problème dont il est saisi par cette dernière¹⁵⁷⁵. Cette relation très proche du pouvoir peut faire penser qu'il n'est pas indépendant dans l'exercice de ses fonctions contentieuses. Mais ce

¹⁵⁶⁹. MONTESQUIEU, Ibid., p. 169.

¹⁵⁷⁰. Voir « *De l'Esprit des lois* », op. cit., t1, p. 168, note 8.

¹⁵⁷¹. S. BELAID, « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », op. cit., p. 41 & s.

¹⁵⁷². MONTESQUIEU, « *De l'Esprit des lois* », op. cit., t1, p. 169.

¹⁵⁷³. MONTESQUIEU, Ibid.

¹⁵⁷⁴. art. 39, al. 2 de la Constitution.

¹⁵⁷⁵. Voir J. RIVERO et J. WALINE, « *Droit administratif* », op. cit., p. 506, n° 596.

doute est à écarter car les nombreuses annulations et sanctions indemnitaires¹⁵⁷⁶ à l'encontre des personnes publiques pour refus d'exercer leurs obligations d'agir ont montré que le juge administratif jouit d'une indépendance certaine par rapport à elles.

La théorie de la séparation des pouvoirs fut favorablement accueillie dans le droit positif par les révolutionnaires. Ceux-ci craignirent en 1789 que le juge judiciaire ne continuât ses abus commis sous l'Ancien Régime, et dont le plus manifeste était son comportement « en supérieur hiérarchique de l'Administration »¹⁵⁷⁷ conduisant au prononcé d'« injonctions aux administrateurs »¹⁵⁷⁸. Ils s'inspirèrent, par conséquent, de cette théorie pour lui interdire « de juger les litiges soulevés par les actes administratifs »¹⁵⁷⁹ et ce, grâce essentiellement à deux textes : la loi des 14-24 août 1790 qui lui interdit de « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs » et le décret du 16 fructidor an III qui lui prohibe d'« entreprendre sur les fonctions administratives ».

Il est par conséquent clair que la théorie ou le principe de la séparation des pouvoirs a été instituée afin d'interdire expressément au juge judiciaire d'intervenir dans les affaires administratives¹⁵⁸⁰. C'est la raison pour laquelle paraît fondée la position de Marie selon laquelle le principe de séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle « à ce qu'un ordre ou une injonction soit adressé »¹⁵⁸¹ par la juridiction administrative à l'administration afin que celle-ci exécute son obligation d'agir.

¹⁵⁷⁶. Voir le chapitre précédent.

¹⁵⁷⁷. M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 49.

¹⁵⁷⁸. M. TROPER, *Ibid.*, p. 52.

¹⁵⁷⁹. JEZE, « *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel* », art. précité, p. 445.

¹⁵⁸⁰. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 379 ; M. TROPER, « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », op. cit., p. 49 & s.

¹⁵⁸¹. L. MARIE, « *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative* », art. précité, p. 449.

Enfin, un paradoxe mérite d'être soulevé. Alors même qu'il apparaît que la théorie de la séparation des pouvoirs était instituée en quelque sorte contre le juge judiciaire, celui-ci n'a pas considéré cette circonstance comme constituant un obstacle majeur à son pouvoir d'injonction d'agir contre une personne publique. A titre d'exemples, dans l'affaire « Souchard c. Administration des PTT », celle-ci a refusé, à l'expiration de son bail, d'évacuer l'immeuble du requérant : Le juge de référé a enjoint son expulsion ; le tribunal civil de Marennes a confirmé cette décision et a, en outre, prononcé une astreinte contre l'administration¹⁵⁸².

Dans une espèce relativement proche puisqu'il s'agissait également d'une occupation sans titre, les services des réfugiés ont refusé, à la fin d'une réquisition, de restituer les locaux aux sociétés requérantes ; le Tribunal des Conflits a décidé que l'autorité judiciaire, à savoir en l'espèce le tribunal civil de Lyon était « compétente pour ordonner leur expulsion, au besoin sous astreinte »¹⁵⁸³. Le juge judiciaire a aussi prononcé une astreinte contre la ville de Marseille¹⁵⁸⁴ à cause du refus de celle-ci de payer une indemnité d'expropriation. Par contre, le juge administratif, qui ne pouvait être visé par la théorie précitée pour les raisons susrappelées n'a plus, depuis 1872 avec l'avènement du système de justice déléguée, adressé sauf exception des injonctions d'agir à une personne publique¹⁵⁸⁵. La raison est qu'il n'était plus « couvert par l'autorité du chef de l'Etat »¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸². Trib. Civ. de Marennes, 28 janvier 1936, « Souchard c. Admin. des PTT », G.P., 1, p. 433.

¹⁵⁸³. 8^{ème} considérant, T.C., 17 juin 1948, « *Manufactures de Velours et peluches et Société Vehvetia c. Etat* », Rec 513 ; R.D.P. 1948, p. 581, note Waline ; J.C.P. 1948, II, n° 4437, note George ; D. 1948, II, p. 277, note P.L.J. ; S. 1950, III, p. 1, note Mathiot.

¹⁵⁸⁴. C. Cass., 17 avril 1956, « *Ville de Marseille c. d'Authier de Sisgau* », J.C.P. 1956, II, n° 9330.

¹⁵⁸⁵. En effet, c'est le passage en 1872 du système de justice retenue, c'est-à-dire du régime dans lequel le Conseil d'Etat ne disposait en matière contentieuse que du pouvoir de proposition de solutions au chef de l'Etat, à celui de justice déléguée, c'est-à-dire du régime dans lequel le juge dispose du pouvoir de décisions en matière contentieuse, qui a conduit le Conseil d'Etat à s'interdire le prononcé d'injonctions à l'adresse des personnes publiques. La raison c'est que, semble-t-il, il voulait respecter le principe de séparation entre la juridiction et l'administration (J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », art. précité, voir p. 76) qui relève du principe plus global de séparation des pouvoirs. Avant 1872, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à prononcer des injonctions contre les personnes publiques afin d'agir (Voir les exemples cités par J.

Dès lors, le principe de séparation du juge administratif et de l'administration serait-il « plus nuisible pour le contrôle juridictionnel » que le principe de séparation du juge judiciaire et de l'administration ? J. Chevallier en doute¹⁵⁸⁷. Le fait que le juge judiciaire se permet de prononcer des injonctions d'agir contre les personnes publiques montre qu'il n'y a pas une relation de cause à effet entre l'avènement de la théorie de la séparation des pouvoirs et le principe de l'interdiction de l'injonction d'agir aux personnes publiques. En réalité, on a tiré de cette théorie des conséquences qu'elle ne recelait pas forcément. Le principe de l'interdiction pour le juge administratif d'enjoindre à une personne publique l'exécution de son obligation d'agir « n'est donc liée que de manière abusive »¹⁵⁸⁸ au principe de la séparation des pouvoirs.

Loin de constituer un « dépassement de compétence de la part du juge »¹⁵⁸⁹ ou une immixtion dans le terrain de l'opportunité de l'administration¹⁵⁹⁰, l'injonction relève normalement des pouvoirs juridictionnels¹⁵⁹¹ de tout juge. Comme l'écrit justement R. Chapus, le prononcé des injonctions n'est « rien d'autre que *l'explicitation* des obligations résultant

CHEVALLIER, « *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active* », th. Paris, L.G.D.J., 1970, p. 190).

¹⁵⁸⁶. J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », op. cit., p. 69, col. 1.

¹⁵⁸⁷. J. CHEVALLIER, Ibid., p. 86, col. 1.

¹⁵⁸⁸. J. CHEVALLIER, Ibid., p. 87, col. 2.

¹⁵⁸⁹. MONTANE de la ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », th. précitée, p. 398. Contrairement à ce que pense cet auteur, l'injonction ne constitue pas vraiment un dépassement de compétences juridictionnelles car elle est conforme à l'esprit de la chose jugée qui a force obligatoire, c'est-à-dire qu'elle s'impose aux parties, y compris aux personnes publiques. Elle ne constituerait un tel dépassement que si elle vise autre chose que l'exécution de la chose jugée. En outre, l'injonction ne peut avoir une nature administrative car le juge, en la prononçant, « ne se substitue pas à l'administration et ne s'adresse pas directement aux administrés. Ne faisant pas acte d'administrateur, le juge administratif n'en vient pas dans ces conditions à méconnaître le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active » (C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », art. précité, p. 9, n° 43). L'injonction et l'astreinte sont de véritables jugements et non de simples mesures administratives (Voir P. BON, « *Un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique* », R.D.P. 1981, p. 37).

¹⁵⁹⁰. MONTANE de la ROQUE, Ibid., p. 402.

¹⁵⁹¹. L. MARIE, « *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative* », art. précité, pp. 500 & 510 ; J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », art. précité, p. 87, col. 2 ; C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », art. précité, p. 8, n° 34.

de la chose jugée. Par elle, le juge ne fait que continuer à juger. En d'autres termes, il ne fait que s'acquitter de sa fonction juridictionnelle et que la remplir plus pleinement »¹⁵⁹².

Néanmoins, le juge administratif « a, pour des raisons historiques, cherché à préserver strictement l'initiative de l'administration en restreignant plus qu'il n'était utile théoriquement ses pouvoirs »¹⁵⁹³. Il convient, par conséquent, de chercher si une autre considération peut justifier cette restriction.

B- Le fondement pragmatique du principe de l'interdiction d'injonction : la prudence du juge administratif

La prudence du juge administratif ne peut être qu'un fondement pragmatique, c'est-à-dire tenant compte de sa situation concrète en tant que juge, et non un fondement juridique, car ce dernier n'existe pas¹⁵⁹⁴. Ce type de fondement n'a pas été mis en avant par le juge lui-même, mais par la doctrine. Celle-ci a montré que le procédé brutal de l'injonction destiné à obtenir l'exécution par une personne publique de son obligation d'agir est inutile parce que, d'une part, il ne se distingue pas sensiblement des sanctions ordinaires et, plus spécialement de l'annulation et, d'autre part, au cas où il ne serait pas suivi d'effet, il entamerait le prestige du juge administratif. C'est par conséquent la prudence qui expliquerait l'interdiction d'un tel procédé.

Le prononcé d'injonctions apparaît *a priori* inutile car tout jugement comporte déjà « en lui-même une injonction implicite » comme le pense J. Chevallier¹⁵⁹⁵. Selon cet auteur l'annulation d'« un refus d'agir » équivaut à un ordre pour « accomplir un acte positif »¹⁵⁹⁶ ou une obligation d'agir. P. Weil

¹⁵⁹². R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 938, n° 1107..

¹⁵⁹³. J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », art. précité, p. 87, col. 1.

¹⁵⁹⁴. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 938, n° 1107.

¹⁵⁹⁵. J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », art. précité, p. 86, col. 1.

¹⁵⁹⁶. J. CHEVALLIER, *Ibid.*, p. 86, col. 2.

soutient une position identique puisque, pour lui, l'injonction est « incluse dans l'annulation comme le germe dans l'œuf »¹⁵⁹⁷. En réalité, il existe une différence entre l'annulation et l'injonction ; alors que dans l'annulation « le juge dit le droit et constate ce qui est illégal », dans l'injonction « il ordonne telle mesure propre à tirer les conséquences de cette déclaration d'illégalité »¹⁵⁹⁸ ou « met clairement l'administration en face de son devoir »¹⁵⁹⁹.

L'injonction apparaissant donc plus téméraire que l'annulation, le juge administratif a préféré user de la prudence en s'interdisant purement et simplement l'injonction afin de prévenir toute tension entre lui et les personnes publiques. Il cherche à obtenir de celles-ci l'exécution des jugements comportant des obligations d'agir par les annulations ou engagements de la responsabilité, ou par des méthodes encore plus douces comme les renvois pour ce que de droit, que par le procédé brutal de l'injonction. Comme l'écrit excellemment P. Weil, si le Conseil d'Etat ne recourt pas à l'injonction, « ce n'est plus par respect du principe périmé de l'indépendance de l'administration à l'égard du juge (...), mais pour des raisons d'opportunité : il y a là une véritable « politique jurisprudentielle », qui n'a plus rien avoir avec le principe de séparation des pouvoirs, contrairement à ce qu'on croit généralement »¹⁶⁰⁰.

Il convient néanmoins de se demander, comme Le Huron, si cette prudence du juge ne le conduit pas, en réalité, à « dissocier l'annulation de ses conséquences ? »¹⁶⁰¹. Une réponse positive paraît s'imposer, car la sanction d'une obligation d'agir « n'est pas seulement l'annulation du refus » d'agir,

¹⁵⁹⁷. P. WEIL, « *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* », th. précitée, p. 61.

¹⁵⁹⁸. P. WEIL, *Ibid.*, p. 59.

¹⁵⁹⁹. J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », art. précité, p. 87, col. 2.

¹⁶⁰⁰. P. WEIL, « *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* », th. précitée, p. 61 ; voir également J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », art. précité, p. 77, col. 1.

¹⁶⁰¹. J. RIVERO, « *Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* », D. 1962, chr. VI, p. 38.

mais « au moins une injonction adressée par l'autorité juridictionnelle à l'autorité administrative active d'avoir à remplir son devoir »¹⁶⁰².

En effet, l'annulation d'un refus d'agir, dans le cas où elle implique la sanction d'une obligation d'agir, rappelle simplement à la personne publique qu'une obligation d'agir s'impose à elle. De fait, l'injonction doit intervenir en conséquence pour obtenir d'elle l'exécution de cette obligation d'agir. C'est la raison pour laquelle des injonctions d'agir devraient accompagner systématiquement les annulations des refus d'agir impliquant la sanction d'obligations d'agir. Mais de telles injonctions risquent « de demeurer, en général sans effet pratique »¹⁶⁰³ et d'être derechef inutiles.

Si la personne publique exécute la sanction principale, à savoir l'annulation d'une abstention, en acceptant d'agir positivement, le contentieux prend fin sans que l'on puisse se soucier de l'existence ou non d'une injonction accessoire, c'est-à-dire une injonction accompagnant la chose jugée. Mais il est loisible de penser que c'est précisément l'existence de l'injonction qui a motivé la personne publique à exécuter l'obligation d'agir contenue dans la chose jugée. Or, rien n'est moins sûr puisque si elle n'exécute pas l'injonction, le juge ne peut ou n'a pas les moyens de la contraindre à obéir ou à agir, la personne publique, surtout l'Etat, détenant le monopole de la contrainte. Un ordre n'est efficace que si la personne qui l'a émis dispose des moyens de le faire respecter en cas de refus d'agir. Comme le pense J. Chevallier, enjoindre « un ordre n'est utile qu'à la condition d'avoir les moyens concrets d'en assurer l'obéissance »¹⁶⁰⁴. Le juge ne peut, dans le cas du refus d'exécuter l'injonction d'agir, qu'« annuler pour excès de pouvoir (...) l'abstention violant la chose

¹⁶⁰². L. MARIE, « *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative* », art. précité, p. 511.

¹⁶⁰³. G. BRAIBANT, « *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir* », E.D.C.E. 1961, n° 15, p. 63 ; C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », art. précité, p. 9, n° 45.

¹⁶⁰⁴. J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », art. précité, p. 77, col. 1.

jugée »¹⁶⁰⁵ comme il le fait d'ailleurs pour le refus d'exécuter une annulation d'abstention sans injonction, même si cette annulation peut être accompagnée d'une allocation de dommages-intérêts.

Les caractères à la fois inutile et, parfois inefficace ou aléatoire, ont paru acculer le juge administratif à la prudence. Ce dernier, face au choix entre l'utilisation ou non d'un procédé audacieux, mais entouré de nombreuses incertitudes, contre des personnes publiques beaucoup plus puissantes que lui, a choisi la seconde alternative, c'est-à-dire l'interdiction pure et simple de l'injonction d'agir, afin de préserver « son prestige »¹⁶⁰⁶ et sa « dignité »¹⁶⁰⁷.

En effet, des injonctions d'agir non suivies d'effet risquent de diminuer son autorité¹⁶⁰⁸. La prohibition des injonctions d'agir est, par conséquent, le résultat d'une « autolimitation »¹⁶⁰⁹ volontaire ou forcée du juge administratif, commandée par une « sage prudence »¹⁶¹⁰. Le principe de l'interdiction d'enjoindre à une personne publique d'exécuter son obligation ayant un fondement non ou a-juridique, et qui plus est, assez discutable, a permis assez facilement des dérogations législatives¹⁶¹¹.

¹⁶⁰⁵. P. WEIL, « *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* », th. précitée, p. 59.

¹⁶⁰⁶. J. RIVERO, « *Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* », art. précité, p. 38.

¹⁶⁰⁷. J. CHEVALLIER, « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », art. précité, p. 77, col. 1.

¹⁶⁰⁸. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 939, n° 1107. Contrairement aux injonctions d'agir non suivies d'effet, les annulations d'abstentions n'affectent pas l'autorité du juge si elles restent inexécutées par les personnes publiques. La raison, c'est que dans l'annulation, le juge a dit le droit, et il appartient à la personne publique d'en tirer les conséquences. Par conséquent, en cas d'inexécution, c'est l'autorité de cette dernière devant les citoyens qui peut être amoindrie. En revanche, dans l'injonction, le juge fait de l'exécution de la chose jugée sa cause. C'est la raison pour laquelle, en cas de désobéissance, son prestige et son autorité seront automatiquement affectés.

¹⁶⁰⁹. F. MODERNE cité par G. GUIAVAR'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 451.

¹⁶¹⁰. J. RIVERO, « *Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* », art. précité, p. 38.

¹⁶¹¹. Ainsi, les dispositions de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 permettant le prononcé d'astreintes contre les personnes publiques ont été adoptées par les deux chambres dès la première lecture (C. GOUAUD, « *La loi du 16 juillet 1980 et le Conseil d'Etat, ou la volonté du législateur face au pouvoir du juge administratif* », art. précité, p. 5, col. 1). De même la loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et la procédure civile, pénale et administrative, qui a complété et renforcé la loi précédente, avait fait, avant son entrée en vigueur, d'un contrôle par le Conseil

Section 2- Les dérogations législatives au principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir

Le principe de l'interdiction d'enjoindre à une personne publique d'exécuter son obligation est tellement rigide que des dérogations jurisprudentielles à ce principe sont presque inexistantes. L'arrêt « Chanoine Vaucanu »¹⁶¹² précité, qui semble déroger à ce principe, est resté isolé. Pour vaincre la résistance du Conseil d'Etat, il a donc fallu l'autorité du législateur qui a néanmoins gardé le principe. En effet, d'après R. Chapus, « le principe de prohibition des injonctions à l'adresse de l'administration » n'a pas été totalement remis en cause par la loi car, celle-ci n'admet l'injonction que dans certaines hypothèses¹⁶¹³. Cette autorité s'est manifestée à travers deux lois qui sont, par rapport à la matière qui nous préoccupe, d'importance inégale.

En effet, la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public¹⁶¹⁴ ne permet que le prononcé d'astreintes. En revanche, la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative¹⁶¹⁵, dans ses dispositions relatives à la juridiction administrative¹⁶¹⁶, permet aussi bien le prononcé d'astreintes que d'injonctions proprement dites contre les personnes publiques.

Ces lois ont, néanmoins, un point commun : elles ne dérogent qu'au principe de l'interdiction des injonctions et astreintes accessoires, c'est-à-dire celles destinées à assurer l'exécution de la chose jugée. Le juge administratif continue, sous réserve des pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi du 30 juin

constitutionnel. Celui-ci n'a pas jugé les dispositions de son article 62 octroyant aux juridictions administratives des pouvoirs d'injonction et d'astreinte contraires à la Constitution (D.C., 2 février 1995, J.O., 7 février 1995, p. 2097).

¹⁶¹². C.E. ass., « *Chanoine Vaucanu, Sieurs Vigneron et autres* », Rec., p. 212.

¹⁶¹³. R. CHAPUS, « *Droit du contentieux administratif* », op. cit., p. 919, n° 1086.

¹⁶¹⁴. J.O., 17 juillet 1980, p. 1799.

¹⁶¹⁵. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1995.

¹⁶¹⁶. J.O., 9 février 1995, p. 2182.

2000¹⁶¹⁷ à propos de laquelle C. Charles écrit justement qu'elle permet « pour la première fois d'adresser des injonctions à l'administration en amont du jugement »¹⁶¹⁸, à s'interdire rigoureusement les injonctions d'agir principales¹⁶¹⁹, c'est-à-dire des injonctions dont le prononcé est l'objet même de la décision juridictionnelle¹⁶²⁰.

L'étude se limitera aux lois précitées. Puisque ces lois sont d'inégale valeur eu égard aux dérogations qu'elles apportent au principe de l'interdiction d'injonctions d'agir contre les personnes publiques, il convient d'abord de les comparer (§1) avant de s'interroger sur la façon dont elles sont mises en oeuvre (§2).

¹⁶¹⁷. La loi (n° 2000-597) du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001) en introduisant dans le droit administratif le référé-liberté ou sauvegarde permet en réalité au juge administratif des référés de prononcer des injonctions principales à l'encontre des personnes publiques en vue de la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Elle dispose en effet que « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale » (art. L 521-2 C. J.A.).

Cette procédure permet parfois de sanctionner le manquement à des obligations d'agir (Ex : C.E., 31 mai 2001, « *Cne d'Hyères-les-Palmiers* », Rec., p. 253 : injonction de dégager l'entrée aux locaux d'une société et de raccorder ceux-ci à la voie publique ; C.E., 22 juin 2001, « *Creurer* », Rec. tab., p. 1018 : après une suspension du refus de versement d'un traitement, injonction au ministre de L'Education nationale d'effectuer ce versement « sans délai » ; C.E., 21 novembre 2002, « *Gaz de France* », Rec., p. 408: injonction au préfet de concourir au maintien de l'ordre public ; C.E., 11 mars 2003, « *Samagassi* », Rec., p. 119: injonction de délivrer une carte nationale d'identité).

Néanmoins, cette loi n'est pas étudiée parce que les injonctions du juge des référés ont, selon l'article L 511-1 du Code de justice administrative, un caractère provisoire. Mais il convient d'observer que le refus d'agir qui a justifié le prononcé d'une injonction provisoire a toutes les chances d'être annulé ou d'engager éventuellement la responsabilité de la personne publique. La raison est que cette injonction n'est prononcée que si, entre autres, la décision administrative est « manifestement illégale ». Si tel est le cas et que la personne publique ne s'exécute toujours pas, une injonction qui, elle, aura un caractère définitif pourra être prononcée et être éventuellement suivie d'une astreinte. De telles sanctions finissent en principe à vaincre la résistance de la personne publique à exécuter son obligation d'agir.

¹⁶¹⁸. C. CHARLES, « *Le juge administratif, le juge administrateur* », th. précitée, p. 452.

¹⁶¹⁹. C.E. sect., 25 janvier 1991, « *Vigier* », Rec., p. 29 ; A.J.D.A. 1991, p. 389 ; C.E. ass., 12 mars 1993, « *Union nationale écologiste* », Rec., p. 67 ; A.J.D.A. 1993, p. 375 ; C.E., 6 septembre 1995, « *Desroches* », req. n° 106701. C.E., 28 février 1996, « *Fauqueux* », req. n° 106582.

¹⁶²⁰. Cette jurisprudence ne devrait pas être abandonnée car, comme il a été soutenu plus haut, les injonctions principales sont, contrairement aux injonctions accessoires, contraires à la séparation des pouvoirs.

§1- L'analyse des lois dérogeant au principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir

La loi du 16 juillet 1980 ayant prévu uniquement l'astreinte¹⁶²¹ ne permet, dans son article 2, le prononcé de celle-ci qu' « en cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative »¹⁶²². Elle s'est, par conséquent, conformée à l'idée selon laquelle le principe de l'interdiction pour le juge administratif d'enjoindre à une personne publique ne doit valoir que si cette dernière respecte « scrupuleusement la chose jugée »¹⁶²³. Car l'exécution de celle-ci est « le plus souvent spontanée et il est inutile d'employer dès l'abord les « grands moyens » alors que l'obéissance n'est pas encore refusée »¹⁶²⁴. Le fait de faire de l'inexécution une condition de l'astreinte est justifiée dans la mesure où la condamnation dès le départ à une astreinte serait humiliante et, de surcroît, signifierait que le juge soupçonne les personnes publiques d'inexécution *a priori* des décisions de justice.

Néanmoins, la loi du 8 février 1995 a quelque peu rompu avec la loi précédente sur ce point dans la mesure où elle permet que des injonctions et astreintes soient prononcées contre une personne publique en même temps que le jugement principal¹⁶²⁵ impliquant une obligation d'agir, autrement dit, avant même le constat de son éventuelle inexécution. Mais dans la pratique, le juge attend généralement que le requérant fasse d'abord une demande en faveur de

¹⁶²¹. D. KESSLER, concl. sur C.E., 7 avril 1993, « Mme Bastien », R.F.D.A. 1994, p. 58 ; R. CHAPUS, « Droit du contentieux administratif », op. cit., p. 1098, n° 1293 et p. 1110, n° 1303.

¹⁶²². Voir P. BON, « Un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique », R.D.P. 1981, pp. 35 & 36.

¹⁶²³. J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », art. précité, p. 87, col. 1.

¹⁶²⁴. P. WEIL, « Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », th. Paris, 1952, p. 64.

¹⁶²⁵. G.A.J.A., 14^{ème} éd. 2003, p. 663, obs. sous C.E. section, 17 mai 1985, « Menneret », Rec., p. 149.

l'exécution auprès de la personne publique, et c'est seulement en cas de refus d'agir qu'il use de ses pouvoirs d'injonction et d'astreinte¹⁶²⁶.

En outre, alors que l'article 2 de la loi de 1980 fait du prononcé de l'astreinte une faculté pour le juge administratif¹⁶²⁷, l'article 62 de la loi de 1995, repris par les articles L 911-1, L 911-2 et L 911-3 du Code de justice administrative, dispose que le prononcé de l'injonction, quand ses conditions sont réunies, s'impose à lui¹⁶²⁸. Comme l'écrit C. Guettier, « si la juridiction ne jouit d'aucun pouvoir d'appréciation pour enjoindre ou non la mesure d'exécution, elle en dispose pour prononcer l'astreinte »¹⁶²⁹. Néanmoins, aussi bien l'une que l'autre de ces sanctions permettent dans les cas où elles sont utilisées contre des abstentions administratives, de contraindre les personnes publiques à exécuter leurs obligations d'agir.

Plus précisément, l'article L 911-1 du Code de justice administrative dispose que lorsque « sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette

¹⁶²⁶ Voir G. GUIAVARC'H, « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. précitée, p. 448.

¹⁶²⁷ Voir D. KESSLER, concl. sur C.E., 7 avril 1993, « *Mme Bastien* », R.F.D.A. 1994, p. 58.

¹⁶²⁸ Il existe d'autres différences entre la loi de 1980 et celle de 1995. Ainsi selon la loi de 1980, seul le Conseil d'Etat est compétent pour prononcer des astreintes. La loi de 1995 a été jugée beaucoup plus consistante car elle donne à toutes les juridictions administratives les compétences d'injonction et d'astreinte. Au contraire, alors que la première loi permettait le prononcé d'astreintes d'office, c'est-à-dire sans même qu'il y ait des demandes en ce sens, la seconde loi se montre plus restrictive car elle semble faire dépendre l'injonction et l'astreinte entre autres d'une demande (Art. L 911-1, L 911-2 et L 911-3 C.J.A.). Néanmoins, l'hypothèse d'astreinte d'office est maintenue dans les cas de difficultés d'exécution de la chose jugée (art. R 931-7). Une astreinte a, par exemple, été prononcée d'office contre l'Etat pour son refus (d'environ 2 ans et demi) d'exécuter un jugement qui contenait une obligation d'agir, à savoir l'obligation d'édicter une réglementation (C.E., 28 mai 2001, « *Bandesapt* », R.F.D.A. 2001, p. 957 ; D.A. 2001, n° 174). Sans vouloir épuiser toutes les différences qu'il y a entre ces lois, il faudrait souligner que la loi de 1980 prévoyait l'astreinte contre uniquement les personnes morales de droit public. Le champ de l'astreinte a été élargi par la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 aux personnes privées chargées de la gestion d'un service public. La loi de 1995 a confirmé cet élargissement. Il ne pouvait pas en être autrement car les personnes privées chargées de la gestion de services publics sont investies de prérogatives de puissance publique et sont, à ce titre, souvent traitées par le droit public comme les personnes publiques elles-mêmes).

¹⁶²⁹ C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », art. précité, p. 18, n° 114.

mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution ». Et l'article L 911-2 du même Code déclare que si « sa décision implique nécessairement » qu'une de ces personnes « prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé »¹⁶³⁰. Ces articles suscitent, au moins, deux séries d'observations.

Premièrement, s'il est vrai qu'ils formulent tous les deux des hypothèses d'injonction, seule l'injonction de l'article L 911-1 peut être une sanction d'une obligation d'agir méconnue. En effet, cette disposition oblige la personne publique, non pas à se prononcer à nouveau, mais à exécuter son obligation confirmée par la chose jugée. Le prononcé de l'injonction accompagnant un jugement d'annulation d'abstention permettra, par conséquent, de sanctionner une obligation d'agir pesant sur la personne publique. En revanche, l'article L 911-2 ne permet pas d'arriver à cette conclusion. La raison en est qu'une décision juridictionnelle impliquant qu'une nouvelle décision administrative soit prise, ne sanctionne pas une obligation précise, et encore moins une obligation d'agir. Sinon, le juge n'obligerait pas la personne publique à se prononcer à nouveau, mais il lui indiquerait directement l'attitude à tenir.

D'ailleurs, le juge n'a pas besoin de l'article 911-2 pour obliger, dans ces conditions, la personne publique à se prononcer à nouveau car le droit positif l'y contraignait déjà. Lorsque l'annulation n'emporte pas obligation d'agir, elle a pour effet d'obliger la personne publique à se prononcer à nouveau¹⁶³¹. La vraie innovation de la loi consiste dans le pouvoir, voire l'obligation, du juge de fixer un délai pour l'intervention de la nouvelle décision. Mais cette innovation ne présente pas un grand intérêt car si la personne publique ne se prononce pas, une nouvelle décision naîtra de toute façon de son silence. En effet, comme il a été

¹⁶³⁰. Ces deux articles correspondent à l'article L. 8-2 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

¹⁶³¹. Ex : C.E., 7 avril 1995, « *Grekos* », Rec., p. 159 ; D.A. 1995, n° 455 ; A.J.D.A. 1996, p. 115 ; R.F.D.A. 1996, p. 61.

souligné, celui-ci vaut en général décision de rejet et, parfois, décision d'acceptation.

Deuxièmement, il est permis de se demander ce que signifie l'expression « une mesure d'exécution dans un sens déterminé ». Renvoie-t-elle entre autres¹⁶³² aussi bien à l'obligation d'agir déterminée qu'à l'obligation d'agir indéterminée ? Certains auteurs semblent penser que c'est uniquement l'obligation d'agir déterminée qui est visée¹⁶³³. Selon C. Guettier, cette disposition signifie que « l'administration ne doit avoir aucune liberté de choix quant à la décision que le respect de la chose jugée lui impose de prendre »¹⁶³⁴. Déjà en 1901, Marie proposait l'utilisation de l'injonction qu'en cas d'inexécution d'obligation d'agir déterminée puisque les exemples qu'il fournissait, à savoir la délivrance d'alignement et celle de permis de chasse, ont cette nature¹⁶³⁵.

¹⁶³². Cette expression peut viser aussi bien l'obligation de non agir (sur laquelle il ne convient pas de s'attarder car elle n'est pas l'objet de notre étude) que parfois l'obligation simple. Comme il a été souligné, celle-ci tend souvent à se confondre avec l'obligation d'agir. Le fait que l'injonction est possible en faveur d'une obligation simple accentue cette confusion. Dans un arrêt du 12 décembre 2002 (« *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale* », A.J.D.A. 2004, p. 442, note H.M.), Le Conseil d'Etat annule le refus du ministre de l'Intérieur de publier un arrêté dont les requérants ont droit à l'application. Il enjoint aussi au ministre de procéder sous astreinte à la publication de ce texte. Cette décision est remarquée notamment parce qu'elle souligne que « sauf lorsqu'elle justifie, sous le contrôle du juge, de circonstances particulières y faisant obstacle, l'autorité administrative est tenue de publier dans un délai raisonnable les règlements qu'elle édicte » et considère que cette obligation est un principe général du droit. L'affirmation de ce dernier et le prononcé de l'injonction laissent *a priori* penser que cette décision sanctionne l'inexécution d'une obligation d'agir. Mais un examen attentif conduit à considérer que c'est plutôt l'inexécution d'une obligation simple qui est sanctionnée. Le choix en faveur de cette dernière alternative s'explique par le fait que, comme le souligne un commentateur (H.M., note précitée, p. 442, col. 2), la publication constitue une règle de procédure permettant de faire entrer en vigueur un acte. L'obligation de prendre celui-ci est une obligation d'agir, l'obligation de le publier est une obligation simple. Cette jurisprudence permet de souligner que ce n'est pas parce qu'une obligation donnée relève de l'obligation simple que la personne publique peut faire de sa violation une règle générale. L'obligation simple doit être respectée surtout dans les cas où elle tisse un lien étroit avec l'obligation d'agir comme c'est le cas en l'espèce. En effet, sans le respect de l'obligation de publication, les administrés ne peuvent en principe bénéficier des textes édictés (C.E., 18 novembre 1966, « *Laborde* », Rec., p. 610). C'est sans doute l'importance de l'obligation simple dans ce cas de figure qui a conduit la Haute juridiction à la considérer comme étant un principe général du droit.

¹⁶³³. Voir par exemple D. CHABANOL, « *Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* », Le Moniteur, 5^{ème} éd. 1998, p. 175.

¹⁶³⁴. C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », art. précité, p. 12, n° 63.

¹⁶³⁵. L. MARIE, « *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative* », art. précité, p. 508 & s., et surtout pp. 511 & 512.

En réalité, l'expression précitée ne signifie pas qu'il faut nécessairement qu'une obligation d'agir déterminée pèse sur la personne publique pour qu'une injonction à son encontre soit possible. Ainsi l'obligation de prendre un texte d'application est en général indéterminée quant à son contenu ou son moment. Pourtant, le juge fait souvent suivre les annulations des refus d'agir dans ce domaine d'injonction¹⁶³⁶.

Il convient à présent d'étudier comment les dispositions des lois précitées sont mises en œuvre par le juge administratif.

§2- La mise en œuvre des lois dérogeant au principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir

L'annulation d'abstention ne permet pas, comme il a été souligné, de « donner pleinement satisfaction au requérant »¹⁶³⁷. Dès lors l'injonction et l'astreinte revêtent en la matière une grande importance car elles tendent à obtenir que l'annulation soit suivie d'effet. C'est d'ailleurs pour cette raison, qu'elles ont été qualifiées de contraignantes. Par application des lois précitées, le juge administratif ne fait suivre les annulations d'abstentions administratives d'injonctions et, éventuellement, d'astreintes qu'en présence d'obligations d'agir et, au contraire, refuse de prononcer de telles sanctions en l'absence d'obligations d'agir.

A- Le prononcé de l'injonction et (ou) de l'astreinte en présence d'obligation d'agir

Avant l'entrée en vigueur de la loi de 1995, pour assurer l'exécution de des jugements d'annulation d'abstentions comportant des obligations d'agir, le juge administratif ne pouvait que prononcer des astreintes contre les personnes

¹⁶³⁶. Ex : C.E. sect., 26 juillet 1996, « Association lyonnaise de protection des locataires », R.F.D.A. 1996, p. 776, concl. Maugüé.

¹⁶³⁷. D. CHAUVAUX & T.-X. GIRARDOT, obs. précitées, A.J.D.A. 1997, p. 585.

publiques. Car l'article 2 de la loi de 1980 n'a donné au Conseil d'Etat qu'un pouvoir d'astreinte. C'est la loi de 1995 qui a permis le prononcé à la fois d'injonction proprement dite ou simple et d'astreinte.

En ce qui concerne la loi de 1980, le pouvoir d'astreinte qu'elle octroie au juge est d'usage facultatif. Autrement dit, une inexécution d'un jugement d'annulation d'abstention sanctionnant une obligation d'agir peut être constatée sans que la Haute juridiction prononce une astreinte¹⁶³⁸ contre la personne publique. L'astreinte semble être « une arme dont il vaut mieux ne pas avoir à se servir »¹⁶³⁹. Néanmoins, ce qui apparaît certain, c'est que le recours à cette sanction dans l'hypothèse considérée, c'est-à-dire celle d'annulation d'abstentions, suppose qu'une obligation d'agir pèse sur la personne publique. Il est possible de citer des exemples dont celui relatif à la première application jurisprudentielle de la loi.

En effet, dans l'arrêt « Menneret »¹⁶⁴⁰, le juge a condamné à astreinte -200 F par jour de retard- une municipalité pour cause d'inexécution d'un jugement annulant son refus d'inscrire le nom d' « un mort pour la France » sur le monument aux morts de la Commune. Il est clair que cette condamnation signifie que cette dernière doit inscrire le nom demandé. De même, dans l'espèce « Bastien »¹⁶⁴¹, il a prononcé la même condamnation -1000 F par jour- contre un office HLM afin d'obtenir l'exécution d'un jugement annulant son refus d'affilier le requérant à la Caisse de retraite ; ce qui signifie que l'office doit procéder à cette affiliation. L'inexécution par l'Etat d'un jugement annulant

¹⁶³⁸. C. GUETTIER, « *Injonction et astreinte* », *Juris cl. Admin.*, n° 8, fasc 1112, p. 26.

¹⁶³⁹. G. BRAIBANT, « *Les nouvelles fonctions du Conseil d'Etat* », *Rev. admin.*, 1997, p. 420. Cet auteur montre en effet que la section du rapport et des études du Conseil d'Etat cherche à obtenir l'exécution des jugements par tous les moyens, notamment par la persuasion. Ce n'est que parce que tous les moyens moins coûteux pour les deniers publics auront échoué qu'elle proposera l'astreinte, comme dernier recours, à la section du contentieux pour contraindre la personne publique à exécuter la chose jugée.

¹⁶⁴⁰. C.E. sect., 17 mai 1985, « *Menneret* », *Rec.*, p. 149, concl. J.-M. Pauti ; *A.J.D.A.* 1985, p. 399, chr. S. Hubac & J.-M. Schoettl ; *Rev. admin.* 1985, n° 20448, note J. Morand-Deville ; *D.* 1985, p. 583, note J.-M. Auby.

¹⁶⁴¹. C.E., 28 mai 1993, « *Bastien* », *Rec.*, p. 972 ; *D.A.* 1993, n° 354.

son refus de prendre un texte d'application d'une loi a également suscité pareille condamnation¹⁶⁴², ainsi que d'un jugement d'annulation de refus de réintégration d'agent par un établissement public¹⁶⁴³. Le prononcé d'astreintes dans ces deux espèces implique certainement la sanction d'obligations d'agir, à savoir respectivement l'obligation de prendre un texte d'application de la loi et celle de réintégrer l'agent.

S'agissant de la loi de 1995, ses applications font apparaître soit des injonctions simples, soit des injonctions et astreintes, et non des astreintes indépendantes. Des injonctions d'agir simples ont été prononcées dans diverses hypothèses d'annulations d'abstentions. Il en a été ainsi en matière de refus d'adoption de décrets¹⁶⁴⁴, ou dans le cas de refus de remodelage d'une carte électorale¹⁶⁴⁵, ou d'abrogation d'un arrêté d'expulsion¹⁶⁴⁶, ou de réattribution à son propriétaire d'une parcelle dont il a été privé¹⁶⁴⁷. Le juge administratif a également, après avoir annulé le refus de modification d'un règlement, enjoint de procéder à cette modification dans un délai d'un an¹⁶⁴⁸. En l'espèce, il a refusé de prononcer une astreinte pourtant demandée par les requérants. Ces injonctions prononcées en matière d'annulations d'abstentions sanctionnant des obligations d'agir visent en réalité à obtenir des personnes publiques l'exécution de celles-ci.

¹⁶⁴². C.E., 11 mars 1994, « *Soulat & Boivin* », Rec., p. 115 ; A.J.D.A. 1994, p. 387, concl. M. Denis-Linton ; R.D.P. 1994, p. 1902 ; J.C.P. 1994, n° 22333, note M. Lacombe & X. Vandendriessche ; D.A. 1994, n° 231, obs. M.D.-L. : astreinte de 1000 F par jour.

¹⁶⁴³. C.E., 14 janvier 1987, « *Laucoin* », Rec., p. 5 ; D. 1987, IR, p. 21 ; L.P.A., 22 février 1989, p. 11, note C. Guettier : astreinte de 200 F par jour.

¹⁶⁴⁴. C.E. ass., 26 juillet 1996, « *Association lyonnaise de protection des locataires* », Rec., p. 293, R.F.D.A. 1996, p. 768, concl. Maugué ; C.E. ass., 28 mars 1997, « *Union des associations familiales* », Rec., p. 124 ; R.F.D.A. 1998, p. 165, concl. Maugué ; D.A. 1997, n° 328, note C.M.

¹⁶⁴⁵. C.E., 6 janvier 1999, « *Lavaurs* », Rec., p. 1 ; R.F.D.A. 1999, p. 439 ; R.D.P. 1999, p. 1515, note C. Gestot ; A.J.D.A. 1999, p. 443, concl. A. Daussun ; L.P.A. février 2000, n° 38, note D. Blanchet.

¹⁶⁴⁶. C.A.A. de Paris, 23 janvier 1997, « *Ministre de l'Intérieur c. Hamlaoui* », A.J.D.A. 1997, p. 303, p. 278, chr. P.-E. Spitz.

¹⁶⁴⁷. T.A. de Poitiers, 17 avril 1996, « *Royer* », Rec., p. 110 ; J.C.P. 1997, IV, p. 91.

¹⁶⁴⁸. C.E. sect., 10 mai 1999, « *Association des anciens brevetés de Rochefort de l'aéronautique militaire (ABRAM) & M. Gai* », req. n° 197995.

L'injonction, accompagnée d'une astreinte, a été prononcée avec éclat dans l'affaire « Ternon » précité¹⁶⁴⁹ dont l'apport majeur, à savoir la modification du délai de retrait de certains actes administratifs, a déjà été souligné¹⁶⁵⁰. Dans cette affaire, après avoir annulé le refus de titularisation du requérant, le Conseil d'Etat a considéré que cette « annulation (...) implique nécessairement que la région Languedoc-Roussillon reconstitue la carrière de l'intéressé et procède à sa réintégration (...) ; qu'il y a lieu [en conséquence] d'enjoindre à la région (...) de procéder à la réintégration juridique de M. Ternon en qualité de fonctionnaire territorial (...) de prononcer contre la région, à défaut pour elle de justifier de cette exécution dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, une astreinte de 1000 F par jour jusqu'à la date à laquelle elle aura reçu exécution »¹⁶⁵¹. Ce considérant montre clairement que l'injonction et l'astreinte consécutives à une annulation d'abstention tendent à obtenir l'exécution de l'obligation d'agir. Celle-ci consiste, en l'espèce, dans la titularisation et réintégration du requérant.

L'injonction et l'astreinte ont été également prononcées dans le cas d'annulation d'un refus d'adoption d'un décret¹⁶⁵², ou de son abrogation¹⁶⁵³ ou dans celui d'annulation d'un refus d'inscription à l'université¹⁶⁵⁴. Le prononcé d'injonctions et astreintes dans ces dernières hypothèses est aussi destiné à contraindre les personnes publiques concernées à exécuter leurs obligations d'agir.

Cette attitude du juge qui consiste à prononcer soit uniquement des injonctions, soit des injonctions accompagnées d'astreintes, pourrait faire croire que l'astreinte est fondamentalement différente de l'injonction. Or cette étude a

¹⁶⁴⁹. C.E. ass., 26 octobre 2001, « *M. Ternon* », précité.

¹⁶⁵⁰. Voir titre précédent, chapitre 2, section 2, §1.

¹⁶⁵¹. 11^{ème} considérant.

¹⁶⁵². C.E., 28 juillet 2000, « *Association France Nature Environnement* », R.F.D.A. 2000, p. 1167.

¹⁶⁵³. C.E., 21 février 1997, « *Calbo* », Rec., p. 1018 ; D.A. 1997, n° 218, obs. R.S. ; J.C.P. 1997, II, n° 22866, note Lascombes.

¹⁶⁵⁴. T.A. de Rennes, 28 septembre 1995, « *Jehan et autres* », précité, Rec., p. 584 ; L.P.A., avril 1996, n° 48 ; R.F.D.A. 1996, p. 345.

révélé qu'elle est, au fond, une injonction. Néanmoins, le juge ne prononce plus depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1995 des astreintes indépendantes afin, semble-t-il, de tenir compte de la rédaction de l'article L 911-3 du Code de justice administrative qui dispose que « la juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction (...) d'une astreinte »¹⁶⁵⁵. Cette disposition paraît, *a priori*, critiquable. Car l'injonction accompagnée d'une astreinte ne peut avoir des effets sensiblement meilleurs que l'utilisation de la seule astreinte. L'efficacité de ces deux séries de sanctions -injonction et astreinte d'une part, et l'astreinte de l'autre- dépend moins d'elles-mêmes que de deux facteurs exogènes : l'aptitude du juge à les manier délicatement et la volonté des personnes publiques à se soumettre à la chose jugée, y compris celle comportant des obligations d'agir.

Cependant, l'injonction prononcée avec une astreinte présente l'intérêt de mieux préciser l'obligation d'agir qui pèse sur la personne publique. L'arrêt « Ternon » précité en est une illustration. Comme l'écrit J. Tercinet, un « jugement peut être malaisé à interpréter »¹⁶⁵⁶. L'injonction et l'astreinte permettent alors de dissiper le doute que la personne publique peut avoir sur sa réelle portée.

Quand l'annulation d'une abstention ne signifie pas que la personne publique doit agir positivement, le juge refuse de prononcer contre elle une injonction.

¹⁶⁵⁵. Cet article correspond à l'article L. 8-3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

¹⁶⁵⁶. J. TERCINET, « *Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration ?* », art. précité, p. 4, col. 1.

B- Le refus de l'injonction en l'absence d'obligation d'agir

C'est uniquement l'injonction qui est évoquée car la nouvelle loi¹⁶⁵⁷ faisant dépendre l'astreinte de l'injonction, le refus de prononcer celle-ci signifie automatiquement que l'astreinte est éludée.

Il est nécessaire de rappeler que selon l'article L 911-1 du Code de justice administrative, le juge ne doit prononcer d'injonction que si « sa décision implique nécessairement » que la personne publique « prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé ». En conséquence et *a contrario*, si une décision d'annulation d'abstention n'implique pas « une mesure d'exécution », autrement dit, si elle ne signifie pas que la personne publique doit agir, le juge refuse de lui enjoindre.

Ainsi dans l'arrêt « Grekos »¹⁶⁵⁸, l'annulation du refus du ministre de l'éducation nationale de renouveler le requérant en sa qualité de professeur associé n'a pas pu justifier une injonction car cette annulation n'impliquait pas le renouvellement. Elle signifiait tout simplement que le ministre était saisi à nouveau. C'est, du reste, l'effet normal des annulations d'abstentions n'impliquant pas obligation d'agir. Il apparaît normal que quand la personne publique n'a pas à agir, le juge ne puisse lui enjoindre. Il y a là une preuve de plus que l'injonction est, en matière d'annulations d'abstentions, très liée à l'obligation d'agir.

La mise en œuvre de la loi a posé un problème sur un aspect particulièrement délicat, parce que non expressément prévu par une disposition législative. En effet, parfois entre l'abstention administrative annulée et la décision du juge de l'injonction -dans les hypothèses où ces deux décisions ne sont pas prises en même temps- un changement de circonstances peut intervenir rendant sans objet l'exécution de l'obligation d'agir. La résolution de ce problème par le juge ne s'est pas faite sans quelques hésitations.

¹⁶⁵⁷. Art. L 911-3 C.J.A.

¹⁶⁵⁸. C.E., 7 avril 1995, « *Grekos* », Rec., p. 159.

Dans l'arrêt « Réghis »¹⁶⁵⁹, le juge avait enjoint à l'administration après l'annulation d'un refus de délivrance d'un titre de séjour non la délivrance du titre demandé, mais le réexamen de la demande de l'intéressé dans la mesure où un changement de droit ou de fait pouvait intervenir entre le refus illégal et la décision juridictionnelle, rendant légal un nouveau refus. Cette jurisprudence pouvait présenter certains inconvénients. D'une part, l'administré pouvait constater sa situation réglée par l'administration sans toutes les garanties nécessaires. D'autre part, le juge paraissait se dessaisir d'une partie de sa fonction d'instruction. Il semble que cette solution ait été définitivement abandonnée. Le juge mène lui-même ses investigations.

Dans la décision « Leveau »¹⁶⁶⁰, le maire a refusé au requérant le prêt d'un local alors que celui-ci satisfait aux conditions posées à l'article 212-27 du Code général des collectivités territoriales selon lequel les conseillers municipaux de l'opposition, dans les communes de plus de 3500 habitants, « qui en font la demande peuvent disposer sans frais d'un local commun ». Avant de se prononcer sur les conclusions aux fins d'injonction, le juge a ordonné une mesure d'instruction pour s'assurer que la situation du requérant depuis la décision administrative de refus n'avait pas subi de modification. Autrement dit, il a cherché à savoir s'il était toujours dans l'opposition. Cela n'était plus le cas puisque son parti avait remporté les élections de 1995. Le juge a, en conséquence, décidé « qu'en raison de ce changement dans les circonstances de fait l'annulation de la décision du maire (...) n'impliqu[ait] plus nécessairement la prise d'une décision dans un sens déterminé ».

En clair, il a annulé la décision de refus, mais n'a pas enjoint au maire l'exécution de l'obligation d'agir qui pesait sur lui pour la raison toute simple que des circonstances nouvelles ont fait disparaître celle - ci¹⁶⁶¹. Pour la même

¹⁶⁵⁹. C.E., 18 octobre 1995, « Réghis », Rec. tab., p. 989.

¹⁶⁶⁰. C.E., 4 juillet 1997, « Leveau », A.J.D.A. 1997, p. 635.

¹⁶⁶¹. Pour autant, il ne paraît pas souhaitable de laisser sans sanction l'obligation d'agir dans cette espèce, ou dans d'autres espèces similaires, car elle risque d'être systématiquement méconnue toutes

motivation, l'annulation d'un refus de délivrance d'un titre de séjour n'a pas été suivie d'une injonction d'agir¹⁶⁶².

Cette jurisprudence a, au contraire, justifié dans l'affaire « Bourezak »¹⁶⁶³ le prononcé d'une injonction. En l'espèce, le juge a annulé le refus d'octroi de visa au titre du regroupement familial que l'administration avait motivé par des considérations d'ordre public. Il a estimé que ce motif n'était pas suffisant. Mais pour enjoindre à l'administration de délivrer le visa dans un délai d'un mois, il s'est assuré que l'obligation d'agir était encore valable, c'est-à-dire qu'aucun changement dans les circonstances de droit ou de fait ne pouvait justifier une nouvelle décision administrative de refus. Comme l'écrivent des commentateurs de cet arrêt, désormais, « il est de l'office du juge de l'injonction de procéder aux mesures d'instruction nécessaires à l'exercice de son pouvoir »¹⁶⁶⁴.

Dans l'arrêt « Hamlaoui »¹⁶⁶⁵ précité, le juge avait déjà considéré qu'en l'absence de « circonstances postérieures » à l'annulation d'un refus d'abrogation d'un arrêté d'expulsion s'opposant à ce que cette abrogation soit opérée, il y avait lieu de l'enjoindre au ministre de l'Intérieur¹⁶⁶⁶.

Ces solutions jurisprudentielles au problème posé ci-dessus paraissent heureuses. Elles confirment notre position selon laquelle non seulement l'injonction permet, en matière d'annulation d'abstentions, de sanctionner efficacement le refus d'exécution de l'obligation d'agir, mais aussi elle est intimement liée à cette dernière. En effet, l'injonction n'est prononcée que pour assurer l'exécution de l'obligation d'agir ; en dehors de celle-ci, il n'y a pas lieu de l'ordonner. Dès lors, l'utilisation des pouvoirs d'injonction n'est concevable que si, au moment de la décision d'injonction, l'obligation d'agir existe encore.

les fois que la personne publique peut escompter un changement futur de circonstances. En plus, il serait intéressant pour le requérant d'obtenir, s'il en fait la demande, l'allocation de dommages-intérêts pour le préjudice qu'il pourrait endurer.

¹⁶⁶². T.A. de Paris, 10 novembre 1995, « *Cons. Xu* », R.F.D.A. 1996, p. 347.

¹⁶⁶³. C.E., 4 juillet 1997, « *Bourezak* », A.J.D.A. 1997, p. 636.

¹⁶⁶⁴. D. CHAVALAUX & T.-X. GIRARDOT, obs. précitées, A.J.D.A. 1997, p. 587.

¹⁶⁶⁵. C.A.A. de Paris, 23 janvier 1997, « *Ministre de l'Intérieur c. Hamlaoui* », A.J.D.A. 1997, p. 303.

¹⁶⁶⁶. Voir une solution assez proche dans l'arrêt « *Domarchi* », 12 juillet 1995, Rec. tab., p. 988.

Car, alors que l'annulation d'une abstention est prononcée en appréciant sa légalité à la date de la décision, l'injonction est ordonnée en tenant compte d'éventuels changements dans l'évolution du droit ou des faits affectant ou non l'obligation d'agir contenue dans la chose jugée¹⁶⁶⁷.

* *
*

Le principe de l'interdiction de l'injonction d'agir aux personnes publiques devait être assoupli car il est dénué de fondement juridique.

La théorie de la séparation des pouvoirs ne peut constituer un fondement au principe de l'interdiction de l'injonction car elle concerne plutôt le juge judiciaire. Ce principe est en réalité fondé sur la volonté du juge administratif de ménager la susceptibilité de la personne publique à travers une « sage prudence ». Les rapports, parfois tendus, entre la personne publique et le juge, rendent compréhensible ce fondement. Néanmoins, sa fragilité est évidente dans la mesure où il ne repose sur aucun texte. En conséquence, la loi -surtout celle du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995- a largement assoupli cette interdiction en permettant au juge administratif au moins le prononcé d'injonctions et astreintes accessoires, c'est-à-dire qui sont le support de jugements.

En matière de contentieux d'abstentions administratives et surtout d'annulation de celles-ci, la loi et la jurisprudence établissent un lien étroit entre l'injonction et l'obligation d'agir. Ce lien s'explique par le fait qu'en cas d'annulation d'abstention impliquant obligation d'agir, le juge doit, selon la loi, prescrire ou enjoindre l'action à la personne publique. C'est la raison pour laquelle l'injonction apparaît être une sanction contraignante, puisqu'elle permet de contraindre la personne publique à exécuter, son obligation d'agir.

¹⁶⁶⁷. voir C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, « *Contentieux administratif* », op. cit., p. 635, n° 711.

L'injonction est encore plus contraignante quand elle est suivie d'une astreinte, en raison du poids financier que peut faire peser celle-ci.

CONCLUSION DU TITRE II:

En général et à l'exception de la substitution, ni l'annulation ni la réparation d'une abstention sanctionnant une obligation d'agir ne permettent pas d'obtenir son exécution effective. L'annulation d'une abstention signifie très souvent que la personne publique doit se prononcer à nouveau sur la demande de l'administré. La réparation, quant à elle, permet au requérant d'obtenir des dommages-intérêts et non l'exécution de l'obligation d'agir méconnue.

L'inefficacité de ces sanctions était aggravée par le principe de l'interdiction d'injonction à l'adresse des personnes publiques. Dès lors, des dérogations au principe étaient très souhaitées. En effet, devant des cas de plus en plus fréquents d'inexécution des jugements¹⁶⁶⁸, même ceux comportant des obligations d'agir contre les personnes publiques, l'Etat de droit pouvait être menacé à cause du sentiment d'une justice à double vitesse : le particulier devait obéir à la chose jugée, contrairement à la personne publique qui semblait disposer en cette matière d'une liberté d'appréciation. D'autant plus qu'au moment même où le juge administratif s'estimait incompétent pour adresser des injonctions à la personne publique, il se permettait d'enjoindre au particulier¹⁶⁶⁹.

Les lois de 1980 et de 1995, en apportant des dérogations au principe de l'interdiction de l'injonction, ont certes amélioré l'état du droit, mais ne permettent pas d'obtenir l'exécution de toutes les obligations d'agir méconnues par abstention. En effet, le législateur n'a pas, eu égard à l'exécution de

¹⁶⁶⁸. Voir J. TERCINET, « *Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration ?* », art. précité, p. 4, col. 1 & p. 5, col. 1.

¹⁶⁶⁹. Ex : C.E. ass., 26 février 1965, « *Sté du Velodrome du Parc des Princes* », Rec., p. 133 ; R.D.P. 1965, p. 506, concl. Bertrand, et p. 1175, note Waline ; C.E. ass., 3 mars 1978, « *Lecoq* », Rec., p. 116 ; A.J.D.A. 1978, p. 581, concl. D. Labetoulle.

l'obligation d'agir, sensiblement modifié le contentieux de la réparation. Il permet au juge administratif d'enjoindre à la personne publique de réparer les conséquences dommageables de ses abstentions fautives, mais les obligations d'agir elles-mêmes demeurent toujours inexécutées.

Néanmoins, en matière de contentieux d'annulation, l'apport de la loi est incontestable. Elle permet, à chaque fois que l'annulation d'abstention signifie la présence d'une obligation d'agir -déterminée ou indéterminée- au juge d'enjoindre à la personne publique d'exécuter son obligation d'agir. C'est la raison pour laquelle, en matière d'abstention, l'injonction pour agir sanctionne toujours une obligation d'agir. En outre, elle permet au juge de contraindre la personne publique à s'exécuter grâce au prononcé d'astreinte. De ce point de vue, ces deux dernières sanctions apparaissent plus contraignantes que les précédentes.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE :

L'étude des manifestations de l'obligation d'agir des personnes publiques laisse apparaître un paradoxe : alors que d'un côté, les obligations d'agir sont très nombreuses et concernent des domaines souvent très importants, de l'autre, les sanctions de leur inexécution ne sont pas toujours suffisamment contraignantes.

La multiplication en France des obligations d'agir des personnes publiques s'explique au moins par deux facteurs : l'intégration communautaire et l'accroissement des exigences des citoyens.

D'une part, la politique communautaire qui est orientée vers plus d'intégration a entre autres pour conséquence l'accroissement des obligations d'agir à l'encontre des Etats membres. La C.J.C.E. semble adopter cette

politique dans la mesure où, dans l'arrêt « Francovich » précité, elle considère que même les directives communautaires à effet indirect mais qui comportent des droits identifiables au profit des particuliers sont invocables en l'état. C'est une manière de reconnaître leur applicabilité directe, c'est-à-dire sans transposition, dans le droit français.

D'autre part et surtout, les citoyens revendiquent sans cesse des droits. C'est ce que semble penser D. Truchet quand il écrit que « nous sommes prompts à revendiquer « plus d'Etat » pour corriger les déséquilibres sociaux ou assurer la paix publique »¹⁶⁷⁰. Or comme il a été souligné ultérieurement, l'octroi de droits aux citoyens est en principe synonyme d'obligations d'agir à l'encontre des personnes publiques. L'exemple du décret de 1983 et la jurisprudence « Compagnie Alitalia » déclarant que la personne publique « saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer », peuvent être cités en ce sens. La plupart des obligations étudiées qu'il s'agisse d'assurer la sécurité, de créer et de faire fonctionner les services publics, de contrôler ou de modifier les contrats administratifs...sont supportés par les personnes publiques au profit des administrés.

Si les obligations sont nombreuses, il convient de noter qu'elles ne sont pas efficacement sanctionnées. En effet parmi toutes les sanctions existantes, seules l'injonction et l'astreinte visent en principe à contraindre les personnes publiques à exécuter leurs obligations d'agir méconnues. Dès lors, on pourrait penser que c'est la densification des obligations d'agir qui est compensée par l'inefficacité générale des sanctions. Autrement dit, plus les obligations d'agir se multiplient, moins elles seraient contrôlées. Néanmoins, ce qui apparaît plus sûr, c'est que ce paradoxe entre l'accroissement des obligations d'agir et la faiblesse des sanctions est le résultat de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat : celui-ci cherche peu ou prou à protéger la liberté d'action des personnes publiques.

¹⁶⁷⁰. D. TRUCHET, « *L'autorité de police est-elle libre d'agir ?* », art. précité, p. 81, col. 1.

CONCLUSION GENERALE

Cette étude confirme avec éclat la proposition de G. Braibant et de B. Stirn selon laquelle le « droit se ramène toujours à trois éléments : devoir, pouvoir, ne pas pouvoir »¹⁶⁷¹, autrement dit, à l'obligation d'agir, à la faculté d'agir et à l'obligation de non agir. En effet, bien que son objet principal soit l'obligation d'agir des personnes publiques, le problème s'est très souvent posé de savoir, si dans une situation donnée, ces dernières doivent ou peuvent agir, et parfois si elles doivent ou non agir.

En dépit d'une absence dans la jurisprudence et dans la doctrine d'un critère d'identification claire de l'obligation d'agir, il a été possible de démontrer qu'en principe celle-ci se révèle lorsqu'une abstention d'une personne publique est sanctionnée. En effet, qu'une abstention soit jugée illégale ou fautive, elle permet en principe de conclure à l'existence d'une obligation d'agir à l'encontre de la personne publique. Duez traduit bien ce principe quand il écrit que le fait que « le service en agissant pas peut commettre une faute, c'est dire que le service était obligé d'agir »¹⁶⁷².

L'examen des grandes lignes du contentieux des abstentions a montré que l'abstention fautive traduit une obligation d'agir. Qu'elle soit simple ou lourde, la faute résultant de l'abstention sanctionne une obligation d'agir. C'est la raison pour laquelle la délimitation entre la faute simple et la faute lourde n'a pas une influence directe ou significative sur l'identification de l'obligation d'agir. Autrement dit, que la faute soit simple ou lourde, l'obligation d'agir s'identifie de manière négative par référence à l'abstention fautive.

Cependant, il ne s'agit pas d'affirmer que la délimitation entre la faute simple et lourde résultant de l'abstention n'a, par ailleurs, aucun intérêt. Alors

¹⁶⁷¹. G. BRAIBANT & B. STIRN, « *Le droit administratif français* », op. cit., p. 230.

¹⁶⁷². DUEZ, « *Le développement jurisprudentiel de la responsabilité de la puissance publique* », art. précité, p. 594.

que la faute lourde est protectrice des personnes publiques dans la mesure où elle leur limite les hypothèses de responsabilité, ce genre de faute étant en principe difficile à démontrer, la faute simple est censée protéger les victimes pour des raisons inverses.

Il convient enfin de rappeler que l'illégalité est aussi une faute. Par conséquent, en matière de contentieux d'annulation, l'annulation d'une abstention implique en principe l'existence d'une obligation d'agir. Il en est ainsi dans l'hypothèse où aucun motif ne peut justifier une nouvelle abstention. Dans le cas contraire, l'annulation de l'abstention ne s'expliquerait pas par le fait que la personne publique était obligée d'agir, mais par le fait que seul son motif était illégal et non l'abstention elle-même.

Le lien *a priori* étroit entre l'abstention fautive et l'obligation d'agir comporte toutefois des limites.

Premièrement, l'abstention illégale ou fautive peut être retenue contre une obligation contractuelle. Dans ce cas, il convient de déduire en principe l'existence d'une obligation de faire et non d'une obligation d'agir car celle-ci provient plutôt d'une source unilatérale.

Historiquement, l'expression « obligation de faire » a toujours été utilisée notamment par le Code civil pour désigner les obligations positives nées du contrat. C'est la raison pour laquelle a été soutenue dans cette étude la thèse selon laquelle le contrat ne peut faire naître des obligations d'agir. Celles-ci proviennent uniquement d'une source unilatérale. La nuance qui existe entre les verbes « agir » et « faire » permet d'étayer cette position. En effet, alors que le verbe « agir » vise généralement des actes d'une large portée dont le caractère obligatoire ne peut provenir que de l'autorité d'un acte unilatéral, le verbe « faire » concerne des actes d'une portée limitée dans le cadre contractuel.

Cette dualité se manifeste notamment dans les contrats administratifs où certaines obligations sont imposées à la personne publique par la loi ou la jurisprudence dans l'intérêt général et d'autres le sont dans l'intérêt du

cocontractant. C'est ainsi que l'obligation de contrôle des contrats de concession de service public instituée par la jurisprudence « Caire »¹⁶⁷³ précitée pour la bonne exécution du contrat et pour l'intérêt des administrés a pu être qualifiée d'obligation d'agir. En revanche, l'obligation de rémunérer le cocontractant, obligation instituée par le contrat dans l'intérêt de ce dernier, est de ce fait une obligation de faire.

Deuxièmement, l'abstention illégale ou fautive sanctionne parfois non une obligation d'agir, mais une obligation simple. Alors que la première est l'obligation d'effectuer un acte précis, la seconde consiste généralement au respect de la légalité. En effet, l'obligation d'agir doit être exécutée conformément à la légalité. C'est la raison pour laquelle, alors même que la personne publique a agi, la faute peut être retenue si elle a omis de demander un avis ou d'agir dans les délais... Dans ces hypothèses, la faute signifie la présence d'obligations simples et non d'obligations d'agir car l'action a été réalisée. Il en est ainsi de la faute retenue en cas d'adoption tardive d'un texte d'application d'une loi ou d'un règlement.

L'utilisation de l'abstention illégale ou fautive alors même que la personne publique a agi, s'explique par le fait que le juge traite souvent une insuffisance d'action comme une abstention ou une inaction totale. Ainsi, la personne publique peut être sanctionnée pour cause de signalisation insuffisante sur la route exactement comme si la signalisation en question n'a pas du tout été installée. Or, l'abstention illégale ou fautive révélerait, dans le premier cas, une obligation simple et, dans le second, une obligation d'agir.

Mais il importe en même temps de rappeler que le juge semble estimer que l'obligation d'agir est plus importante que l'obligation simple. La raison en est que, parfois, il n'annule pas un acte pourtant effectué dans l'irrespect de la légalité ou d'obligations simples. Dans cette hypothèse, il préserve souvent l'obligation d'agir, soit en qualifiant les vices dont l'acte est entaché de moyens

¹⁶⁷³. C.E., 5 novembre 1937, « Caire », Rec., p. 899.

inopérants, insusceptibles d'influencer la solution du litige, soit en substituant un motif légal au motif illégal. Cette solution relève de la politique jurisprudentielle. Celle-ci consiste en l'occurrence à ne pas sanctionner la personne publique pour un acte qu'elle devra de toute façon reprendre parce qu'il relève de l'obligation d'agir. Ainsi circonscrite, l'obligation d'agir est une notion dont les manifestations sont nombreuses et parfois difficiles à saisir.

Les manifestations nombreuses de cette notion s'expliquent par ce qu'il convient d'appeler la doctrine de l'Etat protecteur. Selon cette doctrine, les personnes publiques ont pour mission principale de protéger l'individu¹⁶⁷⁴. Ainsi s'expliqueraient certaines obligations d'agir telles que l'obligation de maintenir l'ordre public dont l'objectif est de garantir à la fois la sécurité collective et individuelle, l'obligation d'organiser et d'assurer la justice afin de préserver la paix sociale, l'obligation d'organiser et de prodiguer un enseignement à tous afin de promouvoir l'épanouissement de l'individu, l'obligation de supprimer certains actes administratifs illégaux, obligation destinée à faciliter à l'administré la lisibilité du droit positif.

En outre, de plus en plus d'obligations d'agir sont à la charge des personnes publiques du fait de la politique européenne d'intégration. Celle-ci « fait référence à une situation dans laquelle les Etats ne se contentent pas de coopérer ou de coordonner leurs actions, mais choisissent de mettre en commun certaines de leurs compétences et laissent à des institutions indépendantes »¹⁶⁷⁵ la gestion des affaires communes.

La C.J.C.E a su profiter de son statut de relative indépendance par rapport aux Etats membres pour élaborer, en matière de directives, une jurisprudence favorisant la multiplication des obligations d'agir à l'encontre des Etats dont la France. En effet, alors que l'article 189 du traité de Rome prévoit l'obligation de

¹⁶⁷⁴. Ce n'est donc pas un hasard si la première obligation d'agir de l'Etat au début de sa formation à l'époque capétienne (987-1328) a été d'assurer l'ordre et la paix (DUGUIT, « *De la situation des particuliers à l'égard des services publics* », art. précité, p. 416 & s.).

¹⁶⁷⁵. J.-M. FAVRET, « *Droit et pratique de l'Union européenne* », Gualino éditeur, Paris, 4^{ème} éd. 2003, p. 41.

transposition dans les Etats et par les Etats desdites directives, la Cour a estimé relativement tôt¹⁶⁷⁶ que celles-ci jouissent d'une applicabilité directe, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent même si elles ne sont pas transposées, lorsqu'elles contiennent des obligations claires, précises et inconditionnelles. La conséquence est que, même si l'Etat français n'a pas transposé une directive comportant une obligation d'agir, celle-ci s'impose à lui.

Malgré une certaine résistance, le Conseil d'Etat a fini par adopter des positions tendant vers un alignement sur la jurisprudence européenne. L'arrêt « SA Cabinet Revert et Badelon »¹⁶⁷⁷ précité, dans lequel le Conseil d'Etat a estimé que l'obligation d'exonération de la T.V.A. contenue dans une directive qui n'était pas encore transposée s'impose à l'Etat français, en est une bonne illustration.

L'obligation d'agir est une notion dont les manifestations sont difficiles à saisir surtout parce qu'elle est, malgré son origine principalement textuelle¹⁶⁷⁸, souvent une question d'espèce. Le juge apprécie en fonction des circonstances si l'obligation d'agir textuelle est applicable dans une situation donnée. Cette appréciation le conduit à jouer un rôle important dans la précision des obligations d'agir textuelles. Il a par exemple considéré que l'obligation d'adopter un texte d'application doit, en l'absence de délai prédéterminé, être exécutée dans un délai « raisonnable », ou que l'obligation d'assurer la sécurité sur les pistes de ski ne s'impose pas à la personne publique avec la même rigueur selon que la zone de ski se situe dans une piste ou en dehors.

Néanmoins, si l'intervention du juge afin de contrôler l'application des obligations d'agir revêt un caractère primordial, l'efficacité des décisions rendues apparaît relative. En effet, des jugements prononcés en matière

¹⁶⁷⁶. C.J.C.E., 5 février 1963, aff. 26 /62, « *Van Gend en Loos* », précitée.

¹⁶⁷⁷. C.E. ass., 30 octobre 1996, « *SA Cabinet Revert et Badelon* », A.J.D.A. 1996, p. 1044.

¹⁶⁷⁸. En effet, les obligations d'agir d'origine purement jurisprudentielle sont très rares. Cela s'explique surtout par le fait que la fonction principale du juge administratif est non de créer des obligations d'agir, mais de veiller à l'application de celles existant déjà dans le droit positif ou de celles créées par de nouveaux textes.

d'obligation d'agir peuvent demeurer inexécutés par les personnes publiques. La principale raison de cette inertie réside dans le fait que la force publique ne peut être utilisée contre elle-même.

L'injonction et l'astreinte dont dispose depuis récemment le juge administratif sont certes des sanctions de refus d'inexécution d'obligations d'agir plus contraignantes que l'annulation et la réparation. En effet, alors que les premières permettent d'exercer une certaine pression sur les personnes publiques afin qu'elles exécutent leurs obligations d'agir, les secondes ne visent pas directement cet objectif. L'annulation du refus d'agir permet seulement de déduire qu'en principe la personne publique doit agir. L'engagement de la responsabilité de cette dernière suite à un refus d'agir préjudiciable entraîne la réparation du préjudice subi et non l'exécution de l'obligation d'agir. Par conséquent, bien qu'elles fassent office de sanctions, l'annulation et la réparation se révèlent moins efficaces que l'injonction et l'astreinte.

Néanmoins, ces dernières sanctions de l'obligation d'agir dépendent en réalité de la volonté des personnes publiques de se soumettre à la chose jugée. Le juge n'a, ni le pouvoir, ni les moyens de les obliger d'agir. C'est la substitution d'action qui, dans l'état actuel du droit, constitue un procédé certain d'exécution de l'obligation d'agir. Cette sanction permet en effet à une personne publique en général supérieure d'intervenir afin d'exécuter l'obligation d'agir d'une personne publique inférieure si celle-ci refuse d'agir. Mais elle ne peut être mise en œuvre que si un texte la prévoit¹⁶⁷⁹. En outre, l'autorité substituante ou supérieure demeure libre d'user de son pouvoir de substitution. Ces deux restrictions ne sont pas de nature à favoriser l'exécution de toutes les obligations d'agir en cas d'abstention des personnes publiques compétentes.

Dès lors, l'élargissement du champ d'application de la substitution et la transformation de son usage facultatif en obligation peuvent faire progresser

¹⁶⁷⁹. Voir B. PLESSIX, « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », art. précité, pp. 583, 586, 612 & s.

l'état du droit. Le seul inconvénient réside dans le fait que l'élargissement des hypothèses de substitution et le caractère obligatoire de son exercice réduiront l'autonomie des personnes publiques locales, un résultat qui serait contraire à l'objectif de la décentralisation.

La solution qui paraît la plus adaptée serait de concevoir une institution dont la mission serait de contraindre les personnes publiques à exécuter les jugements rendus en matière d'obligations d'agir. L'exercice de ce rôle pouvant générer ou aggraver les tensions existant entre le juge et la personne publique, il conviendrait de l'attribuer à une autorité administrative indépendante portant par exemple le nom de commission d'exécution des jugements. Cet organe serait doté de moyens efficaces. Sa mission consisterait à veiller à ce que les personnes publiques se conforment aux jugements en général et, à ceux rendus en matière d'obligation d'agir tout particulièrement.

Cette solution ne porte pas atteinte à l'autonomie des personnes publiques quelles qu'elles soient car l'intervention de la commission se fait après la décision de justice emportant obligation d'agir, et non avant comme c'est le cas en matière de substitution. En l'absence d'une telle institution, cette fonction incombe actuellement au médiateur de la République. Toutefois, il convient de souligner que celui-ci n'a de pouvoirs que celui de faire publier les cas d'inexécution d'obligations d'agir au journal officiel, un pouvoir dénué par conséquent de tout effet contraignant.

Les problèmes que soulève l'obligation d'agir des personnes publiques sont multiples. Cette recherche ne prétend pas avoir apporté des solutions définitives à ceux qui ont été abordés.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux et manuels

- BACHELARD (G.) : « La formation de l'esprit scientifique », Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1975c, 2000.
- BONNARD (R.) : « *Précis de droit administratif, partie générale* », Librairie du recueil Sirey, Paris, 1935.
- BRISSON (J.-F.) et ROUYERE (A.) : « *Droit administratif* », Montchrestien, Paris, 2004.
- CHAPUS (R.) : « *Droit administratif général* », t1, Montchrestien, Paris, 15^{ème} éd. 2001.
- CHAPUS (R.) : « *Droit du contentieux administratif* », Montchrestien, Paris, 11^{ème} éd. 2004.
- COMBACAU (J) et SUR (S) : « *droit international public* », Montchrestien, Paris, 6^{ème} ed. 2004.
- CORNU (G.) : « *Vocabulaire juridique* », 7^{ème} éd. 1998, P.U.F.
- DAILLIER (P.), PELLET (A.) et NGUYEN QUOC (D.), : « *Droit international public* », L.G.D.J., 7^{ème} éd. 2002.
- DEBBASCH (C.), COLIN (F.) : « *Droit administratif* », Economica, 7^{ème} éd. 2004.
- DEBBASCH (C.), RICCI (J.-C.) : « *Contentieux administratif* », Dalloz, Paris, 8^{ème} éd. 2001.
- DEMOGUE (R.) : « *Traité des obligations en général-Effets des obligations* », t6, 1931.
- DUGUIT (L.) : « *Traité de droit constitutionnel* », t1, 3^{ème} éd. 1927.
- DUGUIT (L.) : « *Traité de droit constitutionnel* », t3, 3^{ème} éd. 1930.
- DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J.) & CHRETIEN (P.) : « *Droit administratif* », Armand Colin, Paris, 9^{ème} éd. 2004.
- DUPUY (P.-M) : « *Droit international public* », Dalloz, Paris, 7^{ème} éd. 2004.
- DUPUY (P.-M) : « *Les grands textes de droit international public* », Dalloz, Paris, 4^{ème} éd. 2004, p. 314.
- DWORKIN (R.) : « *Une question de principe* », puf., Paris, 1996.
- EISENMANN (C.) : « *Cours de droit administratif* », t1 et t2, L.G.D.J., Paris, 1983.
- FABRE-MAGNAN (M.) : « *Les obligations* », Puf, 2004.
- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.) : « *Les grandes décisions du conseil constitutionnel* », Dalloz, 12^{ème} éd. 2003.
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.) et al.: « *Droit constitutionnel* », Dalloz, 5^{ème} éd. 2002.
- FAVRET (J.-M.) : « *Droit et pratique de l'Union européenne* », Gualino éditeur, Paris, 4^{ème} éd. 2003.

- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.) : « *Les obligations : l'acte juridique* », Armand Colin, 11^{ème} éd. 2004.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.) : « *Les obligations : le rapport d'obligation* », Armand Colin, 3^{ème} éd. 2004.
- FOILLARD (P.) : « *Droit administratif*, éd. Paradigme, Orléans, 9^{ème} éd. 2004.
- FRIER (P.-L.) : « *Précis de droit administratif* », Montchrestien, 3^{ème} éd. 2004.
- GAUDEMET (Y.) : « *Traité de droit administratif* », t1, L.G.D.J., Paris, 16^{ème} éd. 2001.
- GUETTIER (C.) : « *Droit administratif* », Montchrestien, 2^{ème} éd. 2000.
- HAURIOU (M.) : « *Précis de droit administratif et de droit public* », 8^{ème} éd. 1914.
- HOBBS (T.) : « *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* », Sirey, 1971.
- JACQUE (J.-P.) : « *Droit institutionnel de l'Union européenne* », Dalloz, Paris, 3^{ème} éd. 2004.
- JANKELEVITCH (V.) : « *Le Je-ne-sais-quoi et le Presque-rien : la volonté de vouloir* », vol. 3, éd. Seuil 1980.
- KANT (E.) : « *Œuvres philosophiques : III, Les derniers écrits* », GALLIMARD, 1986.
- KELSEN (H.) : « *Théorie pure du droit* », Dalloz, Paris, 1962.
- LAUBADERE de (A.) : « *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* », Paris, 1956.
- LAUBADERE de (A.), MODERNE (F.), DELVOLVE (P.) : « *Traité des contrats administratifs* », t1, L.G.D.G., 2^{ème} éd. 1983.
- LAUBADERE de (A.), MODERNE (F.), DELVOLVE (P.) : « *Traité des contrats administratifs* », t2, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1984.
- LAUBADERE (A. de), VENEZIA (J.-C.) et GAUDEMET (Y.) : « *Droit administratif* », L.G.D.J., Paris, 17^{ème} éd. 2002.
- LEBRETON (G.) : « *Droit administratif général* », Armand Colin, Paris, 3^{ème} éd. 2004.
- LOMBARD (M.) et DUMONT (G.) : « *Droit administratif* », Dalloz, Paris, 5^{ème} éd. 2003.
- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.) : « *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* », Dalloz, Paris, 14^{ème} éd. 2003.
- MACHIABEL (N.) : « *Le prince, Discours, La Mandragore* », éd. Rencontre Lausanne, 1982.
- MANIN (P.) : « *Les communautés européennes, l'Union européenne* », 5^{ème} éd. 1999, Pédone, Paris.
- MASCLET (M.-C.) : « *Les grands arrêts de droit communautaire* », Que sais-je, P.U.F., 2^{ème} éd. 2003.
- MATHIEU (B.) et VERPEAU (M.) : « *Droit constitutionnel* », Puf, Paris, 1^{ère} éd. 2004.

- MONIER (R.) : « *Cours de Pandectes (Histoire de la notion d'obligation et de la classification des obligations d'après leurs sources)* », Paris, 1948-49, Polycopiés.
- MONIN (M.) : « *Arrêts fondamentaux du droit administratif* », Ellipses, 1995.
- MONTESQUIEU : « *De l'esprit des lois* », t1, éd. Garnier Frères, 1973.
- MOREAU (J.), ASTIE (P.), AUBY (J.-M.) et al. : « *Droi public* », Economica, t1, 3^{ème} éd. 1995.
- MOREAU (J.), ASTIE (P.), AUBY (J.-M.) et al. : « *Droi public* », Economica, t2, 3^{ème} éd. 1995.
- MORIN (G.) : « *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté* », Librairie Félix Alcan, Paris, 1927.
- PEISER (G.) : « *Contentieux administratif* », Dalloz, 12^{ème} éd. 2001.
- RICOEUR (P.) : « *Le juste* », éd. Esprit, Paris, 1995.
- RIPERT : « *Les forces créatrices du droit* », L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1955.
- RIVERO (J.), WALINE (J.) : « *Droit administratif* », Dalloz, 19^{ème} éd. 2002.
- ROUSSEAU (J.-J.) : « *Du contrat social* », éd. Garnier Frères, Paris, 1975.
- ROUSSILLON (H.) : « *Le Conseil constitutionnel* », Dalloz, Paris, 5^{ème} éd. 2004.
- SEILLER (B.) : « *Droit administratif :1- les sources et le juge* », Flammarion, Paris, 2001.
- SEILLER (B.) : « *Droit administratif :2- l'action administrative* », Flammarion, Paris, 2001.
- SPINOZA : « *Traité politique* », Librairie Générale Française, 2002.
- VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.) : « *Droit administratif* », t1, P.U.F. 2001.
- VENEZIA (J.-C.) et LAUBADERE (A. de) : « *Traité de droit administratif* », t3, L.G.D.J., Paris, 6^{ème} éd. 1997.

Ouvrages spéciaux et thèses

- BAPAUME (T.) : « *Le pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs* », mémoire de D.E.A., Toulouse, 1995.
- BELAID (S.) : « *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge* », L.G.D.J., Paris, 1974.
- BELTRAME (P) : « *La fiscalité en France* », Hachette, 10^{ème} éd. 2004.
- BERBARI (M.), BRIAND (S.), CALLON (J.-E.) et al. : « *Délégations de service public* », Litec, 2000.
- BERNARD-DOUCHEZ (M.-H.) : « *Recherche sur la coopération entre personnes publiques* », th. Toulouse, 1979.
- BERTHE (B.) : « *Les causes exonératoires dans le contentieux administratif de la responsabilité* », th. Toulouse, 1998.

- BOURCIER (D.) et TAUZIAC (V.) : « *Du standard technique à la norme juridique : impacts et enjeux* », rapport publié par le ministère de la justice, 1995.
- BOUVIER (M.) : « *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt* », L.G.D.J., 6^{ème} éd. 2004.
- BRACONNIER (S.) : « *Droit des services publics* », P.U.F., Paris, 2003.
- CASSIA (P.) : « *Les référés administratifs d'urgence* », L.G.D.J., Paris, 2003.
- CHAPUS (R.) : « *Responsabilité publique et responsabilité privée* », L.G.D.J., 1957.
- CHARLES (C.) : « *Le juge administratif, juge administrateur* », th. Toulouse, 2003.
- CHAVRIER (G.) : « *La caducité des actes juridiques en droit français* », th. Paris II, 1997.
- CHEVALLIER (J.) : « *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active* », L.G.D.J., 1970.
- CHEVALLIER (J.) : « *L'Etat de droit* », La documentation française, n° 898, mars 2004.
- CHEVALLIER (J.) : « *L'Etat de droit* », Montchrestien, Paris, 4^{ème} éd. 2003.
- CLIQUENNOIS (M.) : « *Les centres de vacances et de loisirs pour enfants* », th. Lille, 1984
- COMPARATO (F.-K.) : « *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé* », th. Paris, Dalloz, 1963.
- CONAC (G.), PRETOT (X.), TEBOUL (G.) et al. : « *Le préambule de la constitution de 1946 : histoire, analyse et commentaire* », Dalloz, 2001.
- COULIBALY (A.) : « *L'interprétation dans le droit (Essai sur la rationalité juridique)* », th. Toulouse, 1992.
- CROUZATIER (J.-M.) : « *Les institutions politiques françaises de 1789 à nos jours* », Publisud, Paris, 1986.
- CROUZATIER-DURAND (F.) : « *Recherches sur la fin de l'acte administratif unilatéral* », th. Toulouse, 2002.
- DELAIRE (Y.) : « *La délégation des services publics locaux* », Berger-Levrault, 2002.
- DIACONU (I.) : « *Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (jus cogens)* », th. Genève, Bucarest, 1971.
- DORLENCOURT-DETRAGIACHE (D.) : « *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français* », Paris II, 1972.
- DOUENCE (J.-C.) : « *Recherche sur le pouvoir réglementaire de l'administration* », 1968.
- DUEZ (P.) : « *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* », Librairie Dalloz, Paris, 1927.
- DUSSART (V.), ESPLUGAS (P.) et al. : « *L'ordonnance du 2 janvier 1959 : 40 ans après* », Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2000

- ESSONO OVONO (A.) : « *Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français* », th. Toulouse, 2000.
- FERRAND (C.) : « *L'évolution du contentieux de l'acte détachable du contrat et la distinction des contentieux (en attendant une révolution)* », mémoire de D.E.A., Toulouse, 1995-1996.
- GAUDEMET (Y.) : « *Les méthodes du juge administratif* », th.1972.
- GOMAA (N.M.K.) : « *Théorie des sources de l'obligation* », th. Paris, 1968.
- GUETTIER (C.) : « *Droit des contrats administratifs* », P.U.F, Paris, 2004.
- GUGLIELMI (G.) : « *Introduction au droit des services publics* », L.G.D.J., 1994.
- GUIAVARC'H (G.) : « *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes* », th. Rennes I, 1995.
- HECQUARD-THERON (M.): « *Essai sur la notion de réglementation* », th. Toulouse, L.G.D.J., Paris, 1977.
- JEANNEAU : « *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », Sirey, 1954.
- KOUBI (G.), CHEVALLIER (J.), MERCUZOT (B.) et al.: « *Le préambule de la constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques* », P.U.F. 1996.
- LACHAUME (J.-F.), BOITEAU (C.), PAULIAT (H.) : « *Droit des services publics* », 3^{ème} éd. 2004, Armand Colin.
- LE BOS-LE POURHIET (A.-M.) : « *Les substitutions de compétence en droit public* », th. Paris I, 1983.
- MAZERES (J.-A.) : « *L'acte unilatéral et la décision exécutoire* », cours de D.E.A., inédits, 1997-98.
- MESCHERIAKOFF (A.-S.): « *Droit des services publics* », P.U.F, 2^{ème} éd. 1997.
- MONTANE de la ROQUE (P.) : « *L'inertie des pouvoirs publics* », Toulouse, 1948.
- MORAND-DEVILLER (J.) : « *Cours de droit administratif des biens* », Montchrestien, 3^{ème} éd. 2003.
- MOREAU (J.) : « *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative* », th., L.G.D.J., Paris, 1957.
- MOREAU (J.) : « *La responsabilité administrative* », Que sais-je, P.U.F, 2^{ème} éd. 1995.
- PAILLET (M.) : « *La faute du service public en droit administratif français* », L.G.D.J., 1980.
- PEQUIGNOT (G.) : « *Théorie générale du contrat administratif* », th. Paris, 1945.
- PY (P.) : « *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux* », th. L.G.D.J., 1976.

- RAIMBAULT (P.) : « *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français* », th. Toulouse, 2002.
- RIALS (S.) : « *Le juge administratif et la technique du standard* », Paris, 1980.
- RICHER (L.) : « *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* », Economica, Paris, 1978.
- RICHER (L.) : « *Droit des contrats administratifs* », L.G.D.J., 4^{ème} éd. 2004.
- SCHULTZ (P.) : « *Eléments du droit des marchés publics* », L.G.D.J., 3^{ème} éd. 2002.
- TERNEYRE (P.) : « *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif* », Economica, 1989.
- THERON (J.-P.) : « *Recherche sur la notion d'établissement public* », th. Toulouse, L.G.D.J., Paris, 1976.
- THERON (J.-P.) : « *La responsabilité administrative* », Cours de D.E.A., inédits, 1993-94.
- THERON (S.) : « *La notion de condition, contribution à l'étude de l'acte administratif* », th. Toulouse, l'Harmattan, 2001.
- TROPER (M.) : « *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* », L.G.D.J., Paris, 1980.
- VIEILLEVILLE (J.) : « *Les risques de gestion des collectivités territoriales* », Dalloz, 1994.
- WEIL (P.) : « *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* », th. Paris, 1952.

Articles

- AUBY (J.-B.) : « *Observations sur certaines conséquences de la non transposition des directives communautaires* », D.A., fasc. 104, février 1992.
- AUBY (J.-M.) : « *Directives communautaires : articulations entre les conditions d'invocabilité et le droit à réparation devant le juge national* », R.J.F., 1996, n° 12, p. 799.
- AUBY (J.-M.) : « *L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois* », J.C.P., 1953-I-1080.
- AUSTRY (S.) : « *L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux* », R.D.P., 1959, p. 431.
- BAILLY (M.) : « *L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983* », R.D.P., 1985, p. 1513.
- BARTHELEMY : « *L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution dans le droit public* », R.D.P., 1912, p. 505.
- BERTRAND (C.) : « *La responsabilité des Etats membres en cas de non transposition des directives communautaires* », R.D.P., 1994, p. 1507.

- BEURDELEY (L.) : « *La responsabilité extra-contractuelle des communes liée au fonctionnement des centres de loisirs, Centres de vacances en gestion directe* », Rev. Adm. 1993, p. 331.
- BON (P.) : « *Un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique* », R.D.P., 1981, p. 5.
- BONICHOT (J.-C.) : « *Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen* », A.J.D.A., n° spécial juillet-août 1999, p. 86.
- BONNARD : « *Les droits subjectifs des administrés* », R.D.P., 1932, p. 695.
- BORGETTO (M.) : « *Contribution au « préambule de la constitution de 1946 ; histoire, analyse et commentaires »* », Dalloz 2001, p. 140.
- BRAIBANT (G.) : « *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir* », E.D.C.E., 1961, n° 15, p. 53 & s.
- BRAIBANT (G.) : « *Les nouvelles fonctions du Conseil d'Etat* », Rev. Admin., 1987, p. 415.
- BRETON (J.-M.) : « *L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois. A propos de quelques décisions récentes du juge administratif* », R.D.P., 1993, p. 1749.
- CHABANOL (L.) : « *Contrôle de légalité et liberté de l'administration* », A.J.D.A.1984, p. 14.
- CHAPUS (R.) : « *De la valeur juridique des principes généraux du droit* », D.1966, p. 99.
- CHEVALLIER (J.) : « *L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur* », A.J.D.A., 1972, p. 67.
- CHEVALLIER (J.) : « *L'obligation en droit public* », in « *L'obligation* », A.P.D., t44, Dalloz, Paris, 2000, p. 179.
- COUZINET (J.-F.) : « *La notion de faute lourde administrative* », R.D.P., 1977, p. 283 & s.
- DAL FARRA (T.) : « *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité. Etude comparée des conceptions de la Cour de justice des communautés européennes et du Conseil d'Etat* », R.T.D.E., 1992, p. 631.
- De BECHILLON (M.) : « *L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat* », R.D.P., 1991, p. 631.
- De GASTINES (L.) : « *La responsabilité extracontractuelle des personnes morales publiques* », R.D.P., 1992, p. 135.
- DELBEZ : « *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité* », R.D.P., 1932, p. 441.
- DEMOUVEAUX (J.-P.) & LAMORLETTE (B.) : « *Responsabilité en matière d'urbanisme* », Juris cl. admin., fasc 870 (1998).
- DRAGO (R.) : « *La notion d'obligation : droit public et droit privé* » in « *L'obligation* », A.P.D., t44, Dalloz, Paris, 2000, p. 43.

- DUBOUIS (L.) : « *Le juge administratif français et les règles de droit international* », A.F.D.I. 1971, p. 19-21.
- DUEZ (P.) : « *Le développement jurisprudentiel de la responsabilité de la puissance publique* », Rev. Critique de législation et de jurisprudence, 1925, p. 588.
- DUGUIT : « *De la situation des particuliers à l'égard des services publics* », R.D.P. 1907, p. 419.
- DURAND (P.) : « *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel* », R.T.D. civ., 1944, p. 79.
- DURAND (P.) : « *Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat* », R.T.D. civ., 1948, p. 155.
- DURR (D.) : « *Les contrats à clauses obligatoires* », L.P.A., 21 juillet 1989, n° 87, p. 10.
- FERRARI (P.) : « *« Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations » : commentaire général de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000* », A.J.D.A. 2000, p. 471.
- FINES (F.) : « *Nouvelles incidences des directives communautaires sur le droit public français* », R.D.P. 1992, p. 1480.
- FLOGAITIS (S.) : « *Contrat et acte administratif unilatéral* », Mél. Braibant, Dalloz, 1996, p. 229.
- GENEVOIS (B.) : « *Le conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires (à propos de la décision n° 89-260 DC et 89-261 DC du 26 juillet 1989)* », R.F.D.A., 1989, p. 671.
- GLELE (M.) : « *Le recours contre une décision administrative négative* », A.J.D.A., 1970, p. 18.
- GOUAUD (C.) : « *La loi du 16 juillet 1980 et le Conseil d'Etat, ou la volonté du législateur face au pouvoir du juge administratif* », L.P.A., 17-02-1989, p. 4.
- GUETTIER (C.) : « *Exécution des jugements* », Juris cl. admin., n° 8, fasc. 1112, 1995.
- GUETTIER (C.) : « *Injonction et astreinte* », Juris cl. admin., fasc. 1114, 1997.
- GUIBAL (M.) : « *Le retard des textes d'application des lois* », R.D.P., 1974, p. 1039.
- HANICOTTE (R.) : « *Le juge face au retard des textes d'application* », R. D.P. 1986, p. 1667.
- HARLOW (C.) : « *Pouvoir discrétionnaire et responsabilité du gouvernement* », rapport présenté au 25^{ème} colloque de droit européen consacré au « Pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de responsabilité », Oxford, 27-29 septembre 1995, p. 165.
- HAURIOU (M.), de BEZIN (G.) : « *La déclaration de volonté dans le droit administratif français* », R. T. D. civ. 1903, p. 541 et p. 543.
- HUET (J.) : « *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée* », Etudes offertes à J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 431.

- ISRAËL (J.-J.) : « *Contribution au « préambule de la constitution de 1946 ; histoire, analyse et commentaires »* », Dalloz 2001, p. 221.
- JEZE (G.) : « *Appréciation pour les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir*», R.D.P., 1943, p. 1.
- JEZE (G.) : « *Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public* », R.D.P., 1905, p. 764.
- JEZE (G.) : « *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel*», R.D.P., 1913, p. 437.
- JEZE (G.) : « *Essai d'une théorie générale sur le fonctionnement des services publics*», R.D.P., 1912, p. 26.
- JEZE (G.) : « *Essai de théorie générale de compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public*», R.D.P., 1923, p. 58.
- JEZE (G.) : « *La responsabilité de l'administration dans la réparation des dommages causés par l'administration pour refus de faire cesser l'occupation des usines par des ouvriers grévistes*», R.D.P., 1936, p. 498.
- JEZE (G.) : « *Théorie générale des motifs déterminants*», R.D.P., 1922, p. 377.
- JOSSERAND (L.) : « *L'essor moderne du concept contractuel*», Mél. Geny, II, Sirey, 1934, p. 333.
- KERNINON (J.) : « *L'obligation pour l'autorité administrative de prendre réellement ses décisions*», Rev. admin., 1981, p. 479.
- KLOEPFER (W.) : « *Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle* », A.J.D.A. 2003, p., 585.
- KORNPORST (B.) : « *La compétence liée*», R.D.P., 1961, p. 935.
- KOUËVI (A.) : « *L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie*», A.J.D.A. 2000, p. 393.
- KOVAR (R.) : « *Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire*», D. 1992, I, p. 207.
- LASRY (C.), GEORGE (G.-H.) : « *Responsabilité de la puissance publique*», Encyclopédie Dalloz, t2, 1959, p. 783.
- LE BERRE (J.-M.) : « *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration*», A.J.D.A., 1979, n° 2, p. 14.
- MARCHESSOU (P.) : « *La responsabilité de la puissance publique à l'occasion des incendies* », R.D.P., 1980, p. 735.
- MARIE (L.) : « *De l'insuffisance du recours pour excès de pouvoir en tant que recours juridictionnel*», R.D.P., 1901, t16, p. 495.
- MARILLIA (G.-D.) : « *La responsabilité des communes et des autres collectivités publiques en matière de ski*», J.C.P., 1987, I, n° 3285.
- MASSOT (J.) : « *Décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir* », Mél. Braibant, Dalloz, 1996, p. 521
- MAZERES (J.-A.) : « *La responsabilité de la puissance publique du fait des services d'intervention économique*», Ann. Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1971, p. 33.

- MELLERAY (F.) : « *L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales* », A.J.D.A. 2005.
- MESCHERIAKOFF (A.-S.) : « *La compétence liée permet-elle à l'administration de violer la loi ?* », Rev. Admin., 1984, p. 575.
- MOREAU (J.) : « *Responsabilité en matière de services sociaux* », Juris cl. admin., fasc. 876 (1993).
- PERITCH (J.-M.) : « *Quelques observations sur le problème des sources du droit et la fonction de la loi* », Mél. Geny, II, Sirey, 1934.
- PERREAU (E.-H.) : « *Une évolution vers un statut légal des contrats* », Mél. Geny, II, Sirey, 1934, p. 354.
- PLESSIX (B.) : « *Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action* », R.D.P. 2003, p. 579.
- PUYBASSET et PUISSOCHET : « *Compétence liée-Intervention de mesures d'application-Responsabilité de l'Etat* », A.J.D.A. 1964, p. 678.
- QUERMOME : « *Le droit public prétorien de la grève* », D. 1959, p. 13.
- RAINAUD (J.-M.) : « *Le contrat administratif : volonté des parties ou loi de service public ?* », R.D.P., 1985, p. 1183.
- REGOURD (S.) : « *L'article 55 de la Constitution et les juges. De la vanité de la clause de réciprocité* », R.G.D.I.P., 1983, p. 780.
- RIVERO (J.) : « *Le juge administratif, un juge qui gouverne ?* », D., 1951, p. 21.
- RIVERO (J.) : « *Le Huron au palais royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir* », D., 1962, chronique, p. 37.
- ROCHE (J.) : « *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence. A propos de la soumission au droit des règlements autonomes* », A.J.D.A., 1962, p. 532.
- ROMI (R.) : « *La responsabilité pour carence des autorités de police administrative* », L.P.A., 10 décembre 1986, n° 148, p. 28.
- SABOURIN (P.) : « *La lecture par le Conseil d'Etat de la directive communautaire* », C.J.E.G., 1992, p. 525.
- SEILLER (B.) : « *L'illégalité sans l'annulation* », A.J.D.A. 2004, p. 963.
- SEILLER (B.) : « *Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire* », A.J.D.A. 2004, p. 761.
- SIMON (D.) : « *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?* », A.J.D.A., 1993, p. 235.
- SOTO de (J.) : « *Responsabilité de la puissance publique* », R.D.P. 1969, p. 534.
- SOTO de (J.) : « *Responsabilité de la puissance publique* », R.D.P. 1984, p. 821.
- STIRN (B.) : « *Le Conseil d'Etat et le droit communautaire, De l'application à l'élaboration* », A.J.D.A. 1993, p. 244.
- TERCINET (J.) : « *Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration ?* », A.J.D.A., 1981, p. 3 & s.

- THERON (J.-P.) : « *Responsabilité pour trouble anormal du voisinage en droit public et en droit privé* », J.C.P. 1976, I, n° 2802.
- TIMSIT (G.) : « *Compétence liée et principe de légalité* », D. 1964, p. 217 & s.
- TRUCHET (D.) : « *L'autorité de police est-elle libre d'agir ?* », A.J.D.A. 1999, n° spécial juillet-août, p. 81.
- TUNC : « *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence* », J.C.P., 1945, p. 449.
- VIDAL : « *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative* », R.D.P., 1952, p. 275.
- VIGNES (C.) : « *Le pouvoir de substitution* », R.D.P., 1960, p. 753.
- VINCENT (F.) : « *Responsabilité en matière de police* », Juris cl. Admin., fasc. 912 (2001).
- VIRALLY : « *Le C.E. et les traités internationaux* », J.C.P., 1953-I-1098.
- WALINE (M.) : « *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* », Mél. G. Scelle, L.G.D.J., 1950, t2, p. 613.
- WALINE (M.) : « *Le mauvais vouloir manifeste de l'administration à exécuter une décision du Conseil d'Etat* », R.D.P., 1963, p. 279.
- WOEHLING (J.-M.) : « *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France* », Rev. Admin., n° spécial 7-1999 intitulé « Les juridictions administratives dans le monde France-Allemagne », p. 75.
- ZALMA (G.) : « *Patere regulam quam fecisti ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux* », R.D.P., 1980, p. 1099.

Conclusions

- ANTOINE (B.) : Conclusions sur C.E., 23 octobre 1959, « *Doublet* », R.D.P., 1959, p.1235.
- ARRIGHI de CASANOVA (J.) : Conclusions sur C.E., 17 mars 1993, « *Groupement pour le développement de la Coiffure* », R.J.F. 5/93, n° 640, p. 363.
- BACQUET : Conclusions sur C.E. ass., 22 décembre 1982, « *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne (S.F.E.N.A.)* », R.D.P. 1983, p. 487.
- BERTRAND : Conclusions sur C.E. sect., 8 octobre 1965, « *Marfing* », Rec., p. 497.
- BISSARA (P.) : Conclusions sur C.E. sect., 21 janvier 1983, « *Ville de Bastia* », Rec., p. 21.
- BLUM : Conclusions sur C.E., 16 juillet 1918, « *Epoux Lemonnier* », Rec., p. 761.
- BONICHOT : Conclusions sur C.E., 12 décembre 1986, « *Rebora* », Rec., p. 281.

- BOYON (M.) : Conclusions sur C.E., 13 mai 1983, « *Lefèvre* », A.J.D.A. 1983, p. 476.
- CHAHID-NOURAI (N.) : Conclusions sur C.E. ass., 3 février 1989, « *Compagnie Alitalia* », R.F.D.A. 1989, p. 391.
- CHAHID-NOURAI (N.) : Conclusions sur C.E. sect., 27 juillet 1990, « *Bourgeois* », R.F.D.A. 1990, p. 899.
- CHARDEAU : Conclusions sur C.E., 6 mai 1955, « *Société des grands travaux de Marseille* », A.J.D.A. 1955, II, p. 317.
- CHAUVAUX (D) : Conclusions sur C.E., 25 novembre 1998, « *Cgie Luxembourgeoise de télédiffusion* », A.J.D.A. 1999, p. 54.
- CHIAVERINI (P.) : Conclusions sur T.A. de Bastia, 3 juillet 1997, « *Commune de saint-Florent* », L.P.A septembre 1997, n° 109
- COLLIER (R.) : Conclusions sur T.A de Strasbourg, 22 avril 2004, « *Durringer* », A.J.D.A. 2004, p. 1666.
- COMBARNOUS (M.) : Conclusions sur C.E., 24 avril 1964, « *Société anonyme de livraisons industrielles et commerciales* » dite Société L.I.C., A.J.D.A. 1964, p. 308.
- CORNEILLE : Conclusions sur C.E., 8 août 1919, « *Tosca* », Rec., p. 740.
- DAUSSUN (A.) : Conclusions sur C.E., 6 janvier 1999, « *Lavaurs* », A.J.D.A. 1999, p. 443.
- DELVOLVE : Conclusions sur C.E. 1^{er} décembre 1950, « *Du Garreau de la Méchenie* » (1^{ère} espèce) et « *Carbonnier & autres* », (2^{ème} espèce), S. 1951, III, p. 41, Col. 1.
- DENIS-LINTON (M.) : Conclusions sur C.E., 6 mai 1991, « *Société Automobiles Citroën* », Dr. Soc. 1991, p. 940.
- DENIS-LINTON (M.) : Conclusions sur C.E., 11 mars 1994, « *Soulat et Boivin* », A.J.D.A. 1994, p. 387.
- DETTON : Conclusions sur C.E., 24 novembre 1933, « *Zénard* », D. 1936, III, p. 36.
- DUTHEILLET de LAMOTHE: Conclusions sur C.E., 7 décembre 1984, « *Fédération française des sociétés de protection de la nature* », R.T.D.E. 1985, p. 187.
- FORNACCIARI (M.) : Conclusions sur C.E. sect., 8 mars 1991, « *Bodié* », A.J.D.A. 1991, p. 463.
- FOURNIER (J.): Conclusions sous C.E., 26 juin 1959, « *Syndicat général des ingénieurs conseils* », R.D.P. 1959, p. 1004.
- FRYDMAN (P.): Conclusions sur C.E. ass., 20 octobre 1989, « *Nicolo* », Rev. crit. int. Pr. 1990, p. 125.
- GALABERT (J.-M.): Conclusions sur C.E., 22 février 1980, « *Pourfillet* », A.J.D.A. 1980, p. 487.
- GENEVOIS (B.) : Conclusions sur C.E., 27 mai 1977, « *S.A Victor Delforge* », Rec., p. 252.

- GENEVOIS (B.): Conclusions sur C.E. ass., 22 décembre 1978, « *Cohn-Bendit* », D. 1979, p. 155.
- GENEVOIS (B.): Conclusions sur C.E., 25 mai 1979, « *Mme Rabut* », Rec., p. 231.
- GOULARD (G.) : Conclusions sur C.E. sect., 29 décembre 1997, « *Commune d'Arcueil* », R.F.D.A, 1998, p 97.
- GOULARD (G.) : Conclusions sur C.E., 30 octobre 1996, « *SA Cabinet Revert et Badelon* » (1^{ère} espèce) et « *Jacques Dangeville* » (2^{ème} espèce), R.J.F., n° 12, 1996, p 809.
- GREVISSE : Conclusions sur C.E. ass., 8 juin 1973, « *Dame Peynet* », Rec., p. 406.
- GUALENI : Conclusions sur T.A de Rennes, 28 septembre 1995, « *Jehan et autres* », L.P.A. avril 1996, n° 48.
- GUILLAUME (G.) : Conclusions sur C.E., 20 octobre 1972, « *Marabout* », A.J.D.A. 1972, p. 625.
- GUIONIN : Conclusions sur C.E., 28 décembre 1949, « *Société des automobiles Berliet* », S. 1951, III, p. 1.
- HAGELSTEEN (M.-D.) : Conclusions sur C.E. ass., 22 octobre 1979, « *Union démocratique du travail* », R.D.P. 1980, p. 531.
- HAGELSTEEN (M.-D.) : Conclusions sur C.E. ass., 22 décembre 1989, « *Cercle militaire mixte de la caserne Mortier* », A.J.D.A. 1990, p. 328
- HEUMANN : Conclusions sur C.E. ass., 24 juin 1960, « *Société Frampar* », R.D.P. 1960, p. 815.
- HUBAC (S.) : Conclusions sur C.E. ass., 8 avril 1998, « *Société Serc Fun Radio* », Rec., p. 138.
- JEANNENEY : Conclusions sur C.E., 20 octobre 1985, « *Jeissou* », A.J.D.A. 1986, p. 40.
- JOSSE : Conclusions sur C.E., 30 mai 1930, « *Chambre syndicale du Commerce en détail de Nevers* », R.D.P. 1930, p. 530.
- JOSSE : Conclusions sous C.E., 18 juillet 1930, « *Cie P.L.M.* », Rec., p. 753.
- JOUVIN (B.) : Conclusions sur C.E. ass., 7 mars 1958, « *Dejous* », R.D.P. 1958, p. 1087.
- KESSLER (D.) : Conclusions sur C.E., 7 avril 1993, « *Mme Bastien* », R.F.D.A. 1994, p. 57.
- LABETOULLE (D.) : Conclusions sur C.E. ass., 3 mars 1978, « *Lecoq* », A.J.D.A. 1978, p. 581.
- LABETOULLE (D.) : Conclusions sur C.E. sect., 23 avril 1982, « *Ville de Toulouse c. Aragnou* », Rec., p. 152.
- LAMY : Conclusions sur C.E. sect., 20 décembre 2000, « *Ouatah* », R.F.D.A. 2001, p. 371.
- LAROQUE (M.) : Conclusions sur C.E., 24 septembre 1990, « *Boisdet* », L.P.A. 1990, n° 123, p. 15.

- LATOURNERIE (D.) : Conclusions sur C.E., 23 janvier 1931, « *Sieur Garcin* », S. 1931, III, p. 97.
- LATOURNERIE (D.) : Conclusions sur C.E., 13 mai 1938, « *Caisse primaire Aide et Protection* », R.D.P. 1938, p. 830.
- LATOURNERIE (D.) : Conclusions sur C.E., 22 juillet 1938, « *Verchère* », R.D.P. 1938, p. 822.
- LAURENT : Conclusions sous C.E., 16 novembre 1956, « *Union syndicale des industries aéronautiques* », D. 1956, p. 759.
- LEGAL (H.) : Conclusions sur C.E. ass., 10 avril 1992, « *Epoux V* », R.F.D.A. 1992, p. 571.
- LEGAL (H.) : Conclusions sur C.E. ass., 23 octobre 1992, « *Diermert* », D. 1992, p. 511.
- LONG (M.) : Conclusions sur C.E. sect., 19 octobre 1956, « *Dalmasso* », D. 1956, J., p. 64.
- MARTIN (P.) : Conclusions sur C.E., 18 mars 1994, « *SATAM* », R.J.F. 5/94, n° 542, p. 298.
- MASSOT (J.) : Conclusions sur C.E. ass., 8 avril 1987, « *Peltier* », Rec., p. 128.
- MASSOT (J.) : Conclusions sur C.E., 23 octobre 1987, « *Soc. Nachfolger Navigation Compagny Ltd & autres* », R.F.D.A. 1987, 963.
- MATTER : Conclusions sous T.C., 22 janvier 1921, « *Société Commerciale de l'Ouest africain* », D. 1921-3-1.
- MAUGÜE (C.) : Conclusions sur C.E. sect., 23 juin 1995, « *S.A. Lilly France* », R.F.D.A. 1995, p. 1037.
- MAUGÜE (C.) : Conclusions sur C.E. ass., 26 juillet 1996, « *Association lyonnaise de protection des locataires* », R.F.D.A. 1996, p. 776.
- MAUGÜE (C.) : Conclusions sur C.E. ass, 28 mars 1997, « *Union des associations familiales* », R.F.D.A. 1998, p. 165.
- MAUGÜE (C.) : Conclusions sur C.E., 12 juin 1998, « *SARL Compagnie téléphonique* », L.P.A. 28 décembre 1999.
- MOREAU (Y.) : Conclusions sur C.E., 27 janvier 1989, « *Chrun* », R.F.D.A. 1989, p. 751.
- MOSSET : Conclusions sur C.E., 16 mars 1956, « *Epoux Domenech* », Rec., p. 126.
- PAUTI (J.-M.) : Conclusions sur C.E., 2 juillet 1982, « *Conseil national de l'Ordre des architectes et autre* », A.J.D.A. 1983, p. 30.
- PAUTI (J.-M.) : Conclusions sur C.E. sect., 17 mai 1985, « *Menneret* », Rec., p. 149.
- QUESTIAUX (N.) : Conclusions sur C.E. ass., 10 janvier 1964, « *Syndicat national des cadres des bibliothèques* », R.D.P. 1964, p. 459.
- QUESTIAUX (N.) : Conclusions sur C.E. sect., 1 mars 1968, « *Syndicat général des fabricants de semoule de France* », A.J.D.A. 1968, p. 235.
- RIVET : conclusions sur C.E., 13 novembre 1925, « *Clef* », R.D.P. 1925, p. 274.

- RIVET : Conclusions sur C.E., 23 juin 1933, « *Lavabre* », R.D.P. 1934, p. 281.
- RIVET : Conclusions sur C.E., 30 novembre 1923, « *Couitéas* », D. 1923, III, p. 59.
- RIVET : Conclusions sur C.E., 6 juillet 1934, « *Société Van Outryve* », R.D.P. 1934, p. 629.
- ROBINEAU (Y.) : Conclusions sur C.E., 29 avril 1987, « *Cne d'Elancourt* », R.F.D.A. 1987, p. 525.
- ROMIEU (J.) : Conclusions sur C.E., 4 août 1905, « *Martin* », Rec., p. 749.
- ROMIEU (J.) : Conclusions sur C.E., 10 février 1905, « *Tomasso Grecco* », D. 1906, p. 381.
- ROMIEU (J.) : Conclusions sur C.E., 21 décembre 1906, « *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* », Rec., p. 962 ; D. 1907, III, p. 41.
- ROMIEU (J.) : Conclusions sur C.E., 21 juin 1895, « *Cames* », Rec., p. 509.
- SAINT-PAUL : Conclusions sur C.E., 30 novembre 1900, « *Viaud* », Rec., p. 681.
- SANSON : Conclusions sur C.E. ass., 29 septembre 1995, « *Association Green Peace France* », R.D.P. 1996, p. 256.
- SCANVIC (F.) : Conclusions sur C.E. ass., 26 mai 1995, « *Etna* », R.F.D.A. 1996, p. 66.
- SCHRAMECK (O.) : Conclusions sur C.E., 15 juin 1987, « *Société navale Delmas-Vieljeux* », R.F.D.A. 1988, p. 508.
- SCHWARTZ (R.) : Conclusions sur C.E., 7 octobre 1994, « *M. & Mme Lopez* », R.F.D.A. 1994, p. 1090.
- SENNERS (F.) : Conclusions sur C.E., 26 octobre 2001, « *Ternon* », R.F.D.A. 2002, p. 77.
- THERY (J.-F.) : Conclusions sur C.E., 25 avril 1980, « *Ministre de l'Education nationale c. Institut technique privé de Dunkerque* », A.J.D.A. 1980, p. 491.
- THERY (J.-F.) : Conclusions sur C.E. ass., 29 mai 1981, « *Rekhou* », R.D.P. 1981, p. 1707.

Notes, observations et chroniques de jurisprudence

- ALBERTINE (P.) : Note sous C.E. sect., 7 mars 1980, « *S.A.RL. cinq-sept et autres* », A.J.D.A. 1980, p. 424, col.3.
- ALIBERT : Note sous C.E. sect., 10 janvier 1930, « *Despujol* », S. 1930, II, p. 41.
- ALIBERT : Note sous C.E., 27 février 1931, « *Giaccardie* », Rec., p. 225 ; S. 1931, II, p. 73.
- APPLETON : Note sous C.E., 2 juin 1933, « *Protectorat de l'Annam* », D. 1934, III, p. 61.
- AUBY (J.-B.) : Note sous C.E. sect., 23 avril 1982, « *Ville de Toulouse c. Aragnou* », D. 1983, p. 8.

- AUBY (J.-M) : Note sous C.E., 13 juillet 1962, « *Kevers-Pascalis* », D. 1963, p. 606.
- AUBY (J.-M.): Note sous C.E., 10 janvier 1964, « *Ministre de l'agriculture c. Somonnet* », S. 1964, p. 234.
- AUBY (J.-M.): Note sous C.E., 22 décembre 1976, « *Dame Derridj* », J.C.P. 1978, n° 18792.
- AUBY (J.-M) : Note sous C.E., 2 février 1983, « *Union des transports publics urbains et régionaux* », R.D.P. 1984, p. 212.
- AUBY (J.-M) : Note sous C.E., 2 février 1983, « *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France* », R.D.P. 1985, p. 811.
- AUBY (J.-M.) : Note sous C.E. sect., 17 mai 1985, « *Menneret* », D. 1985, p. 583.
- AZIBERT (M.) & de BOISDEFFRE (M.) : Chronique de jurisprudence du C.E. ass., 2 février 1987, « *Société T.V.G* », A.J.D.A. 1987, p. 315.
- AZIBERT (M.) & de BOISDEFFRE (M.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 23 octobre 1987, « *M.* », A.J.D.A. 1987, p. 708.
- AZIBERT (M.) & de BOISDEFFRE (M.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 13 novembre 1987, « *Ministre de l'Intérieur c. Tang Kam Keung* », A.J.D.A. 1987, p.711.
- BEAUD (O.) et DUBOIS: Note sous C.E. ass., 3 février 1989, « *Compagnie Alitalia* », R.F.D.A. 1989, p. 391.
- BEYSSAC (R.) : Note sous C.E., 13 novembre 1995, « *Cadiou* », Rec., p. 966.
- BLAEVOET (C.) : Note sous C.E., 30 octobre 1958, « *Rakotoarinovy* », J.C.P. 1958, n° 10845.
- BLANCHET (D.) : Note sous C.E., 6 janvier 1999, « *Lavaurs* », L.P.A. février 2000, n° 38.
- BON P. & BECHILLON de (D.) : Observations sous C.E., 27 juin 1997, « *Guyot* », D. 1999, S.C., p. 49.
- BON (P.) & de BECHILLON (D.): Observations sous C.E. sect., 29 décembre 1997, « *Commune d'Arcueil* », D. 1999, S.C., p. 53.
- BON (P.) & TERNEYRE (P.): Observations sous C.E. sect., 27 juillet 1990, « *Bourgeois* », D. 1991, S.C., p. 287.
- BON (P.) & TERNEYRE (P.): Observations sous C.E., 2 septembre 1992, « *SCI Le Panorama* », D. 1994, S.C., p.62.
- BON (P.) & TERNEYRE (P.): Observations sous C.E. ass., 10 avril 1992, « *Epoux V...* », D. 1993, S.C., p. 146.
- BON (P.) & TERNEYRE (P.): Observations sous C.E., 9 avril 1993, « *Société des auteurs des arts visuels-Spadem* », D. 1994, I, S.C., p. 59.
- BONNARD : Note sous C.E. ass., 31 juillet 1942, « *Monpeurt* », R.D.P. 1943, p. 57.
- BRENOT (B.) : Observations sous T.A. de Bastia, 3 juillet 1997, « *Commune de saint-Florent* », L.P.A septembre 1997, n° 109.

- CAMBAULT (J.-F.): Note sous C.E. sect., 18 avril 1986, « *Soc. Les mines de potasse d'Alsace* », R.G.D.I.P. 1986, p. 597.
- CABANES (P.) & LEGER (D.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 26 janvier 1973, « *Ville de Paris c. Sieur Driancourt* », A.J.D.A. 1973, p. 245.
- CABANES (P.) & LEGER (D.) : Chronique de jurisprudence du C.E., 20 octobre 1972, « *Sieur Marabout* », A.J.D.A. 1972, p.581.
- CARTOU (L.) et FLASH : Chronique de jurisprudence de la C.J.C.E., 26 février 1986, « *Marshall and Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* », aff. 152-84, D. IR, p. 274.
- CARTOU (L.) : Observations sous C.J.C.E., 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, « *Francovich* » et « *Bonifaci* », L.P.A. 1992, n° 28, p.20.
- CHABANOL (D.) : Note sous C.E., 9 avril 1986, « *Faugeroux* », A.J.D.A. 1986, p. 500.
- CHARBONNEAU (S.) : Note sous C.E., 30 janvier 1991, « *Commune de Portets c. Mme Mothe* », R.F.D.A. 1991, p. 974.
- CHAUVAUX (D.) & GIRARDOT (T.-X.) : Chronique de jurisprudence du C.E. ass., 10 juillet 1996, « *Cayzeele* », A.J.D.A. 1996, p. 732.
- CHAUVAUX (D.) & GIRARDOT (T.-X.) : Chronique de jurisprudence du C.E. ass., 30 octobre 1996, « *SA Cabinet Revert et Badelon* » (1^{ère} décision) et « *Ministre du Budget c. SA Jacques Dangeville* » (2^{ème} décision), A.J.D.A. 1996, p 980.
- CHAUVAUX (D.) & GIRARDOT (T.-X.) : Chronique de jurisprudence du C.E. ass., 6 juin 1997, « *Aquarone* », A.J.D.A. 1997, p. 570.
- CHAUVAUX (D.) & GIRARDOT (T.-X.) : observations sous C.E., 4 juillet 1997, « *Leveau* » et « *Bourezak* », A.J.D.A. 1997, p.584.
- CLEMENT (C.) : Note sous C.E., 27 juin 1997, « *Guyot* », L.P.A. mars 1998, n° 30.
- COMBARNOUS (M.) et GALABERT : Chronique de jurisprudence du C.E., 26 juin 1959, « *Syndicat général des ingénieurs conseils* », A.J.D.A. 1959.I. 153.
- CONSTANTINESCO : Note sous C.E., 27 novembre 1985, « *Zakine* », R.T.D.E. 1988, p. 95.
- COUVERT-CASTERA (O.): Note sous C.J.C.E., 18 décembre 1997, « *Inter-Environnement Wallonie ASBL et Région wallonne* », A.J.D.A.1998, p. 45.
- CROZAFON (J.-L.) : Note sous C.E., 10 mai 1985, « *Ramadi* », J.C.P. 1986, n° 20603.
- DEBBASCH (R.) : Note sous C.E. sect., 27 juillet 1990, « *Bourgeois* », A.J.D.A. 1991, p. 346.
- DEBOUY et PLAISANT : Note sous C.E., 30 septembre 1983, « *Maillard* », J.C.P. 1984, II, n° 20258.
- DEFFIGIER : Note sous C.E., 28 juillet 2000, « *Association France Nature Environnement* », R.F.D.A. 2003, p. 116.
- DEGUERGUE (M.): Note sous C.E. ass., 9 avril 1993, « *B., D., et G.* », Le quotidien juridique, 15 juillet 1993, n° 56, p. 6.

- DELCROS (X.) : Note sous C.E., 23 janvier 1970, « *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c. Amoros* », A.J.D.A. 1970, p. 174.
- DELPIROU : Note sous C.A.A. de Paris, 4 juin 1992, « *S.A. Tahiti Moorea Service* », C.J.E.G. 1993, p. 331.
- DELVOLVE (P.) : Note sous C.E. ass., 26 octobre 2001, « *Ternon* », R.F.D.A. 2002, p. 88.
- DI QUAL (L.) : Note sous C.E., « *Epoux Meyer* », D. 1964, p. 267.
- D.P. : Observations sous C.E., 4 décembre 1995, « *Delavallade* », D.A.1996, n° 49.
- DUFFAR (J.) : Note sous C.E., 26 mai 1978, « *Cons. Wachter* », D. 1978, p. 711.
- DUTHEIL de la ROCHERE (J.) : Note sous C.J.C.E., 2 décembre 1997, « *Fantask* », aff. C-188/95, A.J.D.A. 1999, p. 62.
- FEFFER et PINAULT: Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 30 janvier 1981, « *Ministre du travail c. Sté Afrique Europe Transaction* », A.J.D.A. 1981, p. 245.
- FOMBEUR (P.) & RAYNAUD (F.) : Chronique de jurisprudence sous C.E. sect., 30 octobre 1998, « *Ville de Lisieux* », A.J.D.A. 1998, p. 969.
- FOURNIER (J.) et BRAIBANT (G.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 13 juillet 1956, « *Office public d'H.L.M. du département de la Seine* », A.J.D.A. 1956, II, p. 398.
- FOURNIER (J.) et COMBARNOUS (M.) : Chronique de jurisprudence du C.E. ass., 7 mars 1958, « *Dejous* », A.J.D.A. 1958, II, p. 220.
- FOURNIER (J.) et COMBANOUS (M.) : Chronique de jurisprudence du C.E., 6 juillet 1973, « *Dallau* », A.J.D.A. 1973, p. 588.
- GAUDEMET (Y.) : Observations sous C.E., 27 janvier 1988, « *Giraud* », R.D.P. 1988, p. 907.
- GAUROY (J.-L.) : Note sous C.E. sect., 6 mai 1985, « *Richard* », A.J.D.A. 1985, p. 736.
- GAZIER (F.) et LONG (M.) : Chronique de jurisprudence du C.E., 12 février 1954, « *Bierge* », A.J.D.A. 1954, 2 bis, p. 8.
- GENTOT (M.) & FOURRE (J.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 14 décembre 1962, « *Doublet* », A.J.D.A. 1963, p. 85.
- GENTOT (M.) & FOURRE (J.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 21 décembre 1962, « *Husson-Chiffre* », A.J.D.A. 1963, p. 90.
- GEORGE : Note sous T.C., 17 juin 1948, « *Manufactures de velours et peluches* », J.C.P. 1948, II, n° 4437.
- GESTOT (C.) : Note sous C.E., 6 janvier 1999, « *Lavaurs* », R.D.P. 1999, p. 1515.
- GIRARDOT (T.-X.) et RAYNAUD (F.) : Chronique de jurisprudence du C.E. ass., 24 octobre 1997, « *Mme de Laubier* », A.J.D.A. 1997, p. 936.
- GIRARDOT (T.-X.) et RAYNAUD (F.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 29 décembre 1997, « *Commune d'Arcueil* », A.J.D.A. 1998, p. 112.

- HAURIOU (M.) : Note sous C.E., 13 janvier 1899, « *Lepreux* », S. 1900, III, p. 1.
- HAURIOU (M.) : Note sous C.E., 10 janvier 1902, « *Cie nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen* », S. 1902, III, p. 17.
- HAURIOU (M.) : Note sous C.E., 21 décembre 1906, « *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* », S. 1907, III, p. 33.
- HAURIOU (M.) : Note sous C.E., 8 juin 1917, « *Rabé* », S. 1920, III, p. 1.
- HAURIOU (M.) : Note sous C.E., 3 novembre 1922, « *Dame Cachet* », S. 1925, III, p. 9.
- HAURIOU (M.) : Note sous C.E., 26 décembre 1925, « *Rodière* », S. 1925, p. 49.
- H.M. : Note sous C.E., 12 décembre 2002, « *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale* », A.J.D.A. 2004, p. 443.
- HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 11 juin 1991, « *Société Morgane* », A.J.D.A. 1991, p. 111.
- HUBAC (S.) et SCHOETTL (J.-M.) : Chronique de jurisprudence de C.E. sect., 17 mai 1985, « *Menneret* », A.J.D.A. 1985, p. 399.
- JEZE (G.) : Note sous C.E., 31 mai 1907, « *Deplanque* », R.D.P. 1907, p. 675.
- JEZE (G.) : Note sous C.E., 11 mars 1910, « *Cgie générale française des tramways* », R.D.P. 1910, p. 210.
- JEZE (G.) : Note sous C.E., 8 mars 1912, « *Lafage* », R.D.P. 1912, p. 266.
- JEZE (G.) : Note sous C.E., 30 novembre 1923, « *Couitéas* », R.D.P. 1924, pp. 75 & 208.
- JEZE (G.) : Note sous C.E., 14 janvier 1938, « *La Fleurette* », R.D.P. 1938, p. 87.
- JEZE (G.) : Note sous C.E. ass., 29 mars 1946, « *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe et Moselle c. Etat* », R.D.P. 1946, p. 490.
- JULIEN-LAFERRIERE (F.) : Observations sous C.E., 13 mai 1991, « *Com mune des Garges-lès-Gonesse* », A.J.D.A. 1991, p. 750.
- JULIEN-LAFERRIERE (F.) : Observations sous C.E., 8 juillet 1991, « *Palazzi* », A.J.D.A. 1991, p. 828.
- KERNINON (J.) : Note sous C.E., 25 avril 1980, « *Ministre de l'Education nationale c. Institut technique privé de Dunkerque* », D. 1980, p. 481.
- LACHAUME (J.-F.) : Note sous C.E., 27 janvier 1971, « *Caisse des écoles de La Courneuve* », D. 1973, II, p. 521.
- LAQUIEZE : Note sous C.E., 28 juillet 2000, « *Association France Nature Environnement* », Petites affiches, 17 novembre 2000.
- LASCOMBE (M.) : Note sous C.E., 21 février 1997, « *Calbo* », J.C.P. 1997, II, n° 22866.
- LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.) : Note sous C.E., 11 mars 1994, « *Soulat et Boivin* », J.C.P. 1994, n° 22333.

- LAUBADERE de (A.) : Note sous C.E. ass., 2 mai 1958, « *Distillerie de Magnac-Laval* », D. 1958, p. 730.
- LAUBADERE de (A.) : Note sous C.E. sect., 20 avril 1956, « *Epoux Bertin* », D. 1956, p. 433.
- LEMASURIER (J.) : Note sous C.E. sect., 21 décembre 1962, « *Husson-Chiffre* », D. 1963, p. 558.
- L'HUILLIER (J.) : Note sous C.E., 26 juin 1959, « *Syndicat général des ingénieurs conseils* », D. 1959, p. 541.
- LIET-VEAUX (G.): Note sous C.E., 24 juin 1949, « *Cne de Saint-Servan* », Rev. Admin.1949, p. 465.
- LIET-VEAUX (G.) : Note sous C.E., 7 juillet 1950, « *Dehaene* », Rev. admin. 1950, p. 366.
- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.) et al. : Observations sous C.E. ass., 13 mai 1938, « *Caisse primaire Aide et Protection* », G.A.J.A., p. 335.
- MARNIERRE (E.-S. de): Observations sous C.E., 23 septembre 1987, « *Epoux Ouaras* », J.C.P. 1988, n° 21043.
- MASSOT (J.) : Note sous C.E. ass., 23 octobre 1992, « *Diermert* », L.P.A. 1992, n° 133-5.
- MAUGÜE (C.) et TOUVET (L.) : Chronique de jurisprudence du C.E., 29 varil 1993, « *M.G.* », A.J.D.A. 1993, p. 381.
- M.D.-L. : Observations sous C.E., 11 mars 1994, « *Soulat et Boivin* », D.A. 1994, n° 231.
- MELLERAY (G.): Observations sous T.A. de Rennes, 7 février 1985, « *O.G.E.C. de la Providence* », R.F.D.A. 1985, p. 897.
- MIHURA : Note sous C.E. ass., 3 juin 1938, « *Société La Cartonnerie et impremerie Saint-Charles* », J.C.P. 1938, II, p. 834.
- MODERNE (F.) & BON (P.) : Observations sous C.E., 17 juin 1981, « *Cne de St-Germain d'Esteuil* », D. 1982, Somm., p. 54.
- MODERNE (F.) & BON (P.) : Note sous C.E., 8 avril 1987, « *Virmaux c. Ville de Paris* », L.P.A., 14 octobre 1987, p. 4.
- MODERNE (F.) & BON (P.) : Observations sous C.E., 23 septembre 1987, « *Epx Ouaras* », D. 1988, S.C, p. 376.
- MODERNE (F.) & BON (P.) : Observations sous C.E., 25 septembre 1987, « *Cne de Lège-Cap-Ferret c. Martigne* », D. 1988, Somm., p. 376.
- MODERNE (F.) & BON (P.) : Observations sous C.E., 17 février 1988, « *Laporte* », D. 1988, Somm., p. 376.
- MODERNE (F.) & BON (P.) : Observations sous C.E., 16 novembre 1988, « *Epoux Deviller* », D. 1989, S.C., p. 352.
- MODERNE (F.) & BON (P.) : Observations sous C.E., 12 avril 1988, « *Préfet du Cher c. Mlle Rousseau* », D. 1989, S.C., p. 533.
- MODERNE (F.) & BON (P.) : Observations sous C.E., 16 novembre 1988, « *Epoux Deviller* », D. 1989, S.C., p. 352.

- MODERNE (F.) : Note sous T.A de la Réunion, 9 décembre 1970, « *Dalleau* », A.J.D.A. 1971, p. 558.
- MODERNE (F.) : Note sous C.E., 14 novembre 1973, « *Zanzi* », D. 1974, p. 315.
- MODERNE (F.) : Note sous C.E., 22 juin 1987, « *Ville de Rennes* », L.P.A. 26 octobre 1987, p. 16.
- MODERNE (F.) : Note sous C.E., 16 novembre 198, « *Epoux Deviller* », Quot. jurid. 23 février 1989, p. 2.
- MORAND-DEVILLER (J.) : Note sous C.E. sect., 17 mai 1985, « *Menneret* », Rev. admin. 1985, n° 20448.
- MOREAU (J.) : Note sous C.E., 5 mars 1971, « *Le Fichant* », A.J.D.A. 1971, p. 680.
- MOREAU (J.) : Observations sous C.E. sect., 10 février 1984, « *Mme Dufour* », A.J.D.A. 1984, p. 403.
- MOREAU (J.) : Note sous C.E., 12 mai 2004, « *Cne La Ferté-Milon* », A.J.D.A. 2004, p. 877.
- MOREAU (J.) : Note sous C.E., 8 avril 1986, « *Cielsa* », A.J.D.A. 1986, p. 465.
- MOREAU (J.) : Observations sous C.E., 27 mai 1987, « *Legoff* », A.J.D.A. 1987, p. 694.
- MOREAU (J.) : Observations sous C.E., 22 juin 1987, « *Ville de Rennes c. Cie Rennaise de liroléum et du caoutchouc* », A.J.D.A. 1988, p. 65.
- MOREAU (J.) : Note sous C.E., 27 janvier 1988, « *Ministre de l'Education c. Giraud* », A.J.D.A. 1988, p. 353.
- MOREAU (J.) : Note sous C.E. ass., 10 avril 1992, *Epoux V...* », J.C.P. 1992.
- NAUWELAERS et DUTHEILLET de LAMOTHE : Chronique de jurisprudence du C.E. ass., 7 octobre 1977, « *Synd. Régional des maisons de sante privées d'Aquitaine* », A.J.D.A. 1977, p. 626.
- PACTEAU (B.) : Note sous C.E., 26 avril 1985, « *Entreprises maritimes Léon Vincent* », Rev. Admin., 1986, p. 46.
- PAILLET (M.) : Observations sous C.E., 4 décembre 1995, « *Delavallade* », L.P.A. 15 mai 1996, p. 22.
- PETIT (J.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 29 décembre 1997, « *Commune d'Arcueil* », J.C.P. 1998, I, n° 165.
- PETIT (J.) : Note sous C.E., 14 janvier 1998, « *Syndicat national des personnels des affaires saniatires et sociales* », A.J.D.A 1999, p. 164.
- P.-L. (J.) : Note sous C.E., 4 novembre 1933, « *Soc. La Solidarité Ternoise* » (arrêt) et « *Zénard* » (arrêt) et C.E., 30 novembre 1934, « *Le Carn* », D. 1936, III, p. 33.
- PLOUVIN (J.-Y.) : Note sous T.A de Grenoble, 25 octobre 1978, « *Da Cunha* », A.J.D.A. 1979, n° 6, p. 46.
- PLOUVIN (J.-Y.) : Note sous C.E., 27 janvier 1988, « *Giraud* », J.C.P. 1988.
- PRETOT (X.) : Observations sous T.C., 19 décembre 1988, « *Ponce* », A.J.D.A. 1989, p. 274.

- PRETOT (X.) : Note sous C.A.A. de Paris ass., 1 juillet 1992, « *Société Jacques Dangeville* », A.J.D.A. 1992, p. 768.
- PUISSOCHET (J.-P.) & LECAT (P.) : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 5 janvier 1966, « *Gacon* », A.J.D.A. 1966, p. 39.
- PUYSSABET et PUISSOCHET (J.-P.): Chronique de jurisprudence du C.E., 27 novembre 1964, «*Dame veuve Renard*»A.J.D.A. 1964, p. 678.
- RABINOVITCH (W.) : Note sous C.E., 11 juillet 1973, « *Roques* », D. 1974, p. 81.
- RAYNAUD (F.) & FOMBEUR (P.) : chronique de jurisprudence du C.E. du 6 février 1998, « *Tête* », A.J.D.A. 1998, p. 403.
- RAYNAUD (F.) & FOMBEUR (P.) : Observations sous C.E., 13 mars 1998, « *Vindevogel* » (avis) et « *Améon et autres* » (décision), A.J.D.A. 1998, pp.408 et 418.
- RICHER (L.) :Observations sous C.E, 14 mai 1986, « *Commune de Cilaos* », A.J.D.A 1986, p. 466.
- RIVERO (J.): Note sous C.E., 8 décembre 1948, « *Dlle Pasteau* », S. 1949, III, p. 41.
- ROUAULT (M.-C.): Note sous C.E., 11 juin 1985, « *Cons. Hauboiss*», Quot. jurid. 23 novembre 1989.
- ROUAULT (M.-C.): Observations sous C.E., 10 juillet 1992, « *Ministre de l'agriculture et de la forêt* », J.C.P. 1992, IV, n° 2273.
- ROUGEAUX (J.-P.) : Note sous C.E. ass., 20 octobre 1972, « *Marabout* », Gaz. Pal. 1973, I, p. 265.
- ROUVILLOIS (F.) : Note sous C.E., 20 décembre 1995, « *Vedel et Janot* », L.P.A. 26 juillet 1996.
- RUZIE (D.) : Note sous C.E. sect., 18 avril 1986, « *Soc. Les mines de potasse d'Alsace* », R.F.D.A. 1987, p. 492.
- RUZIE (D.) : Note sous C.E., 23 octobre 1987, « *Soc. Nachfolger Navigation Compagny Ltd & autres* », R.F.D.A. 1988, p. 345.
- SCHOETTL et AUBRAC: Chronique de jurisprudence du C.E., 7 décembre 1984, « *Fédération des sociétés de protection de la nature*», A.J.D.A. 1985, p. 83.
- SERVOIN (F.) : Note sous T.A. Grenoble, 19 juin 1974, « *Ministre de l'Equipement et Commune de Val d'Isère*», A.J.D.A. 1975, p. 194.
- SILVERA : Note sous C.E., 20 novembre 1968, « *Tallagrand* », D. 1969, p. 386.
- SPITZ (P.-E.): Chronique de jurisprudence de la CAA Paris, 23 janvier 1997, « *Ministre de l'Intérieur c. Hamlaoui*», A.J.D.A. 1997, p. 278.
- STAHL (J.-H.) et CHAUVAUX (D.): Observations sous C.E. sect., 23 juin 1995, « *S.A. Lilly France*», A.J.D.A. 1995, p. 496.
- STAHL (J.-H.) et CHAUVAUX (D.): Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 12 juillet 1995, « *Domarchi*», A.J.D.A. 1996, p. 156.

- TEBOUL (G.) : Note sous C.E. ass., 6 juin 1997, « *Aquarone* », J.C.P. 1997, II, n° 22945, p. 497.
- TERNEYRE (P.) : Note sous C.E., 22 avril 1988, « *Société France 5* », Rev. admin. 1988, p. 240.
- TERNEYRE (P.) : Note sous C.E., 26 juin 1989, « *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche* », Rev. admin. 1989, p. 424.
- THERON (J.-P.) : Note sous C.E., 10 juillet 1992, « *Ministre de l'agriculture et de la forêt* », A.J.D.A. 1992, p. 766.
- TIBERGHEIN et LASSERRE : Chronique de jurisprudence du C.E. sect., 23 avril 1982, « *Ville de Toulouse c. Aragnou* », A.J.D.A. 1982, p. 440.
- TIXIER (G.) : Note sous C.E., 28 juillet 2000, « *Paulin* », D. 2001, p. 412.
- TOULEMONDE (B.) : Note sous C.E., 26 juin 1987, « *Ecole catholique La Providence* », A.J.D.A. 1988, p. 47.
- TOUVET (L.) & STAHL (J.-H.) : Chronique de jurisprudence du C.E., 6 janvier 1995, « *Soulat et Boivin* », et C.E. sect., 27 janvier 1995, « *Melot* », A.J.D.A. 1995, p. 104.
- TREMEAU : Note sous C.C., 98-403 DC, 29 juillet 1998, R.F.D.C. 1998, p. 765.
- TROTABAS (L.) : Note sous C.E., 1 juillet 1927, « *Demoreuil* », D. 1928, III, p. 21.
- VISCONTI (J.-P.) et AGOSTINI (E.) : Note sous T.A. Paris, « *Socité Ballande-Vanuatou* », D. 1984, p. 557.
- WALINE (M.) : Note sous C.E., 24 juillet 1936, « *Syndicat Général de défense des grands vins de la Côte d'Or* », D. 1937 III, p. 41.
- WALINE (M.) : Note sous C.E., 20 novembre 1942, « *Vally* », D.C. 1944, J., p. 29.
- WALINE (M.) : Note sous C.E., 21 octobre 1949, « *Ministre du Travail c. Berp* », D. 1950, p. 76.
- WALINE (M.) : Note sous C.E., 13 mai 1949, « *Couvrat* », D. 1950, p. 77.
- WALINE (M.) : Note sous T.C., 17 juin 1948, « *Manufactures de velours et peluches* », R.D.P. 1948, p. 581.
- WALINE (M.) : Note sous C.E., 7 juillet 1950, « *Dehaene* », R.D.P. 1950, p. 691.
- WALINE (M.) : Note sous C.E., 2 mai 1962, « *Caucheteux et Desmonts* », R.D.P., 1963, p. 279.
- WALINE (M.) : Note sous C.E. ass., 26 février 1965, « *Sté du Vélodrome du Parc des Princes* », R.D.P. 1965, p. 1175.

-WEIL (P.) : Note sous C.E., 28 décembre 1949, « *Société des automobiles Berliet* », D. 1950, p. 383.

Textes principaux (ordre alphabétique et chronologique)

-Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

-Constitution française du 4 octobre 1958.

-Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

-Convention des Nations Unies du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer.

-Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique.

-Décret du 12 juin 1947 ordonnant l'exécution des jugements.

-Décret du 12 septembre 1962 habilitant les ministres compétents à fixer les conditions de recrutement des agents contractuels de l'Office universitaire et culturel pour l'Algérie.

-Décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers.

-Directive européenne du 25 février 1964 prévoyant l'obligation de motivation des mesures relatives au déplacement et au séjour des étrangers.

-Loi du 11 juin 1880 relative aux chemins de fer d'intérêt local et aux tramways.

-Loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale.

-Loi n°869 du 4 septembre 1942 relative à l'utilisation et à l'orientation de la main-d'œuvre.

-Loi du 12 avril 1943 relative à la publicité par panneaux-réclame, par affiches et aux enseignes.

-Loi du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

-Loi n° 76-448 du 24 mai 1976 portant aménagement du monopole des tabacs manufacturés.

-Loi du 11 juillet 1979 (modifiée par la loi n° 86-76 du 17 janvier 1976) relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

-Loi du 29 décembre 1979 relative à la publicité.

-Loi n° 80-539, 16 juillet 1980, relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

-Loi du 2 mars 1982 relative à la décentralisation.

-Loi du 24 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur.

-Loi du 10 juillet 1989 relative au permis à points.

-Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et la procédure civile, pénale et administrative.

- Loi n° 2000-321, 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administration.
- Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.
- loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant sur la décentralisation en matière de revenu minimum d'activité.
- Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales.
- Traité de Rome du 25 mars 1957.
- Traité du 27 janvier 1967 sur l'espace.

Codes, dictionnaires et journaux

- « Code civil ».
- « Code de l'urbanisme et de la construction ».
- « Code de la santé publique ».
- « Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel », par D. CHABANOL, Le moniteur, 5^{ème} éd. 1998.
- « Code de justice administrative », Litec, 2001.
- « Code générale des collectivités territoriales », Dalloz, 7^{ème} éd. 2004.
- « Dictionnaire universel », Hachette Edicef, 1995.
- « Le grand Robert de la langue française », 2^{ème} éd. 2001.
- Le journal « Le Monde ».
- « Le petit Larousse », éditions Larousse, 1993.
- « Le petit Littré », Librairie générale française, 1990
- « Le petit Robert », 1996.

INDEX THEMATIQUE

A

Abrogation des
règlements.....49,129,130,141,386,388,
389,391,403
Abstention informelle.....102
Abus de droit.....125,147
Accord de volonté.....148
Acte :
-Administratif.....10,33,245,317,
334,337,340,385-387,395-400,428
-clair.....330
-condition.....158
-de conformité.....21,22,33
-de contrainte.....112,118,119
-détachable.....165-167,423-427
-de gouvernement.....360
-individuel.....331,332,337
-juridique.....17-19,
23,28,32,56,58,220,238
-matériel.....17-20,23,57,58
-multilatéral.....153
-normateur.....22
-obligatoire.....29,147,217,226,434
-de réalisation.....20-23,33
-réglementaire.....195,280,318,402
-unilatéral.....10,146,149,150,152,
153,169,170,172,174,176,177,182,186,
195,250,508
Affermage.....416
Applicabilité directe.....314,316-
319,322,323,332,333,347,503,511
Arrêté :
-d'expulsion.....494,499
-interministériel.....338,419
-préfectoral.....393
Astreinte.....176,240,259,318,423,42
5-427,433,470-474,480,486,488,489,492-
497,500-503,512
Autorité
-administrative.....32,49,65,
71,72,238,240,423,445,456,475,484,513
-de la chose jugée..264,287,288,
425,442

Avis conforme.....69,230

B

Bloc de constitutionnalité.....359

C

Caducité.....392-395
Cahier de
charges.....156,372,378,406-408
Carence.....19,24-
26,57,63,87,88,100,294,306,339,364,366,3
77,444,448,452,453,461,462
Chose
jugée.....120,264,282,285,287,288,425
,442,443,457,475,476,482,484,486,488,49
0,491,496,500,501,512
Circonstances
exceptionnelles....79,364,366-368,393
Circulaire.....393,394
Compétence
liée.....31,32,106,117,228,229,238,249
,265,273
Concession.....157,180,320,
378,407-416,509
Condition suspensive.....30,318
Conscience collective.....192
Consentement.....10,150
-153,159,164,182,196-211,214,215,421
Constitution.....12,20,132-
134,140,153,159,188,189,202,205,
208,210-212,215,216,266,269,311,313,
324,325,327,337,338,347,357-359
Contentieux
administratif.....9,45,51,223,250
Contentieux
del'annulation.....53,54,62,63,142,251,3
49,324,449
Contentieux
-contractuel.....423,424
-pécuniaire.....447,451
-de pleine juridiction.....61

Contrats :

- d'adhésion.....171,177,179,406
- administratifs34,35,144,148,154-156, 158, 160, 163, 165, 167, 169, 172, 178, 185, 261, 384, 404, 405, 408, 410-412, 416-423, 428, 429, 503, 508
- de cession.....423

Contrôle :

- de conventionnalité.....336
- juridictionnel.....49,242,257,481

Convention collective.....171

Coutume internationale....199,205,206,208

Cumul de responsabilité.....23

D

Décentralisation.....178,179,361,513

Décision :

- exécutoire.....45,238
- unilatérale.....404

Décret :

- d'application....173,234,274,277,452

Déféré préfectoral.....169

Délai :

- impératif.....242,269-275,454
- indicatif.....269,270,272,274,275
- préfix.....276,279
- raisonnable....36,242,246,262,271,272,275-279,287,353,429
- de transposition.....319,320,332

Délégation législative.....139

Demande d'agrément.....457

Déni de justice.....139,321

Dérogação...213,371,461,472,476,485-487,501

Détournement de pouvoir.....225,423,437,438

Devoir de surveillance.....413

Directive européenne.....263

Doctrines classiques.....110,111,119,198

Domages-intérêts...101,181,259,281,289,290,448,451,452,485,501

Droits-créances.....190,191

Droits-libertés.....190

E

Effet immédiat.....317

Egalité.....9

Erreur :

- de droit.....72,425
- manifeste d'appréciation..76,434,441

Etablissements publics.....23,87,384

Etat de droit....7-10,48,70,285,501

Exécution :

- forcée.....162,460,470
- des jugements.....34,40,262,279-289,453,483,486,501,513

Expropriation.....188,283,439,480,483

F

Facteur déclenchant.....35,296,396

Faculté d'agir.....30,34,72,76,93,94,233,265,268,273,283,341,355,358,364,366,384,396,397,400,402,418,422,429,438,443,466,507

Fait de prince.....155,417

Faute :

- lourde24,45,46,55,62,63,80-101,104,141,245-248,251,252,292-294,298-303,345,347,414,507,508
- personnelle.....23
- de service.....350
- simple.....46,55,62,63,81-83,85-100,104,141,246-248,251,252,294,300-303,308,345-347,507,508

Fonction publique.....13,131,421,468

Force publique.....286,289,512

G

Garantie....197,305,306,332,343,347,427,445,465,498

H

Haute juridiction...130-132,134,204,289,294,303,317,319,321,326,327,331,335,336,352,378,423,427,446,474-476,493

Hierarchie des normes.....114,129,268

I

Imputation.....15,59,327
Incompétence
négative.....52,64,65,70-72
Indétermination
de la règle de droit.....232,262
Injonction...37,240,259,410,433,450,456,
457,470-503,512
Intérêt général.....78,104,133,175,185,
227,257,285,292,365-367,408,409,428,508
Interprétation.....71,112,120,123-128,131
132,135,140,142,206,207,233,252,
316,331,386,387,414
Invocabilité :
-d'annulation...332,335,336,343,352
-d'exclusion.....321,331-333,337,
338,342
-de substitution..332,333,338,347,348
-de réparation.....343,351,352
Irresponsabilité.....7,8,80,81

J

Juge :
-d'astreinte.....425-427
-de l'excès de pouvoir...58,164,424-
427,442,449-451
-constitutionnel.....108
Jugement :
-effet absolu.....159
-effet relatif.....110,159,160,283
Jus cogens.....209

L

Liberté :
-du commerce et de
l'industrie.....363,371
-d'appréciation...235,241,242,249,501
-d'entreprendre.....35,368
Loi :
-écran.....133
-ordinaire.....114,159
-organique.....159

M

Marchés publics.....406,407,421
Monopole de la
contrainte.....11,40,282,432,484

N

Normativisme.....141,154
Norme12,17,19,20,22,28,29,106,111,
115-119,122,123-125,131,132,137,
138,140,142,154,159,187,195,198,202,
203,205,206,208,209,213,214,216,224,
232,241,312,324,325,328,331,333,340,
348,461
Norme individuelle.....22,116,117,119,125
Notification400,495

O

Obligation :
-d'abrogation.....35,129,141,244,
384,385,387-392,394-396,398-
400,402,403
-d'action.....27
-administrative.....9,309
-d'agir nouvelle.....104,105,107
-d'agir préexistante.....52,60-65,69-
79,82,93-95
-d'agir textuelle.....251,262,511
-contractuelle.....143,176,508
-morale.....27,366
-de moyens.....20,161
-positives.....30,149,
153-156,158,170,174,175,179,180,
182,185,192,209,222,250,318,463,508
-de résultat.....20,160,161,228
-simple.....32,33,73,74,142,
219,220,224,227,230,248-250,252,272-
274,317,375,376,379,385,429,439,444,
445,509
-de sécurité.....290,305,308
-de surveillance...161,220,221,246,
307,310
-de transposition...36,314,317,323,324,
328-340,342,343,345,346,350,352,455
Opposabilité424

Ordonnancement	401,445
juridique.. 18,150,387,393	Recours en annulation...58,164,169,208,
Ordre juridique.....16,20,22,48,111-	259,336,399,420,424,443,446,447,450,456
113,120,122,126,132,133,138,141,142,	Recours juridictionnel.....431,445,467
154,201,202,206-209,313,314,325,	Recours en réparation.....446,447,452
338,340,431	Recours pour excès
Ordre public.....34,36,39,69,77-79,	de pouvoir.....58,59,132,
104,106,125,134,162,179,183,204,231,	164-169,318,387,388,412,419,431,445,448
233,241,242,245,260,262,263,286,287,	Règlement
289-304,310,311,342,353,354,390,	d'administration publique.....418
419-422,429,430,443,466,468,474,499,510	Renvoi préjudiciel.....138
P	Résiliation :
	-contentieuse.....425
Péril grave et imminent.....299,303,304,	-obligatoire.....423,425
308-311,385,468	-unilatérale.....35,422,423,425,426
Personnes morales de droit	Responsabilité
public.....23,486,489	administrative.....12,299,344,
Personnes privées.....11,24,156,257,	345,349,382,412,454
288,366	Responsabilité
Pouvoir créateur.....105,113,119,120,	sansfaute.....8,79,94,161,162,301,
122,125,136,139,208,251	302,340,341,346,381,434,443
Pouvoir discrétionnaire.....228,233,	Responsabilité de l'Etat.....74,79,86,87,
265,270,273,274,276,287,298,315	98,137,247,266,267,271,306,332,339,340,
Pouvoir exécutif.....236	346,347,349,351,374,444,445,452
Pouvoir législatif.....236,393	Retrait.....355,386,388,396,398,400-402,
Pouvoir normatif.....109	428
Pouvoir :	Retrait d'actes
-de contrôle.....404-417	administratifs.....35,355,386,387,
-d'interprétation.....125	395,397,400,430,495
-de modification unilatérale...405,	S
408,417-419	
-de résiliation unilatérale..422,423	Saisine313,424,473
-de substitution....461,462,463,466,	Sanction juridictionnelle.....119,435
512	Sécurité juridique.....35,399,402
Préambule.....132,133,189,190,202,	Services publics
206,207,220,359	administratifs(SPA).....357,358,
Préjudice.....25,54,56,58,59,70,163,290,	360-362
292,296,340,341,346,349,350,351,381,	Services publics industriels et
413,447,452,453,512	commerciaux(SPIC).....363,429,
Prérogatives de puissance	356,364,365-371
publique.....35,167,355,414	Services publics locaux.....34,362,363
Principe général du droit.....206,385	Silence administratif.....16,56,66,67,122,
R	138,139,159,390
	Souveraineté nationale.....189,454
Ratification.....20,202,315	Substitution.....226,239,240,247,329,
Référé législatif.....110,138	332,333,338,340,347,348,432,434,435,459
Recours contentieux.....378,388,400,	-468,501,512,513
	Supraétatisme.....200
	Sursis à exécution.....288

T

Traités communautaires.....	313
Traités internationaux.....	196,197,207, 212,216,313
Traité de Rome.....	313,314,316,320,341, 343,347,352,510

U

Unilatéralité.....	143,150,153,201, 210,214,215,428
Utilité sociale.....	170,183,288

V

Valeur infra-législative.....	284
Vice de forme.....	75,437,438,440
Vide juridique.....	122,138,208,338,339

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE	1
PRINCIPALES ABREVIATIONS	3
INTRODUCTION.....	5
1- ETENDUE ET DÉLIMITATION DU SUJET	10
2- DÉFINITION DES PRINCIPAUX TERMES.....	13
3- PROBLÉMATIQUES.....	26
4- MÉTHODE.....	37
5- PLAN.....	39
PREMIERE PARTIE : L'IDENTIFICATION DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	43
TITRE I : L'ABSTENTION FAUTIVE, REVELATRICE D'OBLIGATIONS D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	49
CHAPITRE 1 : L'ABSTENTION FAUTIVE, REVELATRICE D'OBLIGATIONS D'AGIR PREEXISTANTES DES PERSONNES PUBLIQUES.....	51
Section 1- La coïncidence abstention fautive-obligation d'agir préexistante des personnes publiques et ses limites.....	52
§1- La coïncidence abstention fautive-obligation d'agir préexistante des personnes publiques.....	52
A- La définition de l'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir préexistante	52
1- L'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir préexistante est avant tout une illégalité.....	53
2-L'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir préexistante s'apprécie parfois de manière subjective.....	60
B- La coïncidence entre l'abstention fautive s'analysant comme une incompétence négative et l'obligation d'agir préexistante.....	65
§2- Les limites de la coïncidence entre l'abstention fautive et l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques.....	70
A-Les limites de la coïncidence entre l'abstention fautive s'analysant comme une incompétence négative et l'obligation d'agir préexistante.....	71
B- L'abstention fautive permet parfois de révéler une obligation "simple".....	73
C- L'effacement de l'abstention fautive permettant de révéler l'obligation d'agir préexistante devant des questions d'opportunité.....	77
Section 2- Les relations entre les degrés de l'abstention fautive et l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques.....	79
§1- Les degrés de l'abstention fautive révélant l'obligation d'agir préexistante des personnes publiques.....	81
A-L'utilisation par le juge administratif des fautes simple et lourde en matière d'abstention fautive.....	82
1- Le rejet des critères habituels de distinction entre fautes simple et lourde en matière d'abstention.....	82
2- La nouvelle démarche d'appréciation de la faute en matière d'abstention.....	89
B- L'exigence de la faute lourde n'exclut pas la faute simple révélant l'obligation d'agir préexistante.....	93

§2- L'absence d'incidence des degrés de l'abstention fautive sur les obligations d'agir préexistantes des personnes publiques	96
A- L'insuffisance de la gradation des abstentions fautives pour établir des degrés entre les obligations d'agir préexistantes.....	96
B- La recherche d'autres critères en vue d'établir d'éventuels degrés entre les obligations d'agir préexistantes	101
CHAPITRE 2 : L'ABSTENTION FAUTIVE, REVELATRICE D'OBLIGATION D'AGIR NOUVELLES DES PERSONNES PUBLIQUES	105
Section 1- L'analyse critique de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques	107
§1- Le rejet de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques	107
A- Une conception rigide de la séparation du juge et du législateur.....	108
1- Une lecture rigide de la séparation des pouvoirs	108
2- Une définition rigide du rôle du juge	109
B- L'inexistence de lacunes en droit	111
§2- L'admission de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques	112
A- La relativité de la séparation du juge et du législateur.....	113
1- La relativité de la séparation des pouvoirs	114
2- La souplesse du rôle du juge	116
B- L'existence de lacunes en droit	120
Section 2- La justification de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques.....	123
§1- La justification de l'abstention fautive, révélatrice d'obligations d'agir nouvelles des personnes publiques par le pouvoir d'interprétation du juge	124
A- La signification de l'interprétation créatrice d'obligations d'agir	125
B- Les fondements de l'interprétation créatrice d'obligations d'agir	126
1- Justice ou droit naturel ?	126
2- Le recours à la cohérence normative.....	132
C- Les raisons de la mise en œuvre exceptionnelle des pouvoirs d'interprétation créatrice d'obligations d'agir	135
§2- L'absence de textes et la création d'obligations d'agir des personnes publiques ...	136
CONCLUSION DU TITRE I :	141
TITRE II : LA DELIMITATION DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES	144
CHAPITRE 1 : LA DELIMITATION PAR LA SOURCE DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES	146
Section 1- La distinction entre obligation d'agir et obligation de faire	147
§1- Les raisons de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire	148
A- La distinction entre obligation d'agir et obligation de faire, conséquence de l'opposition entre sources unilatérale et contractuelle	148
B- Les effets de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire.....	160
1- Les effets de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire des contrats de droit privé	160
2- Les effets de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire des contrats administratifs	163
§2- Les fondements de la distinction entre source unilatérale génératrice d'obligation d'agir et source contractuelle génératrice d'obligation de faire	170

A- Deux fondements différents des sources et des obligations en cause : autorité et liberté	170
B- L'absence de remise en question de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire par la limitation de la liberté contractuelle	177
C- La confirmation des fondements de la distinction entre obligation d'agir et obligation de faire par le rejet de l'utilité sociale justifiant l'obligation de faire	183
Section 2- Les diverses sources unilatérales de l'obligation d'agir des personnes publiques..	187
§1- Les sources nationales de l'obligation d'agir des personnes publiques.....	187
A-La source constitutionnelle	188
B- La source législative	191
C- La source réglementaire.....	194
§2- Les sources internationales de l'obligation d'agir des personnes publiques	195
A- Les obstacles à l'existence de l'obligation d'agir en droit international classique.....	196
1- Le consentement aux traités internationaux classiques : premier obstacle à l'existence de l'obligation d'agir	197
a- Le consentement à l'adoption des traités internationaux.....	197
b- Le consentement à la réception et à l'application des traités internationaux	202
2- La règle de réciprocité des traités internationaux : deuxième obstacle à l'existence de l'obligation d'agir	210
B- La source européenne	214
CHAPITRE 2 : LA DELIMITATION DES CONTOURS DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES	219
Section 1- La distinction entre obligation d'agir et obligation simple	219
§1- La distinction entre obligation d'agir et les différentes catégories de l'obligation simple	220
A- La distinction entre obligation d'agir et obligation générale.....	220
B- La distinction entre obligation d'agir et obligation de se conformer à la légalité	222
§2- L'intérêt de la distinction entre obligation d'agir et obligation simple.....	224
Section 2- La distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée	228
§1- La définition de l'obligation d'agir déterminée et indéterminée	228
A-La définition de l'obligation d'agir déterminée.....	229
B-La définition de l'obligation d'agir indéterminée.....	231
1-L'indétermination de l'acte de l'obligation d'agir.....	231
2- L'indétermination du contenu de l'acte exécutant l'obligation d'agir	232
C- La limite des définitions des obligations d'agir déterminée et indéterminée	234
§2- La portée de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée	235
A- La portée de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée sur le plan de l'initiative	235
1- La faible portée de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée sur le plan de la volonté	235
2- La large portée de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée sur le plan de la liberté d'appréciation.....	241
B- La portée juridictionnelle de la distinction entre obligation d'agir déterminée et indéterminée.....	243
1- La détermination et l'indétermination par rapport au pouvoir du juge	243
2- La détermination et l'indétermination par rapport à la faute.....	245
CONCLUSION DU TITRE II :	249
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE:.....	250
DEUXIEME PARTIE : LES MANIFESTATIONS DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	255

TITRE I : LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES.....	260
CHAPITRE 1 : LES DOMAINES PRINCIPAUX DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES	262
Section 1- Les domaines principaux de l'obligation d'agir des personnes publiques en droit interne français.....	263
§1- L'exécution des lois et des jugements.....	264
A- L'obligation d'exécution des lois.....	264
1- L'obligation d'exécution des lois, obligation politique ou juridique ?.....	265
2-L'obligation de prendre des textes d'application des lois.....	268
a- La distinction entre l'obligation de prendre des textes d'application des lois et l'obligation de les prendre dans les délais.....	269
b- L'imprécision du délai raisonnable en matière d'obligation de prendre des textes d'application des lois.....	276
B- L'obligation d'exécution des jugements.....	280
1- L'existence de l'obligation d'exécution des jugements et sa portée.....	280
a- L'existence de l'obligation d'exécution des jugements.....	280
b- La portée de l'obligation d'exécution des jugements.....	283
2- Les fondements de l'obligation d'exécution des jugements.....	285
a- Le fondement logique de l'obligation d'exécution des jugements.....	285
b- Le fondement juridique de l'obligation d'exécution des jugements.....	287
§2- Le maintien de l'ordre public	289
A - L'obligation d'assurer l'ordre public en cas de péril grave ou imminent.....	290
1- L'arrêt « Doublet », une illustration de la gravité du péril pour l'ordre public génératrice d'obligations d'agir.....	291
2- L'arrêt « Garcin », une illustration de l'imminence du péril pour l'ordre public génératrice d'obligations d'agir.....	296
B- L'obligation d'assurer l'ordre public en dehors d'un péril grave et imminent : l'obligation de sécurité.....	303
Section 2- Les domaines principaux de l'obligation d'agir des personnes publiques résultant du droit communautaire.....	311
§1- L'obligation de transposition des directives communautaires	314
A- La discussion du principe de l'obligation de transposition des directives communautaires.....	314
B- Les conséquences du respect de l'obligation de transposition des directives communautaires dans l'ordre juridique français.....	324
§2- La question de l'utilité de l'obligation de transposition des directives communautaires	329
A- L'invocabilité des directives non transposées en vue d'une annulation.....	330
1- L'adoption par le Conseil d'Etat de l'invocabilité d'exclusion des directives non transposées contre les lois et les règlements.....	331
2- Les problèmes posés par l'invocabilité d'exclusion des directives non transposées contre les lois.....	337
B- L'invocabilité des directives non transposées en vue d'une réparation.....	343
CHAPITRE 2 : LES DOMAINES PARTIELS DE L'OBLIGATION D'AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES	355
Section 1- Les services publics.....	356
§1- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création des services publics.....	356
A- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création des services publics administratifs.....	357

1- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création des SPA nationaux.....	357
2- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création de SPA locaux.....	360
B- Le caractère obligatoire ou facultatif de la création et de la suppression des SPIC	363
1- La création facultative des SPIC en présence de circonstances particulières.....	364
2- L'obligation de suppression des SPIC en cas de disparition des circonstances particulières.....	367
§2- Le caractère obligatoire de l'organisation ou du fonctionnement des services publics et celui d'entretien des ouvrages publics	372
A- L'obligation d'organisation ou de fonctionnement des services publics.....	372
B- L'obligation d'entretien des ouvrages publics.....	379
1- L'incontestabilité de l'obligation d'entretien des ouvrages publics.....	379
2- L'absence de remise en cause de l'obligation d'agir par la contestation de la nature de la responsabilité en matière d'entretien des ouvrages publics	381
Section 2- Les actes administratifs unilatéraux et contractuels.....	383
§1 - La suppression d'actes administratifs unilatéraux	384
A- La comparaison des conditions de l'existence des obligations d'abrogation et de retrait	385
1- L'illégalité de l'acte administratif	386
a- L'illégalité originelle de l'acte administratif	386
b- L'illégalité résultant de changements de circonstances de droit ou de fait, une spécificité de l'obligation d'abrogation	389
2- La demande en vue de la suppression de l'acte administratif illégal	395
B- La comparaison de la portée des obligations d'abrogation et de retrait	398
1- La nature des actes administratifs illégaux et les délais impartis pour les supprimer .	398
2- L'étendue de l'illégalité.....	402
§2 - Les pouvoirs des personnes publiques en matière de contrats administratifs.....	404
A- Le pouvoir de contrôle des contrats administratifs.....	405
1- La question de l'extériorité du pouvoir de contrôle des contrats administratifs par rapport aux contrats eux-mêmes	406
2- La question de l'exercice obligatoire du pouvoir de contrôle des contrats administratifs	412
B- La transmutation possible des pouvoirs unilatéraux de modification ou de résiliation contractuelles en obligation d'agir.....	417
1- La transmutation possible du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs en obligation d'agir	417
2- La transmutation possible du pouvoir de résiliation unilatérale des contrats administratifs en obligation d'agir	422
CONCLUSION DU TITRE I:.....	429
TITRE II : LES SANCTIONS DU REFUS D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'AGIR PAR LES PERSONNES PUBLIQUES	431
CHAPITRE 1 : LES SANCTIONS ORDINAIRES DU REFUS D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'AGIR PAR LES PERSONNES PUBLIQUES	434
Section 1- Les sanctions juridictionnelles ordinaires du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques	435
§1 - Les diverses sanctions juridictionnelles ordinaires du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques	436
A- L'annulation du refus d'exécution de l'obligation d'agir.....	436
1- L'annulation du refus d'agir n'impliquant pas la sanction d'une obligation d'agir	437
2- L'annulation du refus d'agir impliquant la sanction d'une obligation d'agir.....	441
B- La réparation du refus d'exécution de l'obligation d'agir	443

C- L'annulation et la réparation du refus d'exécution de l'obligation d'agir	445
§2- La portée des sanctions juridictionnelles ordinaires du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques	451
A- La portée de la réparation du refus d'exécution de l'obligation d'agir.....	452
B- La portée de l'annulation du refus d'exécution de l'obligation d'agir.....	456
Section 2- La sanction administrative ordinaire du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques : la substitution.....	459
§1- La définition de la substitution et sa relation avec le refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques	460
A- La définition de la substitution.....	460
B- La relation entre la substitution et le refus d'exécution de l'obligation d'agir	462
§2- Le caractère aléatoire de la substitution comme sanction du refus d'exécution de l'obligation d'agir par les personnes publiques	465
A- Le principe : la mise en œuvre facultative de la substitution.....	465
B- L'exception : la mise en œuvre parfois obligatoire de la substitution	467
CHAPITRE 2 : LE RENFORCEMENT DES SANCTIONS ORDINAIRES DU REFUS D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'AGIR PAR LES PERSONNES PUBLIQUES	470
Section 1- Le principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir : la jurisprudence antérieure à 1980	472
§1- La rigueur du principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation	473
§2 - Les fondements du principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir	477
A- Le rejet de la séparation des pouvoirs comme fondement du principe de l'interdiction d'injonction	477
B- Le fondement pragmatique du principe de l'interdiction d'injonction : la prudence du juge administratif.....	482
Section 2- Les dérogations législatives au principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir	486
§1- L'analyse des lois dérogeant au principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir.....	488
§2- La mise en œuvre des lois dérogeant au principe de l'interdiction d'injonction à une personne publique d'exécuter son obligation d'agir.....	492
A- Le prononcé de l'injonction et (ou) de l'astreinte en présence d'obligation d'agir	492
B- Le refus de l'injonction en l'absence d'obligation d'agir	497
CONCLUSION DU TITRE II:.....	501
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE :	502
CONCLUSION GENERALE	505
BIBLIOGRAPHIE	515
Ouvrages généraux et manuels	515
Ouvrages spéciaux et thèses.....	517
Articles.....	520
Conclusions.....	525
Notes, observations et chroniques de jurisprudence	529
Textes principaux (ordre alphabétique et chronologique)	538
Codes, dictionnaires et journaux.....	539
INDEX THEMATIQUE	541
TABLES DES MATIERES	547