

**BERTRAND
SEILLER**

DROIT

**Droit
administratif**

**2. L'action
administrative**

9^e édition

Champs université

Droit administratif

Dans la même collection

- Clémence Barry et Pierre-Xavier Boyer, *Contentieux administratif*.
- Éric Canal-Forgues et Patrick Rambaud, *Droit international public*, 3^e édition.
- Michel Clapié, *Manuel d'institutions européennes*, 3^e édition.
- Jean-Pierre Clavier et François-Xavier Lucas, *Droit commercial*.
- Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*.
- Christophe de la Martinière, *Droit fiscal général*, 2^e édition.
- Rafael Encinas de Muñagorri, *Introduction générale au droit*, 4^e édition.
- Frédéric Rouvillois, *Droit constitutionnel 1. Fondements et pratiques*, 6^e édition.
- Frédéric Rouvillois, *Droit constitutionnel 2. La V^e République*, 5^e édition.
- Frédéric Rouvillois, *Libertés fondamentales*, 3^e édition.
- Bertrand Seiller, *Droit administratif 1. Les sources et le juge*, 9^e édition.
- Sylvain Soleil, *Introduction historique aux institutions*, 3^e édition.
- Jean-Louis Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e édition.

Bertrand Seiller

Droit administratif

2. L'action administrative

9^e édition

Champs université

Cet ouvrage est publié sous la direction de Frédéric Rouvillois.

© Éditions Flammarion, Paris, 2001 ; 2021.

© Éditions Flammarion, Paris, 2024.

ISBN : 978-2-0804-3869-0

À Amélie

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>AJD</i>	<i>Actualité juridique – Droit administratif.</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique – Fonction publique.</i>
Al.	alinéa.
Art.	article.
Ass.	assemblée du contentieux.
<i>BJCP</i>	<i>Bulletin juridique des contrats publics.</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles.</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle.</i>
CAA	cour administrative d'appel.
Cass. civ.	arrêt de la Cour de cassation, chambre civile.
Cass. com.	arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale.
Cass. crim.	arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle.
Cass. soc.	arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale.
CC	Conseil constitutionnel.
CE	Conseil d'État.
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme.
CGCT	Code général des collectivités territoriales.
Chr.	chronique.
CJA	Code de justice administrative.
CJCE	Cour de justice des communautés européennes.
<i>CJEG</i>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.</i>
Concl.	conclusions.

CRPA	Code des relations entre le public et l'administration.
D.	<i>Recueil Dalloz.</i>
DA	<i>Droit administratif.</i>
EDCE	<i>Études et documents du Conseil d'État.</i>
Fasc.	fascicule.
GAJA	<i>Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative (24^e édition).</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais.</i>
IR	informations rapides.
J	jurisprudence.
JCP	<i>Semaine juridique (ou Jurisclasseur périodique).</i>
JCP A	<i>Semaine juridique Administration et collectivités territoriales.</i>
JO	<i>Journal officiel de la République française.</i>
Juriscl. adm.	<i>Jurisclasseur administratif.</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
LPA	<i>Les Petites Affiches.</i>
Obs.	observations.
p.	page (indiquée directement : après une décision d'une juridiction administrative ou du Tribunal des conflits, elle renvoie au Recueil Lebon de l'année considérée ; après une décision du Conseil constitutionnel ou de la Cour de justice des communautés européennes, elle renvoie au recueil de leurs décisions).
PUF	Presses universitaires de France.
RA	<i>Revue administrative.</i>
Rap.	rapport.
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique.</i>
Rép. D.	<i>Répertoire Dalloz de contentieux administratif.</i>
Cont. Adm.	
RFDA	<i>Revue française de droit administratif.</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel.</i>

<i>RFSP</i>	<i>Revue française de sciences politiques.</i>
<i>RISA</i>	<i>Revue internationale des sciences administratives.</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue juridique de l'économie publique (ex-CJEG).</i>
<i>RPDA</i>	<i>Revue pratique de droit administratif.</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen.</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey.</i>
SC	sommaires commentés.
Sect.	section.
TA	tribunal administratif.
TC	Tribunal des conflits.
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

INTRODUCTION

Le droit administratif français a profondément évolué depuis son supposé âge d'or, sous la III^e République. Le vieux postulat de sa spécificité, sur lequel il repose depuis l'arrêt *Blanco*, semble de moins en moins vérifié. Il n'est, en effet, plus aussi aisé d'affirmer que l'activité administrative « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier », ni qu'« elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés » (TC 8 février 1873, *Blanco*, 1^{er} suppl. p. 61, concl. David ; *GAJA*, n^o 1, voir *Blanco*, p. 336). Même lorsqu'il se réfère implicitement à cette fameuse formule, le juge contemporain l'édulcore sensiblement en la cantonnant au contentieux des services publics administratifs, en réservant l'hypothèse d'une législation contraire et en se gardant d'évoquer les raisons de la spécificité du droit applicable (TC 15 novembre 1999, *Comité d'expansion de la Dordogne*, *AJDA* 1999, p. 992, chr. Fombeur et Guyomar et CE 14 juin 2019, *M. et Mme Hébert*, p. 642). Cette singulière prudence s'impose, tant « le droit administratif est l'ombre de l'État éclairé par la lumière du siècle. L'ombre varie avec le siècle et ses lumières ¹ ». C'est un truisme que d'affirmer que la société a considérablement évolué

1. J. Boulouis, « Supprimer le droit administratif? », *Pouvoirs*, n^o 46, 1988, p. 12.

depuis la fin du XIX^e siècle, offrant une conception de l'État et de son droit profondément renouvelée.

La transformation du droit administratif en découle évidemment. L'État et les autres personnes publiques portant l'action administrative dans tous les interstices de la vie économique et sociale, le secteur public tend à perdre son identité. Le rapprochement entre secteur public et secteur privé se manifeste à tout point de vue, instillant une dilution des concepts, des méthodes qui ont jadis symbolisé la spécificité du droit administratif. Certes ce droit a réussi à s'affirmer face au droit « commun » qu'était, il y a deux siècles, le droit privé et rien ne permet d'annoncer qu'il ne saura une seconde fois surmonter la nouvelle pression assimilatrice.

Elle est néanmoins plus insidieuse, puisque venant pour l'essentiel des personnes publiques elles-mêmes et particulièrement de l'État. Celles-ci tendent, en effet, à gommer les traits les plus saillants de la puissance publique. Le rapprochement qu'elles opèrent avec le secteur privé est tout à la fois matériel, organique et juridique.

Section I

LE RAPPROCHEMENT MATÉRIEL

L'administration contemporaine ne se cantonne plus à la sphère des activités régaliennes correspondant aux attributs essentiels de l'État. Depuis la fin du XIX^e siècle et dans un mouvement de perpétuelle extension, elle prend en charge, spontanément ou sous la pression sociale, de multiples fonctions. Quoi de commun entre rendre la justice, prélever les impôts, assurer la sécurité intérieure et extérieure, gérer un camping, tenir le fichier central zoologique des équidés immatriculés et organiser un festival de cinéma ? Du point de vue matériel, l'action administrative se distingue désormais

malaisément des initiatives privées. Ce rapprochement se constate dans la nature et dans l'objet des opérations administratives.

Sous-section 1

RÉGLEMENTATION ET PRESTATION

Un couple de notions est traditionnellement utilisé pour rendre compte de la nature de l'action administrative : il oppose, par souci d'euphonie, *prescription* et *prestation*. Il est toutefois préférable, pour épouser au mieux la réalité, de substituer au premier terme celui de *réglementation*.

En effet, le concept de prescription est trop étroit dans la mesure où il renvoie à une obligation, celle de se soumettre à la volonté exprimée, ici par l'administration. Prescrire, c'est commander, interdire ou autoriser. Or, si les relations entre l'administration et les administrés se résumèrent longtemps à ce mode d'organisation, il n'en est plus exactement ainsi aujourd'hui. Certes, le recours au commandement ou à l'interdiction est encore quotidien dans la gestion administrative. Cependant, nombre d'interventions cherchent désormais non à imposer mais à inciter, non à commander mais à convaincre. La prescription est complétée par l'incitation. Dans la mesure, toutefois, où le succès de l'incitation dépend des arguments avancés, des avantages promis, l'administration doit prévoir des dérogations, des assouplissements aux règles en vigueur. L'incitation rejoint alors la prescription par sa modalité de mise en œuvre : la réglementation. Prescrire d'adopter ou aménager l'ordonnancement juridique pour inciter à adopter une conduite déterminée, c'est toujours régler. L'éthique distingue ainsi, parmi les modes de direction des conduites humaines dont la réglementation est une illustration, les modes autoritaires, parmi

lesquels figure la prescription, et les modes non autoritaires, au rang desquels se place l'incitation¹. Le renoncement partiel à la prescription au profit de mécanismes incitatifs est un indice du rapprochement de la nature des actions administratives et privées.

Ce rapprochement est confirmé par le constat de ce que l'administration ne borne pas ses interventions dans la vie économique et sociale à l'édition de règles – contraignantes ou incitatives. La satisfaction des besoins d'intérêt général la conduit à procurer ou à tenter de procurer aux membres de la collectivité un certain nombre de services ou de biens. À l'opération tout intellectuelle et juridique de *réglementation* s'ajoute alors une opération concrète, matérielle, de *prestation*. La pratique en est fort ancienne, ainsi qu'en témoignent les banalités du Moyen Âge, mais elle a connu depuis la fin du XIX^e siècle une formidable expansion. L'image de la mutation de l'État-gendarme en État-providence est couramment évoquée pour traduire cette évolution. La position de l'individu face à l'administration en est profondément transformée : d'administré, il est devenu usager, voire client des services offerts. Il ne faut pas en inférer la disparition des modèles antérieurs. L'État-gendarme est toujours présent sous la gangue de l'État-providence et l'utilisateur d'un service public demeure un administré. Réglementation et prestation ne sont en réalité que des types idéaux, au sens wébérien, qui se distinguent parfois malaisément mais constituent des concepts précieux pour comprendre la nature de l'action administrative et faire apparaître son rapprochement avec l'action des personnes privées. Le même phénomène ressort de l'analyse de l'objet des interventions de la puissance publique.

1. P. Amssek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 275.

Sous-section 2

SERVICE PUBLIC ET SECTEUR PRIVÉ

Depuis l'Antiquité, les autorités publiques n'ont que rarement restreint leurs compétences aux attributions régaliennes que sont la défense, la justice, la diplomatie et la monnaie. Elles ont presque toujours assumé d'autres fonctions, ne serait-ce qu'en matière de construction et d'entretien de la voirie, d'éducation, de soins... Mais ces activités, indispensables à la vie de la collectivité, avaient pour trait commun d'être « hors marché », c'est-à-dire d'être difficilement appréciables en termes monétaires et, par voie de conséquence, non rentables. Faute d'intervention publique, leur abandon à d'hypothétiques et altruistes œuvres privées aurait inévitablement empêché la satisfaction de ces besoins d'intérêt général. L'intervention publique était donc inéluctable à leur égard.

Cette conception minimaliste de la place de la puissance publique dans la société, correspondant à l'État-gendarme précité, n'a duré qu'un temps. Plusieurs phénomènes expliquent l'incroyable diversité des objets de l'activité administrative moderne et le rapprochement qui en résulte avec l'activité du secteur privé.

En premier lieu, l'affermissement de la puissance publique, notamment en période de guerre et de crise économique, a suscité des politiques de dirigisme et d'interventionnisme économiques. L'État et les autres personnes publiques ont ainsi été amenés à prendre le relais d'initiatives privées, antérieurement suffisantes et efficaces, que les contingences historiques ont mises en difficulté. Dès lors que l'intérêt général s'en est trouvé menacé, une aide, voire une substitution des personnes publiques aux entreprises privées défailtantes, est apparue nécessaire.

En deuxième lieu, les autorités publiques ont souvent décidé de se réserver la maîtrise de services apparus au

gré des progrès scientifiques et technologiques. Inventés dans le sillage de la révolution industrielle, le chemin de fer, l'électricité, le téléphone, puis la radio et la télévision en offrent les principales illustrations, justifiées par l'importance stratégique et économique indéniable de ces services. Elles sont cependant aujourd'hui la cible d'une politique de libéralisation de la concurrence, conduisant à l'ouverture de ces marchés à l'initiative privée (voir *Service universel*, p. 358).

Ce mouvement montre, en troisième lieu, que l'extension de la sphère publique, la plus ou moins grande ingérence des personnes publiques dans la vie économique, est également le fruit du volontarisme politique. Divers gouvernements ont ainsi décidé, pour des raisons idéologiques, d'ériger certaines activités en services publics, ce qui résulta notamment de la nationalisation de multiples entreprises privées.

Toutes ces raisons expliquent que nombre des tâches accomplies par la puissance publique ne se différencient guère de celles traditionnellement laissées à l'initiative privée. L'État, comme les autres personnes publiques, n'est pas qu'un gendarme, un justicier ou un collecteur d'impôts ; il est aussi industriel et commerçant. Le rapprochement de l'objet de certaines de ses activités avec celles du secteur privé a par lui-même contribué à la dilution des notions de droit administratif. Comment prétendre appliquer un droit volontairement différent de celui gouvernant les relations entre personnes privées aux rapports qu'entretiennent, comme des industriels ordinaires, les personnes publiques avec leurs usagers ? D'autant que le rapprochement matériel amène nécessairement un rapprochement organique.

Section II

LE RAPPROCHEMENT ORGANIQUE

L'État français repose sur le dogme de son caractère unitaire, à l'opposé du fédéralisme, anciennement ancré en Allemagne, et des modèles fortement décentralisés italien ou espagnol. Avant même d'être contestée par la multiplication récente des statuts dérogatoires et l'apparition d'une République décentralisée (article 1^{er} de la Constitution) voire « communautaire ¹ », la structure unitaire de l'État masquait un discret processus d'individualisation des personnes publiques. Par ailleurs, chargées d'activités exigeant des compétences de plus en plus spécialisées et des moyens technologiques dont elles ne disposent que rarement, les personnes publiques ont été contraintes d'associer des personnes privées à l'action administrative.

Ces phénomènes, reflétés par le droit administratif de la seconde moitié du XX^e siècle, montrent que le rapprochement avec le secteur privé se manifeste aussi sur le plan organique.

Sous-section 1

L'INDIVIDUALISATION DES PERSONNES PUBLIQUES

L'État est la première des personnes publiques, chronologiquement et hiérarchiquement. Le droit administratif s'est forgé autour de lui avant de s'étendre aux personnes morales de droit public détachées de l'État, les collectivités locales – communes, départements, régions –, les établissements publics, auxquelles il faut

1. P. Fraxisse, « De l'État nation à l'État groupusculaire, chronique d'un dépérissement engagé », *D.* 2000, chr., p. 61.

désormais ajouter la Banque de France (CE 22 mars 2000, *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France*, p. 125, *AfDA* 2000, p. 410, chr. Guyomar et Collin), les groupements d'intérêt public (GIP ; TC 14 janvier 2000, *GIP « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abri »*, *ibid.*) et certaines autorités administratives indépendantes récemment créées (par exemple, l'Autorité des marchés financiers) qui constituent des personnes publiques *sui generis*. Le régime juridique applicable à ces différentes personnes de droit public, bien que relativement homogène, n'exclut pas des particularités.

L'Ancien Régime et la Révolution nous ont laissé en héritage une organisation administrative fortement centralisée, lourde d'inertie et de complexité et donc souvent inadaptée à la gestion des tâches de plus en plus diversifiées des personnes publiques. La classique gestion en régie mêle ainsi en un seul budget le financement de toutes les activités d'une même personne publique, en confie la direction aux mêmes organes et l'exécution à un personnel unique. Les enseignements de la division du travail incitent au contraire à individualiser chaque activité afin d'en permettre une meilleure appréhension et donc une gestion efficace.

Le processus peut n'être que partiel, à l'exemple des régies locales dotées de la seule autonomie financière qui ne jouissent pas de la personnalité morale mais, plus modestement, d'une individualisation budgétaire et d'organes administratifs aux très faibles pouvoirs. Les autorités administratives indépendantes, apparues en France dans les années 1970 et qui prolifèrent aujourd'hui, relèvent de la même logique tout en l'approfondissant. Elles permettent, au sein de la personne étatique, d'isoler certains organismes pour leur assurer l'indépendance nécessaire à leurs fonctions de régulateur, chargé de surveiller et, le cas échéant, de sanctionner. À leur égard, s'ajoute la volonté d'afficher un désengagement de l'État, dont l'ombre tutélaire est

aujourd'hui mal ressentie dans certains domaines sensibles (audiovisuel, marchés financiers, libertés individuelles...).

Le souci d'individualisation peut être plus abouti et se concrétiser par la création d'un établissement public. Ces « services publics personnalisés » sont parfois qualifiés de personnes publiques « fondatives », en raison de leur fondation par un tiers, en l'occurrence une des personnes publiques – dites par opposition « corporatives » – que sont l'État et les collectivités locales. Leur justification réside dans le souhait de distinguer l'activité en cause et de lui conférer une autonomie institutionnelle, juridique, budgétaire, financière et sociale. L'érection d'un service public en établissement public revient, schématiquement, à reconnaître l'existence d'une « entreprise ». Au sens économique du terme, l'entreprise est une organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou des services. Elle est l'unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique. Dans le secteur public, l'établissement public représente le moyen de singulariser un service doté de moyens propres pour remplir une mission que la personne publique de rattachement ne souhaite pas effectuer elle-même ¹.

Affirmée à propos des établissements publics administratifs (EPA) (CE Sect. Avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, p. 492, concl. Bergeal), la ressemblance avec les sociétés du secteur privé est encore plus nette pour ceux chargés d'un service public industriel et commercial. La création des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), quelquefois abusive (CE 4 juillet 1986, *Berger*, D. 1988, J. p. 91, note Fatôme et Moreau) car décidée

1. B. Plessix, « Établissements publics », *Jurisl. Adm. Fasc.* 135 et 136.

dans le seul but de soustraire leur gestion aux contraintes du droit public, traduit la volonté de se rapprocher du secteur privé. Ces établissements représentent le stade ultime de l'individualisation, le rapprochement organique avec le secteur privé étant alors maximal derrière l'enveloppe formellement publique. Du reste, le rapprochement en cause peut se manifester autrement, par l'association de personnes privées à l'action administrative.

Sous-section 2

L'ASSOCIATION DE PERSONNES PRIVÉES À L'ACTION ADMINISTRATIVE

Le recours à des personnes privées pour effectuer des tâches administratives, sous le contrôle de la puissance publique, est ancien. L'Ancien Régime l'a même pratiqué en matière fiscale au travers de la « ferme générale », dont les vices intrinsèques ont heureusement provoqué la disparition. Le XIX^e siècle fut le siècle de la concession, utilisée notamment pour la construction du réseau de chemin de fer. Son régime était particulièrement sophistiqué alors que le principe même de l'association de personnes privées à l'exécution de fonctions administratives n'était guère analysé par la doctrine juridique.

La consécration des services publics industriels et commerciaux (TC 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, dit « Bac d'Eloka », p. 91 ; D. 1921, III, p. 1, concl. Matter ; *GAJA*, n^o 34) semble avoir favorisé la reconnaissance jurisprudentielle de cette association. L'immixtion des personnes publiques dans l'activité économique du pays, c'est-à-dire dans la sphère traditionnelle des initiatives privées, étant acceptée et soumise au droit privé, il était, en effet, préférable d'admettre que des personnes privées puissent être sollicitées pour concourir à de telles activités. Confrontées

à des missions nouvelles, requérant des compétences, des moyens financiers et humains, des méthodes inconnues d'elles, les personnes publiques se tournèrent naturellement vers les entreprises privées plus aptes à les satisfaire. Conservant alors la maîtrise du service, qui reste public, la personne publique délègue sa gestion et son exploitation.

Ainsi confiés à des personnes privées, les services publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux, relèvent principalement du droit privé, même si l'attention s'est surtout focalisée sur les quelques hypothèses, certes symboliques, d'application du droit public. L'histoire a spécialement retenu les fameux arrêts *Monpeurt* (CE Ass. 31 juillet 1942, p. 239 ; RDP 1943, p. 57, concl. Ségalat, note Bonnard ; *GAJA*, n° 47) et *Bouguen* (CE Ass. 2 avril 1943, p. 86 ; S. 1944, III, p. 1, concl. Lagrange, note Mestre ; *GAJA*, n° 48) qui attribuèrent aux personnes privées chargées d'une mission de service public le droit d'édicter des actes administratifs unilatéraux relevant du juge administratif. Le transfert de pans entiers de l'action administrative dans le champ du droit privé, par le seul effet de l'intervention de personnes privées, méritait tout autant de retenir l'attention.

La dilution de la spécificité de l'action administrative en la matière ressort particulièrement des tensions qui entourent les procédures de délégation des services publics. Enjeu économique majeur, l'attribution de tels contrats suscite bien des convoitises et des malversations qui ont nourri les rôles des juridictions répressives et les colonnes des quotidiens. Une loi du 29 janvier 1993, en partie sous la pression du droit de l'Union européenne, a imposé en la matière une procédure censée garantir la transparence et une égalité des chances entre les candidats. Le champ d'application de cette loi indispensable resta néanmoins incertain jusqu'à ce que le législateur reprenne à son compte, en 2001, la définition prétorienne de la convention de délégation de service public.

L'état du droit est aujourd'hui défini par le code de la commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.

Soumis au droit privé, ramené à d'édifiantes guerres économiques entre multinationales, le service public, et avec lui l'activité de la puissance publique, échappe pour partie à l'emprise du droit spécifique qui le régissait initialement, le droit administratif. En outre, les rapprochements matériel et organique jusqu'à présent examinés entre les sphères publique et privée laissent entrevoir un rapprochement juridique.

Section III

LE RAPPROCHEMENT JURIDIQUE

La participation des personnes privées à l'action administrative, elle-même fruit de l'intervention de la puissance publique dans la vie économique, n'a pas que des conséquences institutionnelles. Les développements précédents ont révélé que cette participation a contribué à la dilution du régime juridique dont elle relève et ont permis de pressentir l'édulcoration des instruments juridiques désormais utilisés pour l'accomplir.

Sous-section 1

LA DILUTION DU RÉGIME JURIDIQUE

L'École du service public, dont le héraut fut Duguit (voir tome 1, p. 303), a tenté d'assigner à l'action administrative un fondement et une limite et de déterminer le critère du droit administratif. Exhumant l'arrêt *Blanco*, déjà ancien et passé inaperçu sur ce point, elle a cru pouvoir conférer cette insigne qualité au *service public* : « La notion de service public devient la notion fondamentale du droit

public moderne. Les faits vont le démontrer¹. » Les faits, et plus précisément la jurisprudence, devaient rapidement révéler l'outrance de cette affirmation séduisante mais inadaptée aux évolutions d'un monde en pleine mutation.

Il est vrai que, jusqu'au début du XX^e siècle, le constat de ce que l'activité à l'origine du litige était le fait d'une personne publique dans le cadre d'un service public incitait à le soumettre aux juridictions administratives. Toutefois, d'une part, la jurisprudence n'était pas aussi claire et tranchée ; d'autre part, elle dut tenir compte de la diversification des activités des personnes publiques provoquées par le premier conflit mondial. C'est pourquoi l'action administrative s'exerce aujourd'hui, selon les hypothèses, sous un régime de droit public ou de droit privé.

Le champ du droit administratif est désormais ramené à la notion, fort vague et volontiers tautologique, de *gestion publique*. Celle-ci recouvre les différentes situations mettant en cause une activité de service public et en œuvre des prérogatives de puissance publique. Par la force des choses, elles concerneront plus souvent les activités de personnes publiques que de personnes privées, sans que ce dernier cas de figure soit pour autant exceptionnel.

Il n'en reste pas moins que le droit administratif cesse de s'appliquer, au profit du droit privé, en présence de cas de gestion privée. Ceux-ci visent d'abord la gestion du domaine privé, que les personnes publiques gèrent comme feu le « bon père de famille » du Code civil gère son patrimoine. Ils concernent également les litiges survenant à l'occasion de la fourniture de services publics industriels et commerciaux et ne traduisant pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. Ils incluent enfin, *a contrario*, les litiges liés à l'activité de personnes privées associées à l'exécution d'une mission

1. L. Duguit, *Les Transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. 19.

de service public administratif mais n'ayant pas usé de prérogatives de puissance publique.

On comprend dès lors que, compte tenu de la diversité, évoquée précédemment, des services publics industriels et commerciaux ainsi que de l'appel toujours plus fréquent à des entreprises privées pour la gestion des activités administratives, droit administratif et droit privé se partagent presque également l'empire sur celles-ci. Encore faut-il tenir compte de l'attribution de la connaissance de certains contentieux proprement administratifs aux juridictions judiciaires (voir tome 1, p. 278 *sq.*), par diverses lois contemporaines portant le plus souvent sur des autorités administratives indépendantes (Autorité des marchés financiers, Autorité de la concurrence, Commission de régulation de l'énergie...). Se heurtant à l'hostilité des juridictions administratives, ces dérogations au jeu normal du principe de séparation des autorités ont été le théâtre d'une sourde rivalité, signe le plus visible de la résistance à la marginalisation du droit administratif (TC 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, p. 292 ; *RFDA* 1989, p. 457, concl. Stirn). Malgré sa réussite apparente, cette réaction débouche aujourd'hui sur certaines difficultés, le juge administratif n'étant pas le mieux armé pour se livrer aux appréciations d'ordre économique que le législateur avait préféré confier à l'ordre judiciaire. Contraint, pour trancher les litiges en cause, à se référer à des concepts plus familiers au droit privé, le juge administratif contribue involontairement à leur pénétration insidieuse en droit administratif. Le même constat ressort de l'examen des instruments juridiques aujourd'hui privilégiés par la puissance publique.

Sous-section 2

L'ÉDULCORATION DES INSTRUMENTS JURIDIQUES

L'administration ne peut plus procéder aujourd'hui comme au temps de Napoléon. Les progrès de la

démocratie, la vigilance des médias ou des associations d'usagers, la perte de prestige de la puissance publique ont provoqué un recul de l'action unilatérale, autrefois instrument privilégié de la gestion administrative. La nécessité – ou la croyance en la nécessité – de susciter l'adhésion pour mener à bien une politique, l'exigence de transparence expliquent le développement contemporain de l'action concertée.

Se bornant à faire régner l'ordre au sein de la collectivité, l'État-gendarme procédait par prescription : il obligeait, interdisait, autorisait. Le droit administratif reste profondément empreint de ces procédés initiaux et son vocabulaire le reflète encore (« prérogative de puissance publique », « clause exorbitante », « administré »...). Même lorsque, exceptionnellement, l'administration concluait un contrat, elle bénéficiait d'une position privilégiée (résiliation unilatérale, modification unilatérale, sanction...). Toutefois, dans le cadre de l'action unilatérale, le terme de « réglementation » est aujourd'hui préférable à celui de « prescription » dans la mesure où les personnes publiques se bornent souvent à inciter les individus à adopter le comportement qu'elles souhaitent (voir *supra*, p. 15). La volonté de la puissance publique de se démarquer de ses anciennes pratiques produit d'ailleurs une évolution qui n'est pas seulement terminologique. À la réglementation devrait désormais s'ajouter la *régulation*, confiée principalement aux nombreuses autorités administratives indépendantes et consistant en un mode encore moins directif d'orientation des conduites individuelles.

Ce phénomène de recul de l'autorité publique, tout à la fois subi et voulu par celle-ci, s'accompagne, à l'inverse, d'une prédilection récente pour l'action concertée. Pour reprendre le vocabulaire de l'éthique, la traditionnelle direction hétéronome – c'est-à-dire imposée de l'extérieur – des conduites humaines cède peu à peu du terrain à une direction autonome – en réalité moins librement décidée que librement acceptée.

Est ainsi confirmée la loi formulée, au XIX^e siècle, par le juriste et sociologue anglais Henry Maine, selon laquelle la technique juridique évolue du « statut » – essentiellement unilatéral – au contrat. Or ce dernier, par lequel deux personnes s'engagent réciproquement aux fins de régler leurs relations juridiques, est l'instrument privilégié du droit privé : le Code civil ne consacre pas moins de cent cinquante articles à la fixation de ses règles générales.

De multiples procédés illustrent cette propension des autorités publiques à renoncer à leurs prérogatives d'action unilatérale pour associer les destinataires aux actes qu'elles prennent (sur le principe et ses modalités, voir désormais les articles L 131-1 *sq.* CRPA). Cela peut consister en l'ouverture d'un dialogue préalable à l'édition d'une décision qui reste unilatérale : tel est le cas de diverses procédures en matière d'interventions immobilières qui sont précédées de la consultation des personnes intéressées. Lorsque l'administration est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalablement à l'édition d'un acte réglementaire, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir, sur un site internet, les observations des personnes concernées (article L 132-1 CRPA). L'administration peut aussi organiser une enquête publique, en dehors des cas prévus en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ou de protection de l'environnement. Cette enquête a pour objet d'assurer l'information et la participation du public ainsi que la prise en compte des intérêts des tiers lors de l'élaboration d'une décision administrative (articles L 134-1 *sq.* CRPA). La négociation et la concertation offrent, quant à elles, la possibilité aux intéressés de participer plus étroitement à la détermination du contenu des décisions qui restent formellement prises par la puissance publique. Parmi les principales illustrations de ces procédés figurent, en matière de sécurité sociale, la fixation des objectifs et des honoraires médicaux, ou,

pour la fonction publique, la détermination de l'évolution des rémunérations. Dans certains cas, la volonté d'associer plus étroitement encore les usagers au pouvoir de décision conduit à leur réserver des places au sein des organes de décision (par exemple, les conseils d'administration des universités).

Degré supérieur de rapprochement avec les instruments juridiques du droit privé, la *contractualisation* connaît un essor considérable depuis la fin du XX^e siècle. Elle consiste à faire découler la décision de la négociation et de l'accord de volonté des partenaires. Le goût pour le procédé contractuel est tel qu'il est parfois utilisé dans des hypothèses étonnantes, traditionnellement dominées par l'action unilatérale. Ainsi du droit fiscal, qui connaît divers agréments dont l'effet, en contrepartie de certains engagements, est de bénéficier d'exonérations d'impôts. Ainsi encore du maintien de l'ordre public qui s'organise désormais, au niveau communal, par des « contrats locaux de sécurité ». Ainsi enfin – mais la liste n'est pas exhaustive – des projets de service signés au sein des services publics, entre autorités relevant de la même personne morale, pour responsabiliser les agents des services. Ce dernier exemple met en évidence l'artifice que recouvre le plus souvent la contractualisation : comment une même personne juridique pourrait-elle se lier contractuellement vis-à-vis d'elle-même ? Les contrats locaux de sécurité se heurtent, eux aussi, à une limite non pas organique mais matérielle : le pouvoir de police ne s'exerce pas contractuellement.

En réalité, la façade conventionnelle n'est souvent que le paravent d'un authentique acte unilatéral (CE Sect. 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, p. 181), quand elle n'est pas l'habillage trompeur de dispositions sans valeur juridique (cas des contrats locaux de sécurité)¹. Le recours au procédé contractuel

1. Voir S. Hourson, *Les Conventions d'administration*, LGDJ, 2013.

n'est cependant pas sans signification profonde. Il traduit la répugnance actuelle des personnes publiques à affirmer leur autorité, à utiliser explicitement les moyens juridiques exorbitants mis à leur disposition pour faire prévaloir leur volonté et l'intérêt général.

Elles préfèrent se présenter comme les égales de leurs assujettis, donnant corps au constat désabusé et vaguement nostalgique du dépérissement de l'État. Sociologiquement, elles œuvrent de la sorte au rapprochement préoccupant des secteurs public et privé, et à sa conséquence juridique inéluctable, le rapprochement des droits administratif et privé au détriment du premier.

C'est sous la réserve des évolutions qui affectent actuellement le droit administratif que l'étude peut maintenant en être poursuivie. Le premier tome de cet ouvrage ayant été consacré aux sources du droit administratif, à l'ordre juridictionnel administratif et à la compétence de cet ordre, éléments structurants, le présent tome traite de l'action administrative proprement dite. Les notions abordées font la spécificité du droit administratif, sur lesquelles il s'arc-boute en réaction contre le droit privé. Elles assignent aux autorités administratives des fins (première partie) en vue desquelles leur sont conférés des moyens (deuxième partie) soumis à de strictes limites (troisième partie).

Première partie

LES FINS

Les fins de l'action administrative sont singulières. Inhabituelles, voire impossibles, dans la sphère privée, elles ne pouvaient être régies par le droit « commun » issu du Code civil. En elles, plus qu'en tout autre élément, réside le fondement du droit administratif. La formule de l'arrêt *Blanco* (TC 8 février 1873, 1^{er} suppl., p. 61, concl. David ; *GAJA*, n° 1, voir *Blanco*, p. 336) souligne que la responsabilité du fait du service public « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier » et qu'elle « a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Raisonnant comme si la finalité de service public était seule spécifique à l'action administrative, cet arrêt a conduit certains auteurs, au début du XX^e siècle, à considérer que le service public était le concept fondateur du droit administratif et de la compétence des juridictions administratives. Apparue à l'époque où l'État-providence prenait le pas sur l'État-gendarme, cette conception était cependant excessive et fut rapidement démentie par la jurisprudence. Elle eut néanmoins le mérite d'éclairer le rôle central de la notion de service public dans l'élaboration et l'organisation de ce droit : parmi les solutions qu'il consacre, bien peu sont étrangères à cette finalité de l'action administrative.

Pourtant, cela a été évoqué dans l'introduction de ce volume, l'État-gendarme n'a pas disparu avec le développement des services publics. Les autorités publiques

assurent toujours la police de la collectivité afin d'y maintenir l'ordre public nécessaire au libre jeu des relations sociales. Il est vrai que la mission de police administrative répond aux critères du service public : elle est bien le fait de personnes publiques agissant dans l'intérêt général. Certes aussi, des pouvoirs de police sont souvent mis en œuvre dans le cadre de la gestion des services publics. L'assimilation théorique de la police administrative à un service public fut ainsi démontrée en son temps par Duguit, soucieux de ramener l'ensemble de l'action administrative au second concept. Mais le fondement disciplinaire¹ et le régime juridique original de la police administrative justifient que lui soient consacrés des développements particuliers.

Le service public (chapitre I) et l'ordre public (chapitre II) apparaissent en conséquence comme les deux fins de l'action administrative.

1. Voir E. Picard, *La Notion de police administrative*, LGDJ, 1984.

Chapitre I

LE SERVICE PUBLIC

La prise en charge par les personnes publiques de certains besoins sociaux est ancienne. Quelques activités de service public sont même dites *régaliennes* pour refléter leur consubstantialité au concept d'État. Nul n'imagine, en France en tout cas, de confier aux initiatives privées le soin de rendre la justice, d'assurer la sécurité intérieure et extérieure, d'entretenir les relations diplomatiques ou de battre monnaie et de prélever les impôts. Ces activités de service public primordiales ont rarement été exclusives, ainsi qu'en témoigne l'annone, service initialement chargé, dans la Rome antique, de fournir du blé aux indigents avant d'étendre ses prestations à des denrées moins essentielles et même à des vêtements. Si variations il y eut au cours des siècles dans les pays occidentaux, ce fut moins dans le principe de l'*attribution* de missions de service public aux personnes publiques que dans le *champ* de ces missions. Les périodes de renforcement de l'autorité étatique, les temps de crise économique, furent ainsi propices à la diversification du service public. Il ne faut toutefois pas se leurrer sur la finalité de ces interventions publiques : elles eurent le plus souvent pour objectif d'assurer, par un relatif bien-être, la paix sociale et le maintien de l'autorité publique sur la collectivité. Aujourd'hui la dimension providentielle, altruiste, mise en avant par le recours à l'idée d'intérêt général (voir article L 100-2 CRPA), est dominante¹. Au début du XX^e siècle, les

1. J. Chevallier, « L'intérêt général dans l'administration française », *RISA* 1975, p. 235.

travaux de Duguit et des autres membres de l'École du service public (Jèze, Bonnard, Rolland, etc.) y ont largement contribué. Cherchant à affirmer l'autonomie du droit administratif, ces auteurs ont cru pouvoir lier son existence à la finalité extraordinaire de l'action administrative : le service public. Leur démonstration s'appuie sur une relecture littérale et tardive de l'arrêt *Blanco*. Reposant selon eux sur une notion propre, étrangère à la sphère privée, le droit administratif ne devait plus être présenté comme dérogoire au droit privé. Par ailleurs, assignant une finalité précise à l'action publique, ces auteurs parvinrent simultanément à la légitimer et à la limiter. Selon eux, l'État et les autres personnes publiques n'existent que pour satisfaire les besoins d'intérêt général des citoyens et ne peuvent se livrer à d'autres activités. « Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental ¹. » En revanche, dans le cadre de leur mission, les autorités publiques doivent disposer des moyens propres à en garantir l'accomplissement et donc à faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts privés. L'École du service public, malgré son absence d'écho en jurisprudence, a concouru à placer le concept en cause au cœur du processus de légitimation de l'État. Le but supérieur, désintéressé, assigné aux personnes publiques et à leurs agents légitime leur action et l'usage de la puissance publique.

Ce modèle français de service public, réalisant une manière d'accord entre les théories socialistes et libérales, a été contesté par le droit de l'Union européenne qui pose le primat de la libre concurrence. Celle-ci était, en effet, incompatible avec certaines interventions des personnes publiques visant à prendre en charge des besoins sociaux, à en écarter les initiatives privées ou à les décourager. Après une période de tension au début

1. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Éditions de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 62.

des années 1990, les instances européennes ont rapidement accepté d'infléchir leur conception et de mieux prendre en considération les nécessités de l'intérêt général (voir *Service universel*, p. 358). Néanmoins, les modalités d'organisation de certains grands services publics français ont été profondément affectées par l'influence européenne. Leur traitement juridique est resté, en revanche, quasiment inchangé. Le maintien du concept et du régime des services publics autorise ainsi leur présentation au regard du seul droit français.

Section I

LE CONCEPT

Pour les tenants du critère du service public, le droit administratif était le droit applicable aux services publics, le juge administratif, le juge des activités de service public, l'État, enfin, une « coopération de services publics ¹ ». C'est dire que, pour eux, le concept et le régime s'identifiaient : il n'existait qu'un seul type d'activités qualifiable de service public et qu'un seul droit applicable à celui-ci. Le service public était alors une notion parfaitement unitaire, homogène, tirant précisément de cette qualité ses vertus unificatrice et explicative du droit public.

Cette démonstration cohérente reposait toutefois sur une vision des activités publiques en décalage avec les évolutions qu'était en train de connaître la société du début du XX^e siècle. Duguit, qui se réclama pourtant de la méthode sociologique, ne perçut pas les inévitables conséquences juridiques qu'aurait l'intervention croissante des personnes publiques dans la vie économique et sociale. Les nouvelles activités de service public, fort

1. *Ibid.*, p. 59.

éloignées des classiques services régaliens et très proches des entreprises du secteur privé, étaient peu compatibles avec l'application du droit administratif. Leur ambivalence fut consacrée en jurisprudence laquelle, tout en leur reconnaissant le caractère de services publics, les soumit au droit privé (TC 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, dit « Bac d'Eloka », p. 91 ; *GAJA*, n° 34). La fin de l'unité du concept de service public, qui mettait à bas toute sa construction, souleva l'hostilité de Duguit : « De deux choses l'une, ou une activité est un service public ou elle ne l'est pas. Si elle est un service public, elle a toujours les mêmes caractères ; toutes les conséquences qui se rattachent à ce qu'elle est un service public doivent s'appliquer¹. » En réalité, l'unité du service public reste assurée par des caractères communs masqués par l'apparente dualité des types de services publics issue de l'arrêt de 1921.

Sous-section 1

UNITÉ

L'expression « service public » souffre, dans le langage courant, d'une polysémie : elle revêt tantôt un sens matériel désignant alors un certain type d'activité (« le service public du transport ferroviaire »), tantôt un sens organique visant dans ce cas un organisme gestionnaire d'un tel service (« la SNCF est un service public »). La langue juridique, elle, réserve à l'expression la première acception : le service public est une activité.

La place essentielle qu'elle attribuait au concept aurait dû conduire l'École du service public à en préciser la définition. Or d'une part, Duguit, pétri de positivisme sociologique, le définissait de manière obscure : « C'est toute activité dont l'accomplissement doit être

1. *Ibid.*, p. 81.

assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de nature telle qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante¹. » D'autre part, plus réaliste mais guère plus éclairant, son disciple Jèze envisageait les services publics comme « les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public² ». En écho, certains auteurs contemporains estiment que la définition en est impossible et qu'il ne s'agit que d'un *label* apposé par le législateur, le pouvoir réglementaire ou le juge au vu des caractères présentés par l'activité à qualifier³. Ce dernier élément implique cependant que des critères existent qu'il convient de combiner pour définir le service public. En effet, il s'agit d'une activité d'intérêt général maîtrisée par une personne publique. Le régime exorbitant auquel cette activité est soumise est, quant à lui, indifférent.

A. Une activité d'intérêt général

Dans l'expression « service public », l'adjectif renvoie à l'idée que l'activité ainsi qualifiée bénéficie à la collectivité. Le service public, service *du* public, ne se conçoit pas sans référence à l'intérêt général. Or, bien qu'il soit aujourd'hui affirmé que « l'administration agit dans l'intérêt général » (article L 100-2 CRPA), cette notion est elle-même des plus fuyante (voir tome 1, p. 316).

1. *Ibid.*, p. 61.

2. Giard et Brière, *Les Principes généraux du droit administratif*, 2^e éd., 1914, p. 247.

3. D. Truchet, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, label de service public et statut de service public », *AJDA* 1982, p. 427.

Certes, chacun perçoit plus ou moins clairement l'opposition entre l'intérêt général et l'intérêt privé. La commune gérant une crèche et l'épicier gérant son magasin n'œuvrent évidemment pas dans des buts identiques. Mais est-ce aussi évident quand l'épicier tient le dernier commerce d'un petit village rural ? Le maintien de son activité n'est-il pas essentiel dans la lutte contre le dépeuplement, préoccupation d'intérêt général ? En une telle hypothèse, intérêt privé – l'épicier cherche avant tout à subvenir à ses propres besoins – et intérêt général semblent se rejoindre. Pourtant, le fait que le second ne soit satisfait que « par ricochet » incite à exclure la qualification de service public. Celle-ci doit nécessairement être réservée aux activités les plus directement soucieuses de l'intérêt général, à celles qui le servent *prioritairement*. L'intégration de l'essentiel des activités humaines au sein du service public serait sinon à craindre, tant il est rare qu'elles n'aient pas, du moins incidemment, un quelconque aspect d'intérêt général (CE 12 mars 1999, *Ville de Paris*, p. 778).

En réalité, l'intérêt général porté par le service public transcende les intérêts privés. Il n'en est ni la retombée, ni la somme arithmétique. Il n'a même pas nécessairement pour but leur satisfaction indirecte. À l'extrême, comme l'illustre le système fiscal, la collectivité peut tirer profit d'une activité qui ne satisfait par elle-même aucun intérêt privé. Seules les activités dont le but prioritaire est la satisfaction de l'intérêt général sont donc susceptibles de relever du service public – encore faut-il que le critère de la maîtrise par une personne publique soit également satisfait (voir *infra*). Cette conception a été proposée, sous une autre présentation, par René Chapus¹ qui distingue les *activités de plus grand service*, tendant à satisfaire le mieux possible l'intérêt de tiers par rapport à l'organisme responsable, et les *activités de plus grand profit*, visant, quant à elles, à satisfaire le

1. « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, p. 235.

mieux possible l'intérêt propre de l'organisme responsable. À condition que le critère de la maîtrise publique soit rempli, les premières seront qualifiées de service public, qualité refusée aux secondes à moins que le profit ne soit recherché qu'afin de financer des activités elles-mêmes de plus grand service (comme le système fiscal).

Ces premiers éléments d'ordre théorique expliquent, sans la refléter, la jurisprudence en la matière.

Le juge n'adopte pas, il est vrai, une conception rigide de l'activité d'intérêt général qualifiable de service public. Considérant à juste titre que les besoins d'une société ne sont pas figés – hormis logiquement les missions régaliennes – et univoques, il cherche à en épouser les évolutions, à en traduire la diversité. Ainsi, dès 1916, a-t-il évoqué, au grand dam de l'annotateur, la possibilité qu'un théâtre constitue un service public (CE 7 avril 1916, *Astruc*, S. 1916, III, p. 41, note Hauriou). Ainsi attribue-t-il encore la même qualité à la gestion par une commune d'un hôtel-restaurant lorsque les circonstances locales s'y prêtent (CE 10 juin 1994, *Lacan*, p. 298) et la refuse-t-il dans le cas contraire (CE 12 mars 1999, *Ville de Paris*, précité). Tout est affaire d'espèce et bien peu d'activités sont en elles-mêmes rebelles à l'érection en service public. Le refus traditionnel de reconnaître cette qualité à la gestion de leur domaine privé par les personnes publiques est, par exemple, depuis longtemps contesté.

Ces derniers exemples conduisent à s'intéresser également au substantif dans l'expression « service public ». La tentation est grande de réduire ces activités à des missions de prestation fournies aux usagers. Le service public s'identifierait alors au secteur tertiaire dans la classification économique. Cependant, si de nombreux services publics contemporains illustrent cette conception, elle connaît quelques contre-exemples : bien des services publics ne se traduisent concrètement que par la prise de décisions, sans prestation matérielle. Les