

# DROIT PUBLIC

## Préparation aux concours de catégories A et B



La France est un Etat. Son régime est démocratique et repose sur un Etat de droit. En ce sens, l'Etat est soumis à des règles juridiques qui lui imposent des droits et des obligations.

## ❶ L'Etat

### ► La genèse de l'Etat

L'Etat constitue la pierre angulaire des sociétés humaines actuelles. Il n'a pourtant pas toujours existé. Il est le fruit d'une longue maturation des sociétés humaines. Au-delà des réflexions doctrinales qui ont opposé juristes, sociologues et philosophes, il ressort que « l'Etat moderne donne naissance à un appareil distinct de la société civile et qui s'en différencie ».

L'appareil étatique n'existait pas plus dans les sociétés primitives que dans les cités grecques. La confusion des pouvoirs, qui a lié les pouvoirs politiques et religieux sous l'Empire romain et le Moyen-âge, a laissé place, du temps de Philippe Le Bel (XIII<sup>e</sup> siècle), à la théorie des deux glaives faisant écrire aux légistes que le Roi est empereur en son Royaume. Plus après, la théorie de l'absolutisme de Bodin est venue parachever la définition moderne de l'Etat (« le roi est mort, vive le roi ») marquant ainsi, par-delà la personne du monarque, la continuité d'une entité qui lui est supérieure.

Le fait marquant du XX<sup>e</sup> siècle repose sur la multiplication des Etats. Ils permettent à des populations de faire valoir leurs droits en partageant des valeurs communes. Ainsi, alors qu'ils étaient 82 en 1958, les Etats membres de l'ONU sont aujourd'hui 193 (sous l'influence de la décolonisation, de la chute de l'URSS etc.) et leur nombre pourrait encore croître. Les débats portant sur l'indépendance de l'Ecosse ou de la Catalogne en sont des exemples. Pourtant, l'Etat, s'il semble indispensable à la vie en société, ne paraît plus indépassable.

L'Etat s'apprécie au regard d'éléments constitutifs qui fondent son existence. Au cours des siècles, son rôle a évolué pour profondément se transformer durant le XX<sup>e</sup> siècle. Aujourd'hui, son monopole est remis en cause par la constitution d'organisations qui dépassent le cadre de ses seules frontières ou viennent enrichir son organisation interne.

### ► Les éléments constitutifs de l'Etat

Trois éléments cumulatifs permettent de vérifier l'existence d'un Etat : un territoire, au sein duquel vit un peuple partageant des valeurs communes : un pacte social.

D'une part, l'Etat se reconnaît à son territoire délimité par des frontières. L'Etat peut être composé d'un espace homogène ou d'une multitude d'espaces (comme c'est le cas de la France). Cependant, au sein de chaque Etat, il existe des parcelles de territoires qui ne lui appartiennent pas : les ambassades. En dehors des exceptions résultant d'engagements internationaux, l'Etat a toute latitude pour organiser ses pouvoirs publics.

D'autre part, l'Etat est constitué d'une population. Cette population se voit confier une nationalité par le droit du sang et/ou le droit du sol. Ainsi, l'Etat est avant tout un Etat-Nation<sup>1</sup>.

Enfin, l'Etat n'existe que parce qu'il crée en son sein des règles communes. Il s'agit d'un pacte qui porte souvent le nom de Constitution et qui permet à un Etat d'exercer sur sa population et son territoire le monopole de la souveraineté (monopole de la contrainte légitime : Max Weber).

Au niveau international, les Etats sont les seules entités à avoir la compétence de leurs compétences (Jellinek), soit dit autrement leur souveraineté. Ainsi, l'Union européenne n'est pas un Etat puisqu'elle dispose de compétences d'attribution que lui confèrent ses Etats membres. C'est la souveraineté qui confirme la légitimité de l'existence d'un Etat. Cette souveraineté doit cependant être reconnue par les autres Etats, pour preuve la demande faite aux autres membres de l'ONU en septembre 2011 par l'Autorité palestinienne de reconnaître l'existence d'un Etat palestinien alors même que la Palestine dispose de tous les éléments constitutifs de l'Etat. Ainsi, la Palestine a été reconnue en tant qu'Etat observateur en novembre 2012. Reconnaître l'Etat, c'est lui reconnaître sa légitimité à être souverain.

### ► La crise de l'Etat providence

L'Etat a beaucoup évolué au cours du XXe siècle et singulièrement sur le plan des missions qu'il a pu s'attribuer. Le siècle dernier a ainsi marqué l'extension puis le reflux de l'Etat.

---

<sup>1</sup> Article des cahiers français

Initialement, l'Etat s'entendait au travers de ses pouvoirs régaliens : police, justice, défense, monnaie. Puis, l'intervention des Etats s'est faite de façon de plus en plus prégnante dans la sphère socio-économique. Sous le poids de besoins accrus de la société, une mutation de l'Etat s'est effectuée jusque dans les années 1970. L'Etat, du fait des crises économiques, est intervenu pour répondre aux problèmes sociaux et aux carences du secteur marchand, jusqu'à devenir un acteur économique à part entière, mais aussi pour combler de nouveaux besoins, notamment environnementaux. L'Etat providence, inspiré du modèle scandinave et de la pensée économique keynésienne, marque ainsi la forme la plus interventionniste en matière d'économie (nationalisation) et en matière sociale (développement de la protection sociale) après la seconde guerre mondiale. Les Etats occidentaux, au premier rang desquels les Etats européens, se caractérisent alors par de hauts niveaux de dépenses publiques. Par ailleurs, les Etats se sont bâtis, sous le signe de la reconstruction post conflit, à travers la planification (plan Marshall). L'Etat organise son économie au travers d'une stratégie privilégiant le plan sur la loi, l'économie sur le droit (J. Chevallier).

L'organisation planifiée de l'économie va cependant marquer un recul à la suite des deux chocs pétroliers des années 1970. Sous l'impulsion des révolutions conservatrices en GB et aux Etats-Unis, inspirées par l'école de Chicago du Public choice (Friedman) ayant théorisé le New public management, les Etats occidentaux vont impulser un mouvement de recul de la puissance publique dans la sphère économique. Les nationalisations vont laisser place aux privatisations. Dès lors que le secteur public (c'est-à-dire en particulier les entreprises publiques) va refluer au profit du secteur marchand dans des pans entiers de l'économie (banques, assurance, transports, énergie), l'Etat n'étant plus le planificateur mais tout au plus l'actionnaire, voire le régulateur, organisant la concurrence pure et parfaite entre les entreprises du secteur marchand en son sein. Dès lors, des auteurs peuvent constater la crise de l'Etat-providence (P. Rosanvallon).

### ► La crise de l'Etat-Nation

Cette redéfinition du rôle de l'Etat s'est accompagnée d'une mise en cause du pouvoir central. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, le monopole de l'Etat dans la mise en œuvre de l'action publique n'est plus exclusif. Dans le contexte de la mondialisation des échanges, des savoirs et des peuples, l'Etat-Nation apparaît en recul cependant qu'aucune entité n'est aujourd'hui parvenue à assurer un contre-modèle d'organisation des sociétés.

La mondialisation, qui met en scène de nouveaux enjeux (globalisation de l'économie, internationalisation des conflits, cosmopolitisation des risques), implique la recherche de cadres de décision plus globaux :

- l'ONU qui rassemble les Etats pour discuter des problématiques civiles, politiques, économiques, sociales et environnementaux ;
- les institutions internationales (OMC, FMI, Banque Mondiale) qui organisent les échanges commerciaux et régulent les interventions financières en direction des Etats ;
- les autres institutions, comme l'UNESCO en matière culturelle, le BIT pour ce qui concerne le travail, réfléchissent à des normes internationales dans leurs domaines de compétences respectifs...

Au-delà des institutions, de grandes firmes internationales dépassent aujourd'hui les seules frontières des Etats dans lesquels sont implantées leurs sociétés-mères. Le droit international tente ainsi de régler des conflits qui dépassent les frontières des seuls pays d'origine. De même, les organisations non gouvernementales, voire des associations, semblent parfois mieux équipées pour répondre à certaines urgences humanitaires ou environnementales.

Enfin, les Etats, à des degrés divers, sont englobés dans de grands ensembles. Certains, parmi lesquels les pays de l'Union Européenne, sont dans une logique d'intégration forte. Les Etats ne sont alors plus les seuls détenteurs du pouvoir de créer la norme. Ils délèguent une partie importante de leurs compétences à l'Union européenne ou, du moins, s'accordent et se concertent sur les grands sujets internationaux (gestion des dettes souveraines, immigration intra européenne). Ensuite, la logique communautaire repose sur le principe de subsidiarité qui se traduit par l'attribution des compétences au niveau local le mieux adapté à la réalisation des politiques publiques. Ainsi, les Etats se sont en partie déconcentrés sur leurs territoires et, selon qu'il s'agisse d'Etats fédéraux ou d'Etats unitaires, ont renforcé l'autonomie de leurs Etats fédérés ou collectivités territoriales donnant vie à de véritables contre-pouvoirs locaux.

## ● L'Etat de droit

S'il ne peut exister d'Etat sans souveraineté, il ne peut exister de démocratie sans Etat de droit. Les institutions politiques occidentales fonctionnent à l'aune de ce postulat.

## ► Qu'est-ce qu'une démocratie ?

Au sens grec antique, la démocratie est l'un des régimes qui peut régenter la vie en société et qui se caractérise par le pouvoir du peuple. Au sens de la démocratie athénienne, le peuple se comprend comme un ensemble de citoyens définissant les règles de vie de la Cité, excluant de facto femmes et esclaves.

Les démocraties occidentales sont marquées, depuis les révolutions américaine et française, du sceau de l'universalisme du suffrage. Il faudra cependant attendre de nombreuses décennies pour que soient successivement abandonné le suffrage censitaire et accordé le droit de vote des femmes. La dernière des avancées est celle du droit de vote des étrangers, en partie accordée aux ressortissants communautaires à l'occasion des scrutins locaux et européens. A l'occasion de la dernière élection présidentielle, l'idée a également été avancée de pouvoir faire voter les étrangers non communautaires aux élections locales.

La démocratie occidentale se reconnaît comme « la combinaison d'élections libres, du gouvernement majoritaire et du respect de l'Etat de droit » (JL Quermonne). Cette définition permet de distinguer :

- d'une part, les régimes démocratiques occidentaux des régimes autoritaires, voire totalitaires au sein desquels ne sont pas organisées d'élections ;
- d'autre part, les démocraties électives des démocraties populaires, marquées par des partis uniques.

Qui plus est, la démocratie pluraliste se comprend comme « le gouvernement du peuple exercé par la majorité librement exprimée de celui-ci, dans le respect du droit pour la minorité de manifester son opposition, garanti par l'Etat de droit ». La meilleure preuve de la démocratie pluraliste repose sur l'alternance politique. Elle permet à la minorité d'espérer devenir majoritaire.

La démocratie occidentale est donc à la fois affaire de politique et de droit. Il s'agit là de la confrontation doctrinale entre Schmitt et Kelsen, le premier ayant conduit à légitimer le nazisme tandis que le second révélait l'existence de droits fondamentaux que la majorité ne pouvait aliéner à la minorité quelles que soient les alternances politiques.

## ► La séparation des pouvoirs

L'article 16 de la DDHC dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

La séparation des pouvoirs repose sur l'idée que les pouvoirs équilibrent les pouvoirs. Autrement dit, le pouvoir connaît des contre-pouvoirs : « Il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir » (Montesquieu, L'esprit des lois).

Durant plusieurs siècles, cette séparation s'est traduite par la distinction entre trois pouvoirs de manière à faire face à l'absolutisme royal :

- le pouvoir législatif, chargé de faire la loi ;
- le pouvoir exécutif, chargé de mettre en application ces lois ;
- le pouvoir judiciaire, chargé de contrôler la bonne application des lois.

Cette distinction des pouvoirs est cependant différente selon que les Etats ont opté pour une séparation stricte ou souple des pouvoirs. Ainsi, la distinction régime présidentiel/régime parlementaire a longtemps constitué la *summa divisio* du droit constitutionnel.

Historiquement, le régime présidentiel est apparu le premier, aux Etats-Unis, et n'a pas vraiment connu de développement international. En effet, le régime présidentiel repose sur une logique de séparation stricte des pouvoirs. Aucun pouvoir ne peut exercer de pression sur un autre si bien qu'ils sont amenés à collaborer sous peine de blocage (ex : l'augmentation du plafond de la dette). Le jeu institutionnel est donc complexe et présuppose l'absence de fait majoritaire et d'appartenance partisane des représentants.

Le régime parlementaire s'est pour sa part développé dans les démocraties européennes. L'exemple britannique traduit la porosité des pouvoirs. Le gouvernement (représentant l'exécutif) est issu de la majorité de la Chambre des Communes (représentant le législatif). Le lien de dépendance est donc évident. Il s'agit alors d'une séparation souple des pouvoirs.

Le régime français de la Ve République est qualifié à tort de régime présidentiel. D'une part, parce qu'il serait faux de considérer le régime présidentiel comme symbolique d'un président fort. D'autre part, parce que la Ve République a initialement été présentée comme un régime parlementaire dans la plus grande tradition des régimes européens (déclaration de Michel Debré devant le Conseil d'Etat en août 1958). Enfin, car les liens entre les pouvoirs sont évidents : l'Assemblée nationale dégage une majorité de laquelle émane un gouvernement.

Le Président de la République a pour sa part la capacité de dissoudre la Chambre basse mais également de nommer un premier ministre. Il se trouve donc au centre des institutions, raison pour laquelle le régime français a été qualifié de présidentieliste (Jean Gicquel).

Comme bon nombre de régimes politiques, celui de la Ve République est hybride mais il est surtout original, notamment en période de cohabitation, puisque le modèle français se dissocie des autres régimes démocratiques.

Au cours des dernières décennies, les régimes parlementaires se sont mus en régimes primo-ministériels. Ceci signifie qu'actuellement, et le mouvement est général à toutes les démocraties, le pouvoir exécutif a pris le pas sur le pouvoir législatif. Le Parlement n'est plus au cœur de la décision car les décisions sont prises dans les cabinets où les experts préparent les orientations générales. C'est particulièrement vrai de la préparation budgétaire assurée par le Ministère des finances. Alors que le parlementarisme est né en 1215 en Grande Bretagne de l'autorisation donnée au Roi de prélever les impôts (Magna Carta), le rôle du Parlement ne repose que sur les amendements qu'il peut voter pour modifier les orientations budgétaires et encore faut-il souligner que ce pouvoir est encadré.

Cet exemple est le symptôme d'une fusion progressive des pouvoirs exécutif et législatif : « un continuum qui génère un système parlementaire en réseau » (JL Quermonne). Ainsi, l'exigence de séparation des pouvoirs qui reste d'actualité connaît désormais d'autres formes :

- d'une part, le statut de l'opposition a été renforcé. C'est particulièrement vrai en GB où le cabinet fantôme a été institutionnalisé. C'est vrai dans une moindre mesure en France où la présidence de la Commission des finances de l'Assemblée nationale est confiée depuis 2007 à un membre de l'opposition.

- d'autre part, s'est développé, dans les grands régimes démocratiques, un contre-pouvoir chargé de rappeler les règles constitutionnelles qui s'imposent aux pouvoirs législatif et exécutif : le développement au XXe siècle de Cours constitutionnelles sur le modèle américain institutionnalise un troisième pouvoir requalifié de pouvoir juridictionnel ;

- l'émergence de contre-pouvoirs aux échelons locaux, et qui permettent en temps électoraux d'adresser des messages à la majorité en place, remet en cause la toute-puissance étatique.

- enfin, à l'échelon européen, la démarche de fédéralisation des politiques publiques interroge également le pouvoir national.



## ③ Le droit

### ► La hiérarchie des normes (le constitutionnalisme)

Les évolutions de la place de l'Etat sont de nature à faire évoluer le droit. Depuis le XVIIIe siècle s'est progressivement affirmée l'idée que l'Etat ne pouvait être au-dessus des lois : le constitutionnalisme signifie ainsi la limitation du pouvoir politique par le droit.

Pour que l'Etat soit lui-même amené à respecter les règles qu'il édicte, l'émergence d'un pouvoir judiciaire a été impérative. Aussi, c'est aux Etats-Unis que ce pouvoir s'est initialement développé à travers la Cour suprême et, dès 1803, dans la décision *Marbury vs. Madison*. Condamné comme un gouvernement des juges, la dimension du contrôle de constitutionnalité a pris place dans l'ensemble des démocraties occidentales.

Au Pays de Rousseau, il faudra attendre 1971 pour qu'après la création d'un Conseil constitutionnel s'applique l'idée d'un véritable contrôle de constitutionnalité. Au départ freiné par le légicentrisme, le contrôle de constitutionnalité est aujourd'hui à la fois reconnu par l'opposition comme un contre-pouvoir et par les citoyens comme la possibilité que soient garanties leurs libertés fondamentales. Le juge constitutionnel est érigé en clef de voûte de l'Etat de droit.

Théorisé par Kelsen, l'Etat de droit ne se limite pas au seul contrôle de constitutionnalité des lois. L'ensemble de l'ordonnement juridique d'un pays doit respecter la norme fondamentale par le jeu du contrôle de légalité. De plus, au sein de l'Union européenne, les citoyens ont à la fois la possibilité de faire valoir leurs droits auprès de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Membre du Conseil de l'Europe, les justiciables français ont également la possibilité de faire valoir leurs libertés fondamentales devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

### ► La juridicité des démocraties modernes.

Le droit façonne la société, du simple justiciable à l'Etat. Cependant, alors qu'initialement, selon Portalis, rédacteur du Code civil, la loi « permet, ordonne ou interdit », elle a aujourd'hui changé de nature. Le droit n'est plus exclusivement le prescripteur de normes. Il intervient pour répondre aux attentes et aux revendications des citoyens. Et ce, dans un contexte où l'Etat n'est plus uniquement là pour surveiller et punir mais pour protéger ses citoyens du risque, ce que Habermas qualifié d'« Etat démocratique et social ». Le Conseil

d'Etat constate lui-même l'émergence d'un « droit souple » moins prescriptif introduisant une « démocratie administrative ».

La juridicité de nos sociétés aboutit à la judiciarisation des rapports humains. L'explosion des contentieux, dont le corollaire est l'engorgement des tribunaux, symbolise les attentes des citoyens vis-à-vis de la puissance publique. Les droits nouveaux, plus nombreux, s'adressant à des catégories spécifiques de la population, sont subjectifs. Ce sont des droits-créances (droit au logement, droit à l'environnement, droit à la santé) qui ont vu le jour au cours des dernières années. Tout risque supposerait une responsabilité. Le juge pénal prend ainsi une place croissante dans les rapports sociaux que ne peuvent que constater les pouvoirs publics.

Dans un contexte de crise des représentations et de remise en cause des champs d'intervention des pouvoirs publics, le droit public, expression de la volonté générale, est conduit à évoluer.

Ce cours aura donc pour objectif de faire comprendre les évolutions du droit public à travers l'organisation des pouvoirs publics (1<sup>ère</sup> partie) et les missions qui leur sont confiées (2<sup>ème</sup> partie).

# 1<sup>ère</sup> partie : L'organisation des pouvoirs publics

Les pouvoirs publics représentent l'ensemble des institutions et des administrations qui régissent la vie en société. Ils détiennent à des degrés variés les compétences qui leur ont été déléguées par l'Etat, seule entité à disposer de la compétence de sa compétence.

Ainsi, en France, l'Etat a progressivement transféré ses compétences à des entités supra ou infranationales. La Constitution de la Ve république intègre aujourd'hui un titre 1<sup>er</sup> sur la souveraineté, un titre 12 consacré aux collectivités territoriales et un titre 15 relatif aux communautés communautaires et à l'Union européenne.

L'organisation des pouvoirs publics s'ordonne donc dans un dispositif global qui voit l'Etat se recentrer progressivement sur ses missions régaliennes tandis que la subsidiarité impose de transférer des compétences, soit à l'échelon européen, soit aux échelons locaux. Les nouveaux impératifs de la gestion publique conduisent ainsi à réformer l'Etat.

Il sera tout à la fois question d'étudier l'organisation politique de la Ve République (chapitre 1<sup>er</sup>) et d'analyser les pouvoirs publics à l'aune de l'organisation administrative (chapitre 2).

# Chapitre 1<sup>er</sup> : L'organisation politique de la Ve République

L' universalisation des valeurs démocratiques, que traduisent les printemps arabes, comme hier l'évolution des pays en développement, a pour conséquence une homogénéisation des organisations des Etats que Fukuyama traduisait dans son ouvrage la fin de l'Histoire. Cette démocratisation entraîne l'affirmation des sociétés civiles face à l'Etat qui impose sa redéfinition.

Cependant, il apparaît par-delà les transformations de l'Etat (crise de l'efficacité de l'Etat-providence, crise de légitimité de l'Etat-Nation), une permanence de celui-ci, à la fois « matrice de la Nation » et « garant de l'intérêt général »<sup>2</sup>. Cette vision de l'Etat est forte en France où les pouvoirs publics sont présents dans les politiques économiques, sociales et environnementales. L'Etat gaulliste a représenté un point paroxystique de cette vision de la puissance publique que la Constitution de la Ve République traduit dans le texte mais aussi dans l'esprit.

La France est, à bien des égards, un régime hybride. En effet, la Constitution de la Ve République traduit, non nécessairement par le texte, mais plutôt par l'esprit, un fonctionnement des institutions particulier. Elle montre la place majeure qu'occupent l'Etat central et le régime original que les réformes constitutionnelles ont progressivement apporté.

## → Une République indivisible, laïque, démocratique et sociale

L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution dispose que « la France est une république indivisible, laïque démocratique et sociale ».

La France est une république, ce modèle ne pouvant être remis en cause (article 89). La République s'entend comme une organisation des pouvoirs fondée sur les valeurs héritées de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« Liberté, égalité, fraternité » de Danton). Ce modèle s'est construit par étape par opposition à la Monarchie et, comme le

<sup>2</sup> SAUVE Jean-Marc, Les ressources de la culture politique française », Esprit n°392.

précise Pierre Nora, la forme fait contenu ce que mettent en œuvre concrètement les services publics.

Elle est indivisible ce qui signifie qu'un droit régit l'organisation et le fonctionnement des institutions sur tout le territoire, ceci ne voulant pas dire uniformité (lois d'expérimentation – article 72 de la Constitution). Elle n'est en revanche plus « une » depuis que son organisation est décentralisée. Elle laisse donc place, au titre de la subsidiarité, aux collectivités territoriales qui exercent de plus en plus de compétences.

Elle est laïque ce qui implique sa neutralité religieuse marquée par la séparation des Eglises et de l'Etat. La Laïcité, au titre de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat signifie que :

- l'État garantit la liberté de conscience, c'est-à-dire la liberté de culte et le droit de ne pas être croyant (article 1er).
- l'État assure sa neutralité à l'égard des citoyens, en refusant d'accorder des avantages spécifiques à certains en raison de leurs pratiques culturelles (article 2). Ainsi, elle ne finance pas les cultes.

Elle est sociale et rappelle en ce sens les dispositions constitutionnelles du Préambule de 1946.

Enfin, la république est démocratique et repose sur la souveraineté de la Nation, elle-même caractérisée par un système représentatif.

### → Un régime politique présidentieliste

La France connaît, comme toutes les démocraties, un régime de séparation des pouvoirs. Il existe deux idéaux-type en la matière :

- Le régime présidentiel est caractérisé par une séparation stricte des pouvoirs. Le régime est apparu avec les Pères fondateurs de la révolution américaine qui a donné naissance à la Constitution américaine de 1787. Aucun pays n'est parvenu depuis à un tel degré de séparation des pouvoirs appelée Checks and Balances. Le Président des Etats-Unis ne peut dissoudre le Congrès ; le Congrès ne peut mettre en cause politiquement le Président. De manière à ne pas conduire à une paralysie des institutions, cela suppose donc une culture du consensus très développée.

- Le régime parlementaire, symbole des liens entre les pouvoirs, est né en Grande-Bretagne de la naissance de la monarchie constitutionnelle. Il s'est appliqué peu à peu à tous les pays d'Europe sauf en France et à Chypre.

Ces idéaux-types connaissent des variables, notamment en raison du renforcement dans toutes les démocraties modernes de l'Exécutif au détriment du Parlement. Tantôt le Président (Etats-Unis, France), tantôt le Chef du gouvernement (Premier ministre, Chancelier, Président du Conseil) ont vu leur autorité prendre le pas sur celle du Parlement. Ainsi, dans les régimes de tradition parlementaire, on parle désormais de régime primo-ministériel.

En France, le régime peut être qualifié d'hybride. Il consacre la prédominance du Président de la République alors qu'initialement, l'esprit des constituants penchait plutôt vers un régime parlementaire. Ainsi, Michel Debré déclarait devant le Conseil d'Etat le 27 août 1958 : « A la confusion des pouvoirs dans une seule assemblée, à la stricte séparation des pouvoirs avec priorité du Chef de l'Etat, il convient de préférer la collaboration des pouvoirs (...) La Ve république n'a jamais eu d'autre vocation que de se rapprocher du régime parlementaire ». Pourtant, entre la lettre et l'esprit, la Ve république est bien devenue un régime présidentiel que les 24 révisions constitutionnelles<sup>3</sup> ont globalement accentué.

### **Section 1<sup>ère</sup> : Un pouvoir exécutif prédominant**

Le pouvoir exécutif regroupe le Chef de l'Etat et le Gouvernement. En France, il est bicéphale, même si, dans l'exercice normal des pouvoirs publics, le Président apparaît prédominant face à son Premier Ministre. La seule dérogation se retrouve à l'occasion des cohabitations dont l'introduction du quinquennat a globalement atténué les risques d'hypothèse.

Une explication souvent avancée de cette hégémonie réside dans l'adoption en 1962 de la réforme constitutionnelle qui a consacré l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. Pourtant, dès 1959, le référendum portant sur l'autodétermination de l'Algérie par le Général de Gaulle a bien consacré cette suprématie. De même, dans d'autres Etats où le Président est élu au suffrage universel direct (Portugal, Finlande, Autriche), celui-ci ne possède pas le rôle central dont il dispose en France.

---

<sup>3</sup> Se référer à la dissertation sur les révisions de la Ve République

Au-delà de la pratique des institutions par les différents chefs de l'Etat, qui fait craindre de temps à autre, le retour à une « monarchie présidentielle », l'importance du Président de la République résulte davantage des pouvoirs que lui confère la Constitution, mais là encore pas tant par le texte que par la pratique que les Chefs d'Etat successifs ont voulu en faire.

## 1) Le Président de la République

Au titre de l'article 5 de la Constitution, le Président de la République joue le rôle d'arbitre. Ce terme a un sens polysémique. Est-il neutre et au-dessus des partis ? Est-il celui qui décide de l'essentiel ?

### → La responsabilité

La pratique en a fait un acteur politique qui, selon les personnalités de chacun d'entre eux, l'a conduit à un rôle central alors même qu'il apparaît politiquement et pénalement irresponsable. Politiquement car, contrairement au général de Gaulle qui a mis en balance son mandat à l'occasion des référendums (dont celui de 1969 qui conduira à sa démission), les autres hôtes de l'Elysée se sont bien gardés de mettre en danger leur mandat à l'occasion des élections législatives (la question s'est posée dès les législatives de 1978 pour se confirmer lors des législatives de 1986, 1993 et 1997) et des référendums (1972, 1992 ou 2005) pour ne donner que les exemples les plus marquants. En revanche, la réforme de 2007 a relativisé l'irresponsabilité pénale du Chef de l'Etat. Certes, il ne peut être mis en cause pour les infractions et actes délictuels pendant l'exercice de son mandat. Il en va de la continuité de l'Etat. Cependant, une procédure proche de l'impeachment a été mise en œuvre par la révision constitutionnelle du 23 février 2007, au nouvel article 68 de la Constitution, pour reconnaître sa mise en cause pour manquement à ses devoirs incompatibles avec l'exercice de ses fonctions.

La Commission Jospin qui a rendu ses conclusions en 2012 revient sur la procédure actuelle en proposant de reconnaître la responsabilité du Chef de l'Etat pour tous les actes accomplis en dehors de son mandat, même en fonction. La Haute Cour serait supprimée au profit d'une destitution par le Parlement réuni en Congrès.

### → Les pouvoirs

Le Chef de l'Etat dispose de pouvoirs propres et de pouvoirs partagés, définis par l'article 19 de la Constitution.

Au titre des pouvoirs propres, énumérés à l'article 19, on retrouve la nomination du Premier ministre (article 8), le référendum (article 11), le droit de dissolution (article 12), la saisine du Conseil constitutionnel pour le contrôle de la conformité d'un traité (article 54) et d'une loi (article 61) à la Constitution et enfin la nomination de trois membres du Conseil constitutionnel (article 56). De manière exceptionnelle, dans les situations d'urgence, lorsque les circonstances l'exigent, l'article 16 confère au Chef de l'Etat des pouvoirs exorbitants.

Hormis les dispositions exceptionnelles, on est donc tenté de dire que le Chef de l'Etat dispose de peu de compétences propres mais la pratique institutionnelle a conduit le Président de la République à largement utiliser ses compétences partagées, c'est-à-dire soumises au contreseing du Premier ministre. Les Présidents de la République en ont fait un usage dynamique, notamment pour leurs prérogatives internationales : il accrédite les ambassadeurs (article 14), négocie et ratifie les traités (article 52), il est le chef des armées (article 15). Il est également au centre du jeu institutionnel en présidant le Conseil des ministres (article 9), en prenant part à la mise en œuvre des décisions politiques (article 13 : le Président de la République signe les ordonnances ; article 10 : il promulgue les lois). Il dispose enfin de compétences vis-à-vis de l'administration : il nomme aux emplois civils et militaires (article 13), il est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire (articles 64 et 65).

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a conduit à renforcer les compétences du chef de l'Etat en lui permettant de prendre la parole devant les parlementaires réunis en Congrès (article 18) sur le modèle du Message du Président américain sur l'Etat de l'Union. Le discours présidentiel n'est pas suivi d'un vote.

Cependant, avec les réformes du quinquennat et la limitation à deux mandats (article 6), la France a rejoint les démocraties modernes en limitant temporellement le poids du Chef de l'Etat. De même, en matière de droit de grâce, celui-ci n'est plus qu'individuel (article 17). Il ne siège plus au Conseil supérieur de la magistrature (article 65). Ses pouvoirs sont encadrés par la loi organique du 23 juillet 2010 en matière de nomination aux emplois qui présentent une importance pour la garantie des droits et libertés ou pour la vie économique et sociale de la Nation (article 13).



## 2) Le Premier ministre et le Gouvernement

Sous la Ve république, le Premier ministre, chef du gouvernement (article 21), joue un rôle de fusible en période de fait majoritaire comme l'explique Charles de Gaulle en 1964 : « On ne saurait accepter qu'une dyarchie existât au sommet. Mais, justement, il n'en est rien. En effet, le Président (...) est évidemment seul à détenir et à déléguer l'autorité de l'Etat ». Cette définition est vraie en période de concordance entre le Président et l'Assemblée nationale. Elle le devient moins lorsque l'Assemblée n'est pas en accord systématique avec le Chef de l'Etat (1974-1981), voire plus du tout en période de cohabitations (1986-1988, 1993-1995 et 1997-2002). Président de la République et Premier ministre se font alors face et s'installent entre eux une concurrence dans l'impulsion politique.

### → Le Premier ministre

Le Premier ministre, chef du Gouvernement, trouve la place que lui laisse le Chef de l'Etat. Le Président est élu au suffrage universel direct et dispose donc seul de la légitimité populaire quand le Premier ministre, même à l'occasion des cohabitations, n'est que nommé par le Président de la République (article 8), ce dernier respectant cependant le résultat des élections législatives. Bien que le texte dispose que le Président ne peut mettre fin aux fonctions du Premier ministre, la seule hypothèse qui l'empêcherait de le faire reste les périodes de cohabitation.

Le Premier ministre assure le lien entre le Chef de l'exécutif et l'Assemblée nationale, qui peut décider de son renvoi (article 50 : lorsque l'Assemblée nationale remet en cause la légitimité du gouvernement à l'occasion d'une motion de censure ou de la question de confiance, le Premier ministre doit remettre sa démission). Ce fût le cas de Georges Pompidou en 1962, la chambre basse adoptant contre lui une motion de censure (article 49-2).

La France n'est politiquement un régime primo-ministériel que durant les phases de cohabitation quoi que dans ces hypothèses, la place centrale du Chef de l'Etat n'est pas totalement remise en cause. Ce dernier garde compétence sur un domaine réservé dans les matières diplomatiques et militaires.

Les décisions de la plus Haute juridiction administrative ont remis en cause la prédominance du Premier ministre en tant que chef exclusif de l'action gouvernementale. Ainsi, La jurisprudence Meyet de 1992, revenant sur la jurisprudence Sicard de 1962 (affaire où la

signature du Président de la République était considérée comme surabondante et superfétatoire), a précisé que, même dans l'hypothèse où un décret n'a pas à passer en Conseil des ministres, supposant le contreseing du Président de la République, un décret ne peut venir le modifier que selon la même procédure, sauf à ce que les dispositions du décret prévoient la possibilité pour le Premier ministre la possibilité de le modifier (CE, 1996, Collas). Or, la pratique conduisant au passage en Conseil des ministres de la plupart des grandes dispositions législatives et réglementaires, l'autonomie du Premier ministre a été remise en cause (article 21 de la Constitution), consacrant la prééminence de l'hôte de l'Élysée par son contreseing.

De même, l'interprétation du Chef de l'Etat lui a permis de bloquer les ordonnances de privatisation en 1986. Alors que les dispositions de l'article 13 précisent que le Président de la République signe les ordonnances, il n'y a été vu aucun mandat impératif. Le Chef de l'exécutif a donc la possibilité de limiter l'action gouvernementale.

### → Le Gouvernement

Au titre de l'article 20, c'est le Gouvernement, formation collégiale qui regroupe le Premier ministre, les ministres et les secrétaires d'Etat, qui détermine et conduit la politique de la Nation. Les membres du Gouvernement sont proposés par le Premier ministre, le Président gardant un droit de regard sur les nominations (article 8), surtout celles de son domaine réservé que sont les affaires étrangères et la défense, même en période de cohabitation.

En période de fait majoritaire, le gouvernement ne conduit pas mais gère plutôt les affaires publiques. Il traduit l'impulsion du Président de la République. En période de cohabitation, c'est le Premier ministre qui la détermine, les ministres traduisant l'action politique dans les domaines qui les concernent.

La forme collégiale des gouvernements apparaît de plus en plus remise en cause. Certes, le gouvernement est entièrement responsable et la démission du Premier ministre entraîne celle des ministres. Cependant, dans la mise en œuvre des politiques publiques, force est de constater que les Conseils des ministres ne sont pas l'occasion de prendre les décisions. Elles sont impulsées plus haut et la multiplication des conseils restreints (présidés par le Chef de l'Etat) et comités interministériels<sup>4</sup> (présidés par le Chef du gouvernement) sont les

<sup>4</sup> Un exemple de comité interministériel à retenir : le comité interministériel de modernisation de l'action publique (CIMAP) est chargé de piloter l'action de modernisation et de réforme de l'administration via

symptômes de la mise en cause de cette forme collégiale : le gouvernement présente ainsi des géométries variables.

## **Section 2 : Un pouvoir législatif rationalisé**

Le Parlement est relégué au titre IV de la Constitution, soit après le Président de la République (titre II) et le Gouvernement (titre III). Cette structure de la Constitution n'est pas anodine et répond à une défiance à l'égard des parlementaires en raison du fonctionnement des institutions des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> républiques. Ce dernier régime était qualifié de régimes des assemblées en raison de l'instabilité ministérielle à laquelle il a conduit.

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a voulu renforcer le rôle du Parlement alors que la pratique parlementaire semble encore devoir trouver son rythme.

Dans le contexte de crise de la représentation, système représentatif qui a symbolisé le seul mode démocratique de gouvernement aux prémices de la Ve (article 27), la dernière réforme constitutionnelle a aussi conduit à développer des mécanismes de démocratie directe.

### **1) Le Parlement bicaméral**

Le Parlement est composé de deux chambres (article 24) : une chambre basse, l'Assemblée nationale, qui représente la Nation (composée de 577 députés) et d'une chambre haute, le Sénat, qui représente les territoires (composé de 348 sénateurs). Il y a donc une inégalité symbolique entre les deux chambres et un mode de scrutin qui, au suffrage universel direct dans le premier cas, indirect dans le second, conduit à un déséquilibre.

Pourtant, le choix du bicamérisme est le fruit de l'histoire et d'une volonté d'équilibre au sein même du pouvoir législatif (rôle de la navette parlementaire) qui doit permettre de tempérer les lois. Le référendum de 1969 prévoyait la fusion du Sénat et du Conseil économique et social en une chambre consultative dépourvue de tout pouvoir de blocage. Les sénateurs ne devaient plus pouvoir poser de question au gouvernement. Ils n'avaient plus l'initiative des lois.

---

notamment le recours aux contributions du public ([www.faire-simple.gouv.fr](http://www.faire-simple.gouv.fr))

## 2) De la rationalisation à la revalorisation du Parlement

Jusqu'au début des années 2000, et depuis la naissance de la Ve république, le parlementarisme a été rationalisé et, pour être plus réaliste, paupérisé. Cette démarche fut la réaction aux régimes des assemblées de la IVe république. Réputé trop lent, sujet aux velléités partisans et moins efficace que l'Exécutif, le Parlement a vu ses prérogatives encadrées.

### → La rationalisation du Parlement

La remise en cause initiale de l'infaillibilité de la loi, inspirée du légicentrisme de Rousseau, a été mise en question par la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité. La loi, œuvre de la volonté générale, fait désormais l'objet d'un contrôle de sa conformité aux dispositions juridiques qui lui sont supérieures. Ces dispositions ont été accompagnées de la mise en œuvre du contrôle de conventionalité.

Les principales critiques portent aujourd'hui sur la qualité des lois, jugées trop bavardes, techniques quand elles ne sont parfois pas appliquées faute de décret d'application.

De plus les lois sont concurrencées, beaucoup de dispositions juridiques ne provenant plus du droit positif interne mais de l'application dans la législation de dispositions communautaires par le biais des règlements et directives.

Au travers de la remise en cause des lois elles-mêmes, c'est bien l'autorité du Parlement qui est sapée. Initialement, la distinction dans la Constitution entre les articles 34 et 37 prévoyant un domaine réservé de la loi était le symbole de cette rationalisation. L'article 34 précise ainsi les compétences d'attribution de la loi, les autres matières pouvant faire l'objet d'une simple disposition réglementaire : les garanties fondamentales (libertés publiques), les mesures à caractère fiscal créant de nouvelles impositions (qui devront d'ailleurs dorénavant faire l'objet d'une inscription en loi de finances) et les principes fondamentaux de l'organisation politique (telles les mesures portant sur la libre administration des collectivités territoriales). Dans une décision de 1982, blocage des prix et des revenus, le Conseil constitutionnel a précisé que les lois ne devaient pas être déclarées inconstitutionnelles au seul motif qu'elles intègrent des dispositions à caractère réglementaire<sup>5</sup>. Les dispositions à

<sup>5</sup> " Considérant... que, si les articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéa 2,

caractère réglementaire peuvent en revanche faire l'objet d'un déclassement du Conseil constitutionnel (CC, 2005, Avenir de l'École). Il s'agit donc d'une conception protectrice de la loi, l'empiètement des règlements dans les domaines législatifs restant impossible. Le pouvoir juridictionnel a ainsi du même coup renforcé son pouvoir propre (le contrôle de la conformité des lois à la Constitution) et le pouvoir législatif.

Autre exemple marquant de la rationalisation parlementaire, l'article 40 de la Constitution impose au Parlement de ne pouvoir augmenter les dépenses ou diminuer les recettes du budget. Cette disposition est d'autant plus illustrative qu'elle porte sur une matière (budgétaire) qui constitue le fondement originaire du parlementarisme.

Sous le poids de cette rationalisation, les assemblées sont qualifiées de chambres d'enregistrement. Elles ne sont plus véritablement à l'initiative de la loi puisque l'Exécutif a pris le dessus tant en termes de production (75% des lois proviennent de projets, contre 25% qui sont des propositions) que de procédures qui constituent autant d'armes pour le Gouvernement.

### → Un parlement revalorisé ?

Les réformes introduites depuis 2000 tentent de revigorer son rôle pour contre balancer la prédominance du Président en France.

Il en est ainsi de la Loi organique relative aux lois de finances (LOLF) de 2001 qui a renforcé son contrôle budgétaire.

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 est plus claire s'agissant des missions du Parlement. Ainsi, le nouvel article 24 dispose : « Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques ».

---

et 41; que la procédure de l'article 41 permet au Gouvernement de s'opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d'une irrecevabilité à l'insertion d'une disposition réglementaire dans une loi, tandis que celle de l'article 37, alinéa 2, a pour effet, après la promulgation de la loi et par la voie d'un déclassement, de restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de donner à celui-ci le droit de modifier une telle disposition par décret; que l'une et l'autre de ces procédures ont un caractère facultatif; *qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en oeuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi.* "

De façon générale, la réforme de 2008 a renforcé :

- son pouvoir d'initiative (Article 48 : l'ordre du jour des assemblées est fixé concurremment par le Gouvernement et les Assemblées et une séance par mois est réservé par priorité aux groupes d'opposition) ;
- son pouvoir d'expression (Article 42 : le projet de loi est discuté tel qu'il a été adopté en commission ; Article 34-1 : le vote de résolutions, non d'interpellations, qui avait été supprimé au Parlement sous la Ve république et qui lui permet d'exprimer ses orientations) ;
- son pouvoir de contrôle (développement des commissions d'enquête ; renforcement des droits de l'opposition et mise en œuvre de la mission d'évaluation et de contrôle dite MEC) ;
- son pouvoir d'information (Article 13 : autorisation de prorogation au-delà de 4 mois de l'emploi de la force armée à l'étranger – exemple de l'intervention au Mali en 2013).

En revanche, force est de constater que la revalorisation du Parlement passe par l'initiative des députés et sénateurs :

- 35% des lois sont d'initiative parlementaire (+10% par rapport à avant la réforme) ;
- L'interdiction du cumul des mandats, qui permet aux parlementaires de se concentrer sur leur mandat, a fait l'objet d'une âpre discussion parlementaire par le jeu de la navette entre l'Assemblée nationale et le Sénat, ce dernier s'étant montré très réservé sur la réforme (Loi organique du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur et loi de la même date pour le non cumul avec un mandat de député européen).

### **3) Partis politiques et groupes de pression**

La Ve république est marquée par la bipolarisation de la vie politique. Tout a été fait (notamment du point de vue des choix des modes de scrutin : scrutin uninominal majoritaire à deux tours) pour que deux blocs s'affrontent. Ainsi, aux élections législatives de 2012, PS et UMP qui ont totalisé 79% des suffrages exprimés ont remporté 77% des sièges (en 2007, respectivement 71% et 86%). Cette volonté, bien qu'aujourd'hui remise en cause par la montée des nationalismes en Europe, a pour mérite la stabilité de l'Assemblée nationale et donc celle du Gouvernement. La situation italienne héritée des élections de février 2013 en démontre à rebours les vertus. Cependant, l'Allemagne offre un contre exemple en montrant qu'un système basé sur les coalitions peut fonctionner dès lors qu'il est construit sur la base de consensus politiques.

Cette bipolarisation, qui se distingue de la bipartition (américaine notamment) a eu pour effet l'émergence du fait majoritaire, encore appelé discipline des partis, que l'on ne retrouve pas dans le modèle américain qualifié de No-Party system. Ainsi, 1/3 des projets présidentiels sont adoptés aux USA contre 80% des projets de lois dans les démocraties européennes.

En France, les partis politiques sont reconnus par la Constitution (article 4) et agissent dans le « respect de la souveraineté nationale et de la démocratie » (dispositions prises par rapport au PCF en 1958). Ils sont aujourd'hui le principal corps constitué. La faiblesse des corps intermédiaires (syndicats, associations, groupes de pression) ne se retrouve pas dans toutes les démocraties (aux USA, on parle de parlementarisme de couloir ; en UE, les lobbies de la chasse et de l'agriculture sont puissants). En France, on les a vu intervenir sur certaines questions (loi Evin, TVA sur la restauration, 35h). Cependant, et contrairement aux partis politiques, les lobbies ne sont pas mentionnés dans la Constitution et ne sont donc pas institutionnalisés. Cela vient principalement de la différence que les anglo-saxons et les Français donnent de l'acception d'intérêt général.

#### **4) Les mécanismes de démocratie participative**

Face à la faiblesse des corps intermédiaires, face à la défiance vis-à-vis des partis politiques, le général de Gaulle a eu très tôt recours au référendum dans le cadre de l'article 11 de la Constitution. A l'occasion de ces référendums était mise en cause sa responsabilité politique, ce que ses successeurs vont ensuite écarter. Les référendums relatifs aux révisions constitutionnels sont désormais pris sur le fondement de l'article 89 de la Constitution. La procédure a été largement revue et marque le retour timide mais réel à une démocratie directe.

Les référendums sont l'occasion de prendre à parti le peuple, le Président de la République s'appuyant sur lui, soit parce que la question paraît essentielle au fonctionnement des institutions (quinquennat en 2000), soit parce qu'elle engage l'avenir du pays (Ratification du traité de Maastricht en 1992, Adoption d'une Constitution pour l'Europe en 2005), soit encore pour contrecarrer les assemblées (réforme des institutions en 1969).

Aujourd'hui, dans le contexte de crise de la représentation, le référendum apparaît comme un renforcement de la démocratie directe. Ainsi, la réforme constitutionnelle de 2008 institue de nouveaux droits en faveur des citoyens par l'instauration d'un référendum d'initiative populaire qui pourra être organisé à l'initiative d'1/5ème des membres du Parlement (soit 185

parlementaires), soutenue par 1/10ème des électeurs (soit 4,5 millions) inscrits sur les listes électorales. Par ailleurs, leurs champs d'application sont étendus. Ils peuvent être employés à l'occasion des questions touchant les services publics en matière économique et sociale (dispositions de l'article 11 de la Constitution).

Enfin, une procédure de pétition a été introduite par la réforme constitutionnelle de 2008 qui prévoit la possibilité pour 500 000 électeurs de saisir le Conseil économique, social et environnemental (CESE) sur une question particulière relevant de sa compétence. Une loi organique du 28 juin 2010 en a précisé le cadre. Le CESE a cinq missions principales : conseiller le Gouvernement et le Parlement et participer à l'élaboration de la politique économique, sociale et environnementale ; favoriser, à travers sa composition, le dialogue entre les catégories socioprofessionnelles don't ; évaluer les politiques publiques à caractère économique, social et environnemental ; promouvoir un dialogue avec les instances régionales et internationales de même objet; contribuer à l'information des citoyens.

### **Section 3 : Les rapports entre l'Exécutif et le Parlement**

Entre un exécutif prédominant et un législatif rationalisé, les rapports ne peuvent apparaître que déséquilibrés. Cependant, la responsabilité croisée des pouvoirs, le pouvoir d'initiative dans l'élaboration de la loi et mise en œuvre effective des contrôles parlementaires sont les indicateurs des avancées de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. En ce sens, la nouvelle rédaction de l'article 24 de la Constitution rend compte de cette revalorisation.

#### **1) La responsabilité des pouvoirs**

La particularité française vient de l'absence de parallélisme des procédures, le Président de la République ayant la possibilité de mettre en jeu le mandat des députés alors que l'Assemblée nationale met en jeu la pérennité du gouvernement.

#### **→ La dissolution**

Première arme offerte au Président de la République, selon les dispositions de l'article 12 de la Constitution, la possibilité de mettre fin au mandat des députés par la dissolution. La dissolution est alors vue comme la possibilité pour le Président de gouverner avec une majorité qui lui est favorable (1981, 1988), de provoquer un rapport de force entre les deux pouvoirs (1962), d'arbitrer une crise nationale (1968) ou, pour la seule dissolution manquée d'un Président, d'anticiper une échéance électorale (1997). Cette arme semble mise entre



parenthèses par l’alignement de la durée des mandats présidentiels et législatifs à la suite de la réforme du quinquennat. Elle n’a cependant pas disparu car elle pourrait être en mesure de résoudre une crise grave en cas de paralysie des institutions.

### → La mise en œuvre de la responsabilité gouvernementale

Les dispositions de l’article 49 sont autant d’armes entre les mains du gouvernement pour tenter de faire passer des réformes que l’Assemblée nationale semble rétive à adopter alors même que l’article 50 de la Constitution prévoit que l’adoption d’une motion de censure entraîne la démission automatique du gouvernement. Une telle ambiguïté s’explique par le fait majoritaire.

Ainsi, l’article 49 alinéa 1 porte sur la question de confiance par laquelle le Premier ministre appelle à la cohésion de sa majorité sur son programme ou sur la déclaration de politique générale. Un vote négatif simple engage la responsabilité du gouvernement. Cette procédure semble inopérante dès lors que le fait majoritaire repousse une telle hypothèse mais depuis 1993 l’ensemble des premiers ministres se sont prêtés à l’exercice.

Ensuite, l’article 49 alinéa 2 porte sur l’adoption par les parlementaires d’une motion de censure, c’est-à-dire une mise en responsabilité politique directe du Gouvernement. Cette censure des parlementaires est spontanée et vise la mise en cause du gouvernement par une majorité des députés. Elle n’est l’œuvre que des députés et 10% d’entre eux doivent collégialement déposer une motion à débattre dans les 48 heures. Cette motion doit recueillir la majorité absolue des membres de l’Assemblée (soit 289 votes positifs car les abstentions n’entrent pas dans le décompte). Elle est donc d’autant plus rare que la France est marquée par le fait majoritaire. Cela a été possible en 1962 lorsque l’Assemblée nationale a renversé le gouvernement Pompidou à la suite du choix de recourir à l’adoption de l’élection du Président de la République au suffrage universel direct selon les dispositions de l’article 11. Cette motion de censure entraîna la dissolution sanction du Président de Gaulle.

Enfin, l’engagement de la responsabilité du gouvernement sur le vote d’une loi (article 49 alinéa 3) conduit le Premier ministre, après délibération en conseil des ministres, à demander aux députés de se prononcer sur un texte dans le but de mettre fin à l’obstruction parlementaire tout en rappelant aux députés de la majorité la solidarité qui les lie au Gouvernement. Le projet est alors adopté ce qui réduit les marges de délibération des députés à néant. Cette procédure est, depuis 2008, limitée dans la mesure où l’application de l’article 49, alinéa 3, est réduite à l’adoption des lois de finances et de financement de la

Sécurité sociale ainsi qu'à un projet ou une proposition de loi par session. Cette procédure réduite traduit une volonté de revaloriser le Parlement. La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, a ainsi fait l'objet d'une procédure engagée au titre de l'article 49, alinéa 3, conduisant, en l'absence de vote d'une motion de censure dans les 24 heures, à son adoption par l'Assemblée nationale sur le texte présenté par la commission spéciale constituée à cet effet.

Cette procédure se distingue de l'article 44, alinéa 3, de la Constitution qualifiée de procédure du vote bloqué. Elle permet au gouvernement de demander à l'une des assemblées (contrairement à l'article 49, alinéa 3, qui ne concerne que l'Assemblée nationale devant laquelle le gouvernement engage sa responsabilité) de se prononcer en un seul vote sur tout ou partie d'un texte en discussion, en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par lui. L'utilisation de cette procédure a été principalement faite dans les périodes de majorités courtes (septennat giscardien et gouvernement Rocard de 1988 à 1993).

## 2) L'élaboration de la loi

### → Définition de la loi

La loi revêt un sens organique et un sens matériel.

Organiquement, la loi est protéiforme et sa place, dans la hiérarchie des normes, est conditionnée à son mode d'adoption.

Les lois constitutionnelles ont constitué la norme fondamentale sous la III<sup>e</sup> République. Elles servent actuellement à modifier la Constitution. Les lois constitutionnelles supposent leur approbation par référendum ou par la majorité des 3/5<sup>e</sup> des parlementaires réunis en Congrès. Les lois référendaires (prises au titre de l'article 11) permettent elles aussi de modifier la Constitution (cas unique de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct).

En parallèle, on trouve des lois de ratification des traités internationaux. En ce sens, le Traité modificatif de Lisbonne résulte d'une ratification parlementaire tandis que le Traité de Maastricht a été ratifié par la voie d'un référendum.

Viennent ensuite les lois organiques qui traduisent les dispositions de la Constitution (article 46). Ces lois organiques interviennent dans des domaines limitativement énumérés par la Constitution et doivent faire l'objet d'une adoption à la majorité absolue des membres de l'Assemblée nationale en dernière lecture. Ces lois font automatiquement l'objet d'un contrôle de conformité à la Constitution du Conseil constitutionnel. C'est le cas de la LOLF (1<sup>er</sup> août 2001) qui vient traduire les prérogatives budgétaires du Parlement précisées à l'article 40 de la Constitution ou encore la modification du statut pénal du Chef de l'Etat qui précise les termes de l'article 68 de la Constitution.

Les lois ordinaires doivent, au titre de la hiérarchie des normes, respecter l'ensemble des dispositions qui lui sont supérieures. Ces lois sont adoptées à la majorité relative des parlementaires. Certaines lois, qui sont formellement ordinaires, ont un statut particulier : les lois de finances et de financement de la Sécurité sociale à l'initiative du gouvernement. La pratique a développé dans ce domaine les lois de programmation qui lient les premières dans le cadre de la maîtrise pluriannuelle des comptes publics.

Sous la Ve république, la pratique des ordonnances (article 38), par mesure d'efficacité et de rapidité, fait l'objet de votes de lois d'habilitation et de validation.

Les lois sont, actuellement, dans la hiérarchie des normes placées à un niveau intermédiaire, entre la Constitution, les normes internationales et communautaires, pour celles des normes qui lui sont supérieures et les dispositions réglementaires qui doivent les respecter. Ainsi, à l'exception des décrets autonomes qui traduisent le pouvoir réglementaire de l'article 37-2 de la Constitution, les décrets d'application sont particulièrement nécessaires à l'application des dispositions législatives.

Si au sens organique, la loi suppose le vote du Parlement selon une procédure plus ou moins stricte en fonction de son importance dans la hiérarchie des normes (article 24), ou du moins la délégation de sa compétence de manière circonscrite dans l'objet et le temps, la loi a un sens matériel dans la Constitution de 1958.

Il apparaît que tout domaine qui ne serait pas mentionné à l'article 34 de la Constitution est du domaine réglementaire autonome (article 37 de la Constitution) :

La loi fixe les règles concernant :

-les **droits civiques** et les **garanties fondamentales** accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

-la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;

-la **détermination des crimes et délits** ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

-l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des **impositions de toutes natures** ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

-le **régime électoral des assemblées** parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;

-la création de catégories d'établissements publics ;

-les **garanties fondamentales** accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;

-les **nationalisations** d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

-de l'organisation générale de la **Défense nationale** ;

-de la **libre administration des collectivités territoriales**, de leurs compétences et de leurs ressources ;

-de l'**enseignement** ;

-de la préservation de l'**environnement** ;

-du régime de la **propriété**, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;

-du **droit du travail**, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les **lois de finances** déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'Etat.

Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Ainsi, en dehors de grandes exceptions qui supposent le monopole de la loi, la V<sup>e</sup> République offre, dans le cadre de la rationalisation des compétences parlementaires, un vaste champ d'intervention du pouvoir réglementaire autonome (article 37-2).

→ **Procédure d'élaboration d'une loi ordinaire** (se reporter aux schémas de la séance 3)

La phase préparatoire correspond à l'**initiative de la loi** qui appartient concurremment au Parlement (proposition) et au Premier ministre (projet). Le projet de loi doit être délibéré en

Conseil des ministres et soumis à l'avis du Conseil d'Etat. Le projet de loi est accompagné d'une étude d'impact qui analyse les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales du projet. Les propositions de loi sont moins fréquentes (35% depuis la réforme de 2008). Le Constituant a encadré l'initiative parlementaire en précisant qu'elle était strictement cantonnée au domaine de la loi (article 41) et qu'elle ne pouvait avoir pour résultat d'augmenter les charges ou diminuer les ressources (article 40).

A la suite de l'initiative, le travail parlementaire s'effectue en **commissions**. En premier lieu, les commissions désignent un rapporteur parmi leurs membres, puis se réunissent pour procéder à l'audition de membres du Gouvernement pour examiner les articles du projet ou de la proposition de loi avant de déposer un rapport qui présente leurs conclusions, favorables ou défavorables aux dispositions proposées. Le texte peut alors être modifié et c'est sur la base de ce texte que s'engage la discussion en séance publique. Depuis la réforme de 2008, les parlementaires bénéficient d'études d'impact pour apprécier les conséquences prévisibles d'une loi. Le nouvel article 42 revalorise le travail parlementaire en commission en en faisant l'antichambre des textes présentés en séance.

Le texte est ensuite porté à l'**ordre du jour** (déterminé par la Conférence des présidents) et inscrit en **séance** pour un débat qui débute par une discussion générale, manière pour chaque groupe politique de faire valoir sa vision d'une question donnée. Le vote de la loi s'effectue article par article, sauf à ce que le gouvernement demande un vote d'ensemble du texte (procédure du vote bloqué). Lors de cette phase, sont proposés des amendements (article 44) qui peuvent virer à des obstructions. Ainsi, lors du débat sur la fusion des entreprises GDF et Suez en 2006, plus de 137 000 amendements ont été déposés. On assistait depuis les années 1980 à une inflation de cette pratique. Pour y faire face, le droit d'amendement a été plus encadré. Le gouvernement peut ainsi rejeter un amendement qui n'aurait pas été soumis préalablement en commission. L'article 45 précise, par ailleurs, que les amendements doivent avoir un lien, même indirect, avec le texte. Cette précision porte notamment sur les lois de finances car les cavaliers législatifs y étaient nombreux.

Le texte doit être voté en termes identiques par les deux chambres, la procédure de la **navette** le permettant ou, à défaut d'accord, après deux lectures dans chaque assemblée (ou une seule en cas de procédure accélérée – article 45), une commission mixte paritaire (CMP – article 45) peut être réunie à l'initiative du Premier ministre ou des Présidents des deux assemblées. En cas de désaccord final, c'est l'Assemblée nationale qui a le dernier mot et peut voter le texte tel que formulé par la commission mixte paritaire, ou même tel

qu'elle avait décidé en dernière lecture de le faire. Selon les termes de la Constitution, le gouvernement garde la possibilité de retirer le texte de l'ordre du jour à tout moment.

Pour qu'une loi entre dans l'ordonnancement juridique, il faut qu'elle soit **promulguée** par le Président de la République (article 10). Avant la promulgation, cette loi peut faire l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel au titre du contrôle a priori (article 61).

Au terme de cette procédure, la loi est **publiée** au JORF.

### 3) Les contrôles parlementaires et l'évaluation des politiques publiques

C'est sans doute en ce domaine que les efforts pour améliorer la place du Parlement ont été le plus marqués. Pour préserver la stabilité des gouvernements, les dispositions de la Constitution de 1958 ont avant tout consisté à donner des pouvoirs de contrôle. Ainsi, le nouvel article 24, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution dispose : « Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques ».

La majorité des contrôles a, à l'origine, porté sur des questions à caractère informatif par le biais des questions écrites ou orales au Gouvernement.

Désormais, par priorité, une semaine par mois doit être consacrée aux contrôles de l'action du gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques (article 48), par le biais de commissions d'enquête ou de missions d'évaluation des politiques publiques. Il existe, en cette dernière matière, un lien fort entre le Parlement et la Cour des comptes, que la nouvelle architecture budgétaire issue de la LOLF est venue permettre, aux termes des dispositions de l'article 47-2 : « La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens ».

Ainsi, la rationalisation du Parlement, œuvre des constituants de 1958 et de la pratique parlementaire elle-même, a conduit à un déséquilibre des deux pouvoirs. Pour redonner vigueur au pouvoir législatif, les efforts sont désormais davantage portés sur son contrôle de l'action publique (y compris en matière budgétaire – articles 47 s'agissant des lois de finances et 47-1 s'agissant des lois de financement de la Sécurité sociale) que sur un retour à l'initiative et au travail parlementaire tel qu'il existait au début du XXe siècle.

## Section 4 : Le pouvoir judiciaire

Les organes judiciaires sont les garants de l'Etat de droit et de la protection des garanties fondamentales. A l'échelon national, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois sont les novations majeures de la seconde partie du XXe siècle.

Une comparaison du contrôle de constitutionnalité pratiqué en France depuis les années 1970 et aux USA depuis le début du XIXe siècle éclaire notre modèle sur les évolutions passées et à venir.

En revanche, le contrôle de conventionnalité apparaît comme une nouveauté en matière de garanties fondamentales, aucune autre organisation régionale au monde n'ayant été aussi loin dans la structuration de ses institutions que l'Union européenne.

### 1) Le contrôle de constitutionnalité

#### → La composition du Conseil constitutionnel

L'institution du Conseil constitutionnel sous la Ve République a produit plus d'effets que n'en attendait le Constituant. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel était vu comme une institution politique au service de la rationalisation du Parlement (stricte application de la séparation articles 34/37) plutôt que comme une juridiction constitutionnelle. La nomination des 9 membres<sup>6</sup> par le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée nationale en est un indicateur (article 56). Seules les nominations des membres nommés par les Présidents des assemblées font l'objet d'un avis des commissions compétentes ce qui diffère assez clairement de la procédure américaine de nomination des membres de la Cour suprême.

L'impartialité des juges de la Cour suprême américaine vient du fait qu'ils sont nommés à vie (du moins jusqu'à ce qu'ils démissionnent) mais la nomination des membres du Conseil constitutionnel pour 9 ans, renouvelé par tiers tous les trois ans, et pour un mandat non renouvelable écarte également les risques de collusion avec le pouvoir. C'est surtout la possibilité offerte aux anciens Présidents de la République de siéger de droit au sein de

<sup>6</sup> M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

l'institution qui pose problème dès lors qu'ils sont eux-mêmes les auteurs des normes attaquées avec la mise en œuvre du contrôle a posteriori.

L'indépendance et l'impartialité de la juridiction pose des questions en ce sens que la mise en œuvre d'une nouvelle procédure à compter de la réforme constitutionnelle de 2008 revient sur le rôle de l'institution. S'agit-il toujours d'une institution politique ou le Conseil constitutionnel est-il en train de devenir une juridiction de plein exercice au même titre de la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ?

Le Conseil constitutionnel a su s'émanciper, créer sa jurisprudence, comme la Cour suprême aux Etats-Unis au point de ne pas être contesté lors de l'alternance de 1981.

### → Les compétences du Conseil constitutionnel

Par son œuvre prétorienne, le juge constitutionnel a peu à peu étoffé son action de contrôle. Certaines compétences sont historiques, d'autres ont évolué au fil du temps.

Historiquement :

⇒ Il est d'une part le juge électoral qui contrôle la régularité des élections (pour les présidentielles, les législatives et les référendums). Il peut également être saisi par la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques.

⇒ Il est également saisi à l'occasion des ratifications de traités selon les dispositions de l'article 54 de la Constitution pour vérifier qu'il n'existe pas de confrontation entre les dispositions internes et internationales. A ce titre, contrôlant la conformité des traités à la Constitution, ceux-ci n'entrant en vigueur qu'après modification de la norme fondamentale, les constitutionnalistes en ont déduit que les normes internationales avaient un caractère infra constitutionnel (CC, 1992, Maastricht : première déclaration de non-conformité d'un traité à la Constitution). Pour se placer sous la juridiction du Tribunal pénal international, le Conseil constitutionnel a imposé la rédaction de l'article 53-2 (CC, 1998, TPI).

Puis, les évolutions jurisprudentielles du Conseil constitutionnel l'ont conduit, d'une part, à se constituer véritablement en juridiction puis, d'autre part, à jouer un rôle de contre-pouvoir dont se sert beaucoup l'opposition :

⇒ Le Conseil constitutionnel opère, au titre de l'article 61, soit un contrôle systématique de la constitutionnalité des lois organiques, des projets/propositions de



lois de l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises à référendum et des règlements des Assemblées, soit un contrôle a priori des lois ordinaires lorsqu'il est saisi. Ce contrôle a lieu avant la promulgation de la loi. Dans la décision fondatrice de 1971, liberté d'association, le Conseil constitutionnel a étendu ses références constitutionnelles à la Constitution de 1958 ainsi qu'aux textes mentionnés dans son préambule : « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ». Ainsi, le contrôle de constitutionnalité des lois s'opère par rapport à la Constitution de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 ainsi que la Charte de l'environnement de 2004 qui forment un bloc de constitutionnalité. Cette appréciation a permis au juge constitutionnel de devenir le défenseur des libertés fondamentales et des garanties individuelles face à l'action du Législateur (au travers des principes particulièrement nécessaires à notre temps, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou des principes et objectifs à valeur constitutionnelle).

⇒ Il est également, ce qui a fondé son action de contrôle, le juge qui vérifie que des dispositions à caractère réglementaires ne se trouvent pas contenues dans les lois (CC, 1982, blocage des prix et des revenus). Initialement, cette distinction était vue à rebours, c'est-à-dire que les lois ne pouvaient empiéter dans les matières réglementaires. Le Conseil constitutionnel vient préciser qu'une disposition à valeur réglementaire contenue dans une loi n'est pas inconstitutionnelle mais qu'elle peut être modifiée par décret.

Enfin, après avoir fondé et renforcé sa compétence, le juge constitutionnel a acquis la possibilité d'être saisi sur toutes les dispositions législatives inscrites dans le corpus juridique français :

⇒ L'activité du Conseil constitutionnel devrait augmenter dans les années à venir dans le cadre d'un contrôle par voie d'exception<sup>7</sup> (contrôle a posteriori) : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat*

<sup>7</sup> Aujourd'hui, la QPC concerne surtout des questions liées à l'environnement alors qu'elles concernaient initialement la fiscalité.

*ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* » (article 61-1 de la Constitution).

Ce dispositif est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 et porte sur les questions prioritaires de constitutionnalité. La loi organique du 10 décembre 2009 en précise le champ d'application : sur le modèle de la procédure déjà existante des questions préjudicielles devant le juge communautaire, les juges de dernier ressort de chaque ordre de juridiction (Conseil d'Etat et Cour de cassation), assurant le filtre du flux de QPC, sursoient à statuer et renvoient au juge constitutionnel les QPC des justiciables s'il les estime fondées.

Premièrement, les justiciables peuvent mettre en cause des dispositions juridiques qui leurs sont opposables. Ensuite, les juges ordinaires vérifient que la question revêt un « caractère sérieux » avant de la renvoyer au Conseil constitutionnel. Enfin, si la question est soumise au Conseil, le juge ordinaire sursoit à statuer le temps que la question soit tranchée par le Conseil constitutionnel. Si la loi est déclarée inconstitutionnelle, le procès est clos au sens de l'article 62, raison essentielle pour laquelle on peut aujourd'hui considérer le Conseil constitutionnel comme une véritable juridiction, pleinement intégrée à certaines instances.

L'interprétation du caractère sérieux de la question a permis de constater que les juges ordinaires filtrent beaucoup<sup>8</sup>, façon de limiter le rôle du Conseil constitutionnel qui peu à peu se mue en véritable Cour suprême. Le système français diffère du système américain : chaque juridiction américaine peut se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi. Le système diffus se confronte au système concentré comme en France. Il a l'avantage d'éviter l'engorgement de la juridiction constitutionnelle mais porterait le risque d'interprétations divergentes, notamment en France où il existe deux ordres de juridictions.

Cette procédure permet de corriger les dispositions du juge administratif, par principe, avait fondé la théorie de la loi écran (CE, 1936, Arrighi). Le juge administratif ne peut vérifier la conformité des dispositions légales à la Constitution. Le rôle du juge ordinaire reste de contrôler les dispositions réglementaires aux lois. Cette solution a été réaffirmée concernant les dispositions réglementaires au regard de la Constitution (CE, 1989, Roujansky) tandis qu'il admettait le contrôle direct des dispositions réglementaires au regard des normes communautaires (CE, 1989, Nicolo). La question prioritaire de constitutionnalité, en permettant de vérifier la conformité des lois promulguées à la Constitution, permet donc de

<sup>8</sup> Dernières statistiques disponibles après trois ans de mise en application : 4000 QPC posées en 3 ans, plus de 250 affaires tranchées par le Conseil constitutionnel. Dans le détail, conformité à la constitution (53%), avec réserve (14%) ou non-conformité (27%). Les filtres semblent plutôt efficaces avec moins de 6% de non lieux à statuer.

réduire le risque de voir opposées des dispositions réglementaires en application de dispositions légales inconstitutionnelles. Le juge administratif rappelle que le contrôle de la constitutionnalité d'une loi ne saurait résulter que du dépôt d'une QPC (CE, 2010, Commune de Palavas les flots). Cependant la décision rendue en 2011, CFDT laisse apparaître une étape supplémentaire dans l'abandon de la théorie de la loi écran.

## 2) Le contrôle de conventionalité

### → La Cour de justice de l'Union européenne – CJUE

La construction communautaire a érigé un véritable droit communautaire originaire et dérivé duquel découle des dispositions applicables aux Etats membres, ce que la Cour de justice des communautés européennes a rappelé dans un arrêt de 1964, Costa contre ENEL, établissant la primauté du droit communautaire dans les Etats membres.

Outre les traités (CJCE, 1963, Van Gend en Loos), les règlements et les directives, qui mettent en œuvre des délais de transposition, entrent dans l'ordre juridique interne des Etats membres sans que ne puisse jouer le principe de réciprocité comme en matière d'obligations bi ou multilatérales. Ainsi, les règlements sont d'application immédiate et d'effet direct (CJCE, 1974, Van Duyn). Les directives, qui imposent des objectifs, et impliquent ainsi des délais raisonnables de transposition, ne sont pas d'effet direct même si elles peuvent être invoquées par les justiciables lorsqu'elles ne sont pas transposées dans des délais fixés (CJCE, 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame).

Ces dispositions novatrices ont été rapidement prises en compte par le juge constitutionnel (1975, IVG : le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas compétent pour juger de la constitutionnalité de normes dérivées qui ne nécessitent pas de ratification et n'entrent donc pas dans le champ de l'article 54 de la Constitution. Elle renvoie donc le règlement de ces questions aux juges ordinaires des deux juridictions<sup>9</sup>), le juge judiciaire ayant rapidement

<sup>9</sup> 1. Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ; □□2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie." ; □□3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ; □□4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ; □□5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ; □□6.

consacré la primauté communautaire (Cass, 1975, Société des cafés Jacques Vabre) alors que le juge administratif n'a accepté que tardivement la prise en compte de l'effet direct des dispositions communautaires en droit public interne (CE, 1989, Nicolo s'agissant du traité originaire puis 1990, Boisdet concernant les règlements et 1992, Rothmans International et Philip Morris concernant les directives).

L'arrêt Simmenthal de 1978 de la CJCE établit la primauté du droit communautaire sur toutes les dispositions du droit interne, y compris les constitutions. Cette jurisprudence n'a jamais été mise en œuvre en France (confirmant la suprématie de la Constitution comme norme fondamentale du droit français, CE, 1998, Sarran contre Levacher et Cass, 2000, Mlle Fraisse) car une telle reconnaissance viendrait à attribuer un caractère d'Etat fédéral de fait à L'Union européenne.

Avant même la mise en œuvre de l'exception d'inconstitutionnalité, la procédure de contrôle de conventionalité a placé le juge ordinaire comme juge de droit commun du droit communautaire (en particulier le Conseil d'Etat et la Cour de cassation). Lorsqu'il constate une éventuelle contradiction entre une disposition interne et une norme communautaire, le juge interne renvoie par question préjudicielle le problème à la CJUE. A défaut d'une législation claire, et par voie de conséquence d'une sécurité juridique, cette procédure renforce encore davantage les droits des justiciables.

### → La Cour européenne des droits de l'Homme – CEDH

Le renforcement des droits du justiciable existe également à travers des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme qui offre un recours effectif d'appel des décisions rendues à son encontre.

La Cour européenne des droits de l'homme est ainsi appelée à renforcer les droits et les libertés des citoyens s'agissant du droit à un procès équitable (article 6), le droit de ne pas subir de traitement inhumain ou dégradant (article 3), le droit à la protection de la vie privée et familiale (article 8) ou encore la liberté d'expression (article 10). Depuis 1981, les justiciables français ont, une fois tous les recours internes épuisés, la possibilité de porter l'affaire individuellement devant la CEDH.

---

Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ;

Cette évolution n'est pas sans rappeler celle des QPC aujourd'hui. L'une comme l'autre ont pour but de renforcer les droits des citoyens. Ainsi se traduit le mouvement de juridicité de nos démocraties contemporaines.

### 3) La dualité de l'organisation de la justice

La France est marquée par un ordre dual, le juge des pouvoirs publics n'étant pas celui qui juge les contentieux entre les particuliers. Cette organisation trouve une explication historique<sup>10</sup>.

Concernant l'organisation de l'autorité judiciaire, au sens de la Constitution française (titre VIII), il est important de constater que contrairement à d'autres pays européens ou aux Etats-Unis, le constituant n'a pas voulu ériger de troisième pouvoir. Pourtant, l'émergence de la question prioritaire de constitutionnalité fait aujourd'hui apparaître un pouvoir juridictionnel garant du contrôle des deux autres pouvoirs.

Les réformes en cours ont surtout concerné la révision du Conseil supérieur de la magistrature. Cette nouvelle organisation intervient à la suite de l'affaire d'Outreau qui a profondément souligné les dysfonctionnements de la procédure pénale. Le nouveau CSM donne davantage de poids aux professionnels de la justice même si l'article 64 nouveau maintient le Président de la République en tant que garant de l'indépendance de la justice. En revanche, il ne le préside plus.

Dans cette logique d'indépendance, la réforme du parquet doit permettre à ses magistrats de rejoindre le statut des magistrats du siège. Cependant, les membres du parquet dépendent encore trop des instructions du Ministre de la justice. La CEDH a eu l'occasion dans plusieurs décisions de souligner le lien trop fort liant le parquet au pouvoir exécutif en contradiction avec les dispositions de l'article 5 de la Convention : « Le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public, et il doit avoir le pouvoir d'ordonner l'élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention » (CEDH, 2010, Madvedyev contre France).

<sup>10</sup> Voir les développements ultérieurs sur la justice administrative.

Enfin, une réflexion sur les nominations des magistrats et sur la finalisation de la carte judiciaire paraissent nécessaires.

Par ailleurs, concernant les affaires qui touchent directement ou indirectement les administrations, un juge spécifique a été institué au moment de la Révolution française : le juge administratif.

Le juge administratif n'a cependant connu sa consécration qu'à deux reprises lors de la création d'une justice déléguée rendue au nom du peuple français (loi du 24 mai 1872) et lors de la reconnaissance d'un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République : la séparation des autorités judiciaires et administratives (CC, 1980, Validation d'actes administratifs).

La séparation est cependant souvent subjective et suppose soit l'intervention du Législateur, soit du Tribunal des conflits pour déterminer qui des deux juges est compétent en cas de conflit. Cette distinction pose donc aujourd'hui question.

## Chapitre 2 : L'organisation administrative des pouvoirs publics

La Constitution française a souvent été révisée (24 fois en 53 ans). En France, le politique considère qu'un changement de constitution s'impose dès lors qu'il faut trouver un nouveau souffle démocratique. Aussi, l'idée d'une VI<sup>e</sup> république refait souvent surface. Il s'agit pourtant d'amalgamer deux propositions qui, sans être cumulatives, sont complémentaires : changer la constitution et réformer l'Etat.

La notion d'Etat s'entend selon ces deux acceptions : l'une relative aux institutions du gouvernement, l'autre relative à l'organisation des pouvoirs publics. C'est à cette deuxième définition que les développements sont consacrés (section 1<sup>ère</sup>).

Bien que considéré comme un Etat fortement centralisé, le jacobinisme ayant marqué de son empreinte le développement du pays, La France est depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 un Etat dont « l'organisation de la République est décentralisée » (article 1<sup>er</sup> de la Constitution).

Pour prendre acte du renforcement de la territorialisation de la République (section 2), l'Etat a accompagné la décentralisation d'un mouvement de déconcentration. A la suite de la suppression de la tutelle en 1982, la loi administration territoriale de la République (ATR) a contribué à poser les bases de la nouvelle organisation administrative française.

Cette nouvelle organisation des pouvoirs publics, inspirée du principe de subsidiarité de l'Union européenne (section 3), a préparé le polycentrisme des décisions qui ne sont plus aujourd'hui seulement prise au sein de l'Etat-Nation mais à tous les échelons locaux, nationaux et communautaires. Cette mise en concurrence des territoires n'est pas sans poser problème pour notre modèle républicain.

Historiquement, l'Etat a connu des mouvements ascendants puis de remise en cause de son action au gré de la pensée économique dominante (keynésianisme, néolibéralisme). A l'heure actuelle, Etat et marchés cherchent chacun leur place, ceux-ci apparaissant comme complémentaires.

## Montée en puissance et reflux des pouvoirs publics

L'Etat, apparu au XVI<sup>e</sup> siècle, s'est développé au gré des adaptations et des crises par étapes qu'a pu identifier Pierre Rosanvallon dans son ouvrage *L'Etat en France de 1789 à nos jours* :

- L'Etat régalien dans un premier temps représentant les grandes missions définies par Max Weber dans *Le Savant et le Politique* : « ensemble d'institutions qui, sur un territoire et une population donnée, exercent le principe de souveraineté, lequel s'exprime par le monopole de la violence légitime ». Le monopole de la violence légitime porte sur les prérogatives définissant l'Etat-gendarme : défense, diplomatie, police, justice, monnaie ;
- L'Etat instituteur du social rappelle le rôle assigné à l'école de Jules Ferry : la laïcisation, l'unité du territoire ainsi que la liberté de conscience. C'est la République qui mit ainsi en œuvre l'obligation scolaire en 1882 ;
- L'Etat-providence qui, au sortir de la 2<sup>nde</sup> guerre mondiale, fut promu par le Conseil National de la Résistance (1944) et le discours de Bayeux (1946) sur la théorie de la régulation étatique du social, suivant les théories de Keynes, en remplacement de l'autorégulation du social par le marché défendue par l'auteur de la main invisible, Adam Smith ;
- L'Etat promoteur économique symbolise l'intervention de l'Etat dans la sphère économique. Social et économie sont liés au travers des politiques planificatrices de l'Etat mises en œuvre par Jean Monnet à la suite du plan Marshall d'aide financière des Etats-Unis à la reconstruction européenne.

Marqué par la nouvelle gestion publique, née en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis au début des années 1980, à la suite des travaux de l'école de Chicago et de Hayek invitant les gouvernements aux dérégulations, l'Etat est désormais tenu de s'inspirer des expériences de la gestion d'entreprise, supposée plus performante. Ainsi, plusieurs idées sont nées de cette approche néo-libérale de la gestion publique :

- Les privatisations des entreprises publiques : l'Etat n'est pas jugé suffisamment performant pour s'immiscer dans le secteur économique. L'ouverture du capital des entreprises publiques répond en réalité à un impératif financier, l'Etat n'étant pas toujours en capacité de financer les investissements nécessaires au développement des entreprises. Depuis le milieu des années 1980, le droit de la concurrence est appliqué au secteur public, qui a, pour sa part, fortement reflué. Les privatisations ont ainsi rapporté à l'Etat en l'espace de 25 ans près de 100 milliards d'euro.



- Le management public est né d'une volonté de performance appliquée aux administrations. C'est dans ce contexte que les Etats ont été conduits à se réformer. En France, l'adoption de la Loi organique relative aux lois de finances et la mise en place de la révision générale des politiques publiques contribuent à cette logique.

### Quelle place pour les pouvoirs publics au XXI<sup>e</sup> siècle ?

La crise financière de 2008, suivie de la crise des dettes souveraines en Europe, ont conduit à une nouvelle approche du rôle des Etats. Certes, de prime abord, les Etats semblent inviter à se désengager des secteurs économiques pour faire face à leurs créances. Mais, le libre-échange a aussi dévoilé ses limites, à l'instar de l'échec du cycle de Doha amorcé en 2001. C'est à ces deux mouvements, traduisant l'un et l'autre la réévaluation du rôle de l'Etat, que les pouvoirs publics sont aujourd'hui confrontés :

- D'une part, dans la droite ligne des politiques menées depuis les années 80, les Etats sont conduits à se désengager des secteurs économiques, notamment en Grèce actuellement, comme en Argentine dans les années 90. Ces mesures sont fortement inspirées par les organisations internationales comme le FMI ou la banque mondiale à travers le consensus de Washington (pour instituer une politique de développement, les institutions financières internationales incitent à des politiques de stabilisation macroéconomiques, à des budgets publics équilibrés, à l'ouverture des marchés et à des politiques de privatisation et de dérèglementation) ;
- D'autre part, certains Etats s'interrogent actuellement sur les politiques menées au cours des dernières années, notamment aux Etats-Unis où dans son dernier ouvrage, *Remettons nous au travail*, Bill Clinton fustige le désengagement de l'Etat et les sous investissements publics des dernières années. Sur un autre plan, l'Union européenne s'interroge actuellement sur les limites du libre-échange sans réciprocité. L'idée d'un Buy European Act, visant à réserver une partie des marchés publics à des entreprises européennes, se fait jour.

L'Etat, aujourd'hui amaigri, invité à devenir « modeste », doit se réinviter à l'aune des missions qui lui incombent et de celles qui relèvent de compétences supranationales ou territoriales.

## Section 1<sup>ère</sup> : L'Etat

La territorialisation de l'Etat indique que seuls 5% des fonctionnaires de l'Etat travaillent au sein des ministères. La réorganisation des services de l'Etat par le biais de la déconcentration marque une modification profonde du paradigme républicain. Le centralisme jacobin a laissé place à un Etat qui gère à distance.

Par ailleurs, la réforme de l'Etat amorcée depuis 1995 a abouti à la mise en œuvre de la Direction générale de la modernisation de l'Etat (DGME). Elle s'est poursuivie par l'adoption d'une nouvelle loi organique relative aux lois de finances qui a incité à l'évaluation des politiques publiques. Cette dernière fait l'objet depuis 2007 d'une revue des actions de l'Etat, par la révision générale des politiques publiques (RGPP) et la modernisation de l'action publique (MAP). Au fur et à mesure, cette logique se développe pour toucher l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que les organismes de sécurité sociale. Les liens financiers qui les unissent fondent une approche globale de la question des déficits et de la dette publique au sens de Maastricht.

### La RGPP

La RGPP a poursuivi plusieurs objectifs :

- L'amélioration de l'organisation de l'Etat au profit des usagers ;
- La rationalisation des dépenses publiques dans un contexte où, en 2010, les dépenses publiques représentent l'un des niveaux les plus élevés des pays de l'OCDE<sup>11</sup> (56,6%) ;
- La modernisation de la gestion des ressources humaines de l'Etat.

Ces grandes orientations ont été de nature à réformer l'organisation de l'Etat pendant cinq ans. L'OCDE vient de rendre un rapport à mi-parcours sur la RGPP menée en France. Saluant une réforme originale car globale, l'OCDE voit à travers cette approche le gage d'une « compétitivité économique » retrouvée, facteur d'« équité ». D'autres pays sont invités à s'en inspirer.

---

<sup>11</sup> Organisation de coopération et de développement économique

Tableau synoptique : la RGPP vue par l'OCDE

	L'organisation de l'Etat	La relation à l'utilisateur	La gestion des RH
Avancées de la RGPP	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La fusion des administrations</li> <li>- la rationalisation de l'échelon central et des échelons déconcentrés</li> <li>- La normalisation d'opérateurs interministériels (ex : le Service des achats de l'Etat, la Direction interministérielle des systèmes d'information et de la communication)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mise en place d'un baromètre de la qualité du service public</li> <li>- Développement de l'administration électronique (internet, simplification des procédures, guichet virtuel avec Allô Service public au 3939)</li> <li>- Simplification des démarches administratives (Pôle emploi, DGFIP, DIRECCTE)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 150 000 fonctionnaires en moins en 5 ans</li> <li>- rétrocession de la moitié des gains budgétaires aux fonctionnaires (primes, rémunérations additionnelles)</li> <li>- rénovation du dialogue social</li> <li>- diminution du nombre de corps</li> <li>- loi sur la mobilité</li> <li>- modernisation des recrutements</li> </ul>
Améliorations à attendre	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Renforcer la mise en place des objectifs</li> <li>- Rationaliser les directions support</li> <li>- Mettre en place des critères de création des satellites et des opérateurs</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Etablir une stratégie globale, notamment en direction des entreprises</li> <li>- Développer davantage les voies électroniques puisque la France est toujours en retard sur la moyenne des pays de l'OCDE (dématérialisation)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- réforme du non remplacement de ½ fonctionnaires non comprise par les agents</li> <li>- difficile maîtrise de la masse salariale</li> <li>- amélioration de la gestion de la performance (résultats, gestion moderne de l'encadrement)</li> </ul>
Recommandations	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mutualiser l'interministériel (maintenance des sites, gestion de la haute fonction publique)</li> <li>- Réduire le poids des directions support (notamment en termes de charges de personnel)</li> <li>- Renforcer les normes de gestion au sein des ministères (audits internes, création d'opérateurs)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mieux mesurer l'amélioration des services publics</li> <li>- Conduire l'amélioration de la relation à l'utilisateur non seulement dans le sens de la simplification mais aussi dans celui de l'amélioration des politiques publiques</li> <li>- Favoriser l'accès des personnes marginalisées (handicapés notamment) par le biais des associations existantes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Réduction des effectifs mais à différencier selon les secteurs</li> <li>- pour améliorer la diminution de la masse salariale, mettre en œuvre des primes conditionnées dans le temps</li> <li>- Concernant les rémunérations, faire des études de benchmark de manière à comparer les salaires du public au privé et avec les voisins étrangers</li> <li>- développer la fonction publique de métier en réduisant le nombre de corps, continuer à professionnaliser les recrutements par la professionnalisation du concours</li> <li>- favoriser les recrutements en milieu de carrière</li> <li>- organiser un seul groupe de cadres dirigeants</li> </ul>

Source : Evaluation et recommandations de la RGPP par l'OCDE

## La MAP

La RGPP a été remplacée par la MAP (modernisation de l'action publique). La modernisation est désormais directement menée sous l'autorité du Premier ministre par le biais de la Direction interministérielle de la modernisation de l'action publique rattachée au SGG. Ce nouveau pilotage apporte une réponse aux critiques faites à la RGPP d'avoir une vision trop financière des réformes.

La MAP intègre la modernisation des collectivités territoriales et des organismes de Sécurité sociale. Les pressions budgétaires qui visent le retour à l'équilibre budgétaire à moyen terme imposent une réflexion globale de l'organisation des pouvoirs publics (possible mise en place d'une loi de financement des collectivités territoriales pour leur fixer des normes de dépenses). Les transferts financiers opérés de l'Etat vers les collectivités territoriales conduisent les pouvoirs publics à intégrer toutes les administrations dans une démarche de performance.

### 1) Les administrations centrales

Les pouvoirs publics sont organisés au niveau central autour de l'Exécutif, de l'administration des ministères et des grands corps de l'Etat. Cette organisation a inspiré de nombreux pays, notamment en Afrique francophone.

### Les organes politiques

Selon les termes de la Constitution, Le Président de la République (article 13) et le Premier ministre (article 21), qui dirige l'action du gouvernement, lui-même chargé de conduire la politique de la Nation (article 20), sont concurremment les détenteurs de l'autorité administrative. Cependant, si la lettre de la Constitution organise cette dyarchie, la pratique a voulu que le Président de la République, président le Conseil des ministres (article 9), conduise la politique nationale. Cette dyarchie déséquilibrée dispose seule du pouvoir réglementaire général, applicable sur l'ensemble du territoire (les décrets).

Les ministres ont délégation, dans leurs domaines de compétence respectifs, de la compétence réglementaire pour gérer l'organisation et le fonctionnement de leur ministère (CE, 1936, Jamart). Ils contresignent les actes du Premier ministre dont ils sont chargés de l'exécution (article 22).

Le gouvernement reste la forme collégiale de base de l'Exécutif. Cependant, les ministères qui le composent sont à géométrie variable et leur nombre comme leurs compétences évoluent au gré des mandatures. Certains ministères régaliens perdurent : Ministère des affaires étrangères, Ministère de la défense, Ministère de la Justice. D'autres paraissent sanctuarisés comme le Ministère de l'éducation nationale.

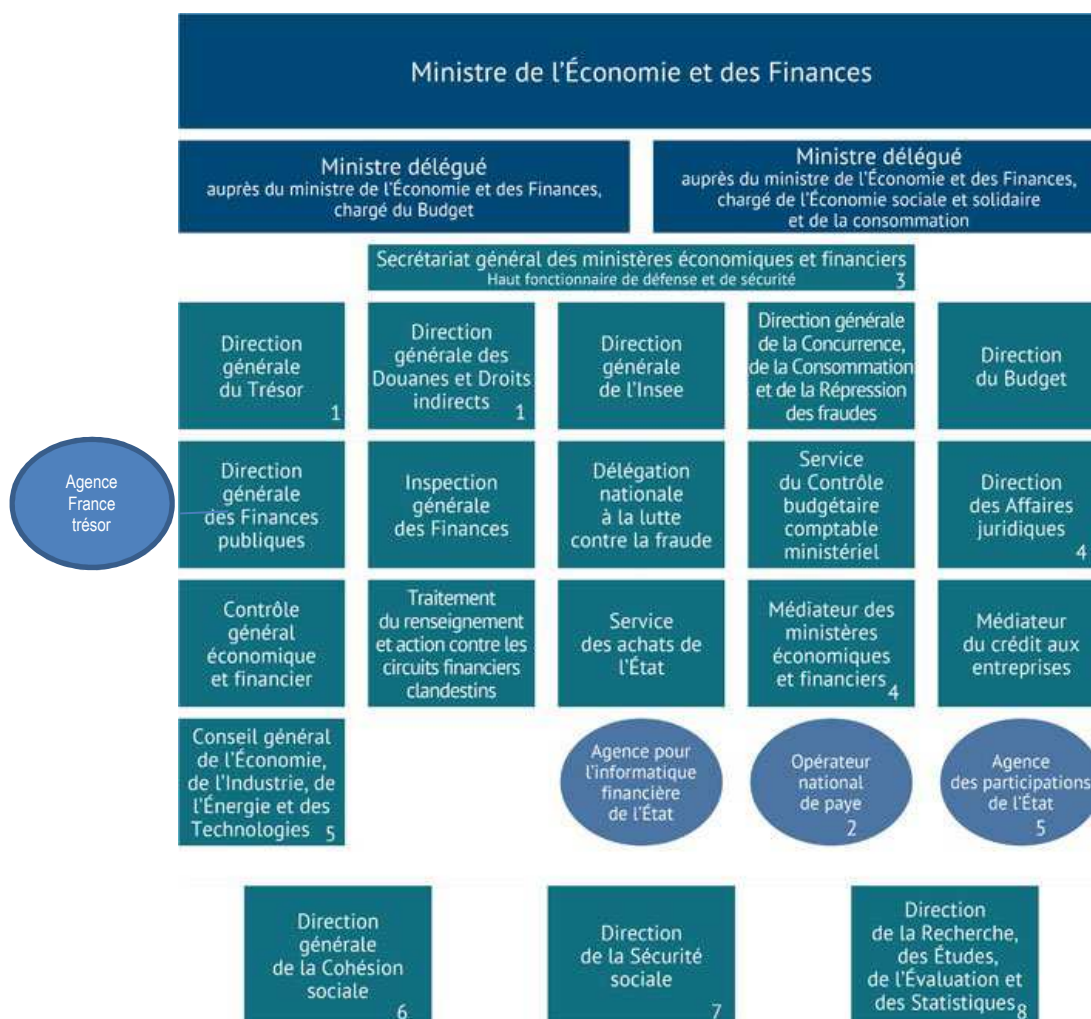
D'autres évoluent au gré des ambitions politiques que fixent les gouvernements. Il peut s'agir avant tout d'une évolution sémantique : le Ministère de l'intérieur est ainsi rebaptisé, en 2002, Ministère de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales puis, en 2010, le Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration. Il peut s'agir d'évolutions plus profondes : depuis 2007, deux ministères de l'économie et des finances sont distincts.

D'autres enfin apparaissent en considération des préoccupations dominantes du moment : la première fois qu'apparaît le Ministère de l'écologie date de 1971 tandis que la disparition du Ministère des postes et des télécommunications date de 1991. En 2012, l'une des questions essentielles portait sur le redressement productif raison pour laquelle un ministère spécifique avaient été créé.

Leur nombre peut varier fortement mais, dans le cadre de la rationalisation de l'organisation et des coûts de l'Etat, la tendance est à la réduction du nombre de ministères ou des effectifs des cabinets ministériels.

### **Les services de l'administration**

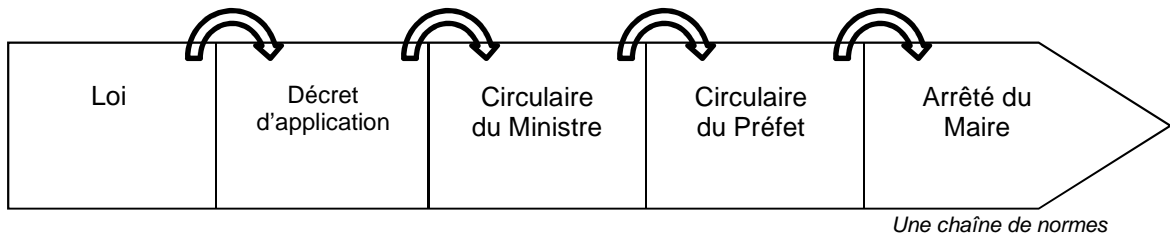
L'organisation des ministères reste globalement la même : outre le cabinet, organe politique, l'administration est composée d'un secrétariat général (les plus connus étant le SGG et le SGAE) de directions générales, de sous-direction, de services puis de bureaux. Chaque grand ministère possède également son corps de contrôle (IGF, IGAS, etc.).



Source : Organisation du Ministère de l'économie, 2012

Dans le cadre de la réforme de l'Etat, la révision générale des politiques publiques a permis de regrouper plusieurs directions dans la perspective de rationaliser les coûts et de simplifier les démarches des citoyens. Ainsi, la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) est le fruit de la fusion de la Direction générale des impôts (DGI) et de la Direction générale de la comptabilité publique (DGCP). Au niveau local, cette fusion a notamment permis de rapprocher les services des Impôts et du Trésor public en créant un guichet unique.

Le pouvoir Exécutif agit par l'intermédiaire de projets de loi, d'ordonnances, de décrets – il faut faire la distinction entre les décrets d'application qui supposent un pouvoir réglementaire subordonné des autres décrets qui représentent véritablement le pouvoir réglementaire autonome, article 37 alinéa 2 –, d'arrêtés et de circulaires, le Président de la République et le Premier ministre fixant le cadre de la politique à mener, les ministres étant chargés de leur application dans leurs champs d'intervention respectifs.



Les pouvoirs centraux sont les pilotes des autorités déconcentrées, chargées de faire appliquer ou respecter la norme sur le territoire. Les administrations centrales n'ont désormais plus que des missions de conception, les services déconcentrés ayant des missions de gestion. Au titre des exceptions, on mentionnera le développement au cours des dernières années des agences.

### Les organes de contrôle

Deux grands corps de l'Etat ont une importance particulière. Ils ont à la fois des missions juridictionnelles et consultatives (le Conseil d'Etat) ou des fonctions juridictionnelles et de contrôle (la Cour des comptes). Les grands corps sont assurés d'une certaine indépendance que reflètent les rapports qu'ils rendent aux pouvoirs publics.

Le Conseil d'Etat donne ses avis au gouvernement sur la régularité juridique et même sur l'opportunité administrative des projets qui lui sont présentés. Il est obligatoirement consulté pour les projets de loi, les ordonnances et, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Président de l'Assemblée nationale peut également le saisir pour les propositions de loi, sauf si l'auteur de la proposition s'y oppose (nouvel article 39, alinéa 5). Cette consultation permet toutefois de renforcer la qualité de la loi et la juridicité d'un texte, notamment en rendant public l'avis de la Haute Cour. L'avis du Conseil d'Etat peut, par ailleurs, être facultatif pour les autres textes tels que les décrets (décrets en Conseil d'Etat). Enfin, l'avis du Conseil d'Etat est également demandé s'agissant des textes communautaires. Le Conseil d'Etat évalue l'impact mais aussi les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales dans l'ordre juridique interne. Outre la section contentieuse, chargée de juger en droit les arrêts des tribunaux administratifs (TA) et des Cours administratives d'appel (CAA) en cassation, les cinq sections consultatives (intérieur, travaux publics, administration, finances et sociale) rendent ces avis tandis qu'une section du rapport et des études éclaire les citoyens sur les évolutions juridiques. C'est cette dernière section qui rend un rapport annuel très attendu (l'intérêt général en 1999, les autorités administratives indépendantes en 2001, la fonction publique en 2003, les agences en 2012 ou encore le droit souple en 2013).

La Cour des comptes, quant à elle, concourt à la bonne marche des services publics par son action de contrôle et de conseil. Outre ses attributions contentieuses pour connaître les affaires financières, et au titre de l'article 47-2 de la Constitution, la Cour des comptes a une mission de certification des comptes de l'Etat (interne à l'Etat contrairement à d'autres pays où la fonction a été externalisée, comme en Grèce avec le cabinet Goldman Sachs) qu'impose la LOLF et une mission d'audit et d'évaluation des politiques publiques. Nonobstant les lois de finances et de financement de la Sécurité sociale, la Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action gouvernementale. Elle rend des rapports publics accessibles pour les citoyens et, de manière plus générale, à l'adresse des pouvoirs publics, dans l'objectif d'évaluer la régularité et la qualité de la gestion mais aussi l'efficacité des politiques menées. Elle est assistée des Chambres régionales des comptes (CRC) ainsi que d'une Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF), d'un Conseil des prélèvements obligatoires (CPO) et de la Commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur (SPRD). Enfin, le Premier président de la Cour des comptes préside le Haut conseil des finances publiques en charge de veiller à la trajectoire de redressement des finances publiques.

## **2) La sectorisation de l'Etat**

La sectorisation des politiques publiques symbolise l'Etat polycentrique, les administrations de mission entrant en confrontation avec les administrations traditionnelles. La sectorisation a pour but de créer des entités agissant pour le compte de l'Etat en effectuant des actions spécifiques dans un domaine de compétence circonscrit.

Le développement des agences est difficile à appréhender. La nature juridique des agences n'est pas homogène et les régimes juridiques applicables impliquent une mise en cause de l'administration française en termes d'organisation, de suivi de la carrière des agents et de droit applicable. Les réflexions actuellement à l'œuvre ont pour mérite de poser la question de la cohérence de leur développement.

### **Les agences**

Le développement des agences est au cœur des réflexions actuelles. Le Conseil d'Etat a estimé dans son rapport annuel qu'il existait, au sens strict, 103 agences qui représentaient 330 milliards d'euros. Elles comptent 145 000 agents (8% de l'effectif de la fonction publique d'Etat). L'Inspection générale des finances, qui entend définir les agences comme



l'ensemble des entités exerçant des missions non marchandes et contrôlées par l'Etat, soit une définition large, en dénombre 1244, dont 1101 ont la personnalité juridique. 143 ne l'ont pas : il s'agit spécifiquement des autorités administratives indépendantes (38) et des services à compétence nationale (101). L'enjeu de la qualification d'agence se rapporte aux missions de pilotage et de contrôle que les grands corps souhaitent respectivement assigner aux ministères de tutelle et au Parlement.

Le problème fondamental des agences réside dans leur développement empirique sans cohérence qui conduit à appliquer des règles juridiques différentes.

Au sens strict et pour reprendre la classification du Conseil d'Etat, les agences peuvent se constituer sous la forme de personnes morales de droit public ou de droit privé. Les différentes agences se constituent sous forme d'établissements publics administratifs (les Universités, le Louvre, la Caisse des dépôts et des consignations ou les Caisses nationales de Sécurité sociale) ou industriels et commerciaux (RFF, RATP), de groupements d'intérêt public, d'association ou même de société. Ainsi, les droits applicables ne sont pas les mêmes alors que les agences se définissent comme des composantes de l'Etat qui ne devraient pas s'en détacher. Il en va de la cohérence et de l'efficacité de l'action publique.

Parmi les personnes morales de droit public, on mentionnera les établissements publics qui sont dotés de la personnalité juridique et disposent de budgets propres. La création de nouvelles catégories d'établissements publics suppose quant à elle le vote d'une loi (article 34 de la Constitution). Les groupements d'intérêt public se distinguent des établissements publics par leur création pour une durée limitée et regroupent des personnes publiques et des personnes privées qui ont des intérêts communs et sont créés par convention alors que les établissements publics sont créés par décret. La distinction reste cependant floue si l'on considère, par exemple, que les agences régionales d'hospitalisation, qui étaient des groupements d'intérêt public, ont été remplacées par des agences régionales de santé (ARS), qui sont des établissements publics mais il faut retenir que la transformation en établissement public s'inscrit dans une logique de pérennisation.

Les services à compétence nationale (SCN), tel que l'Agence France Trésor, qui gère la dette et suit la trésorerie de l'Etat français, sont en charge de missions spécifiques qui nécessitent une autonomie d'organisation sans être indépendante (fonctionnement en régie). On peut mentionner historiquement le Mobilier national ou la Manufacture des Gobelins ou encore récemment le service des achats de l'Etat ou le service des retraites de l'Etat.

Les autorités administratives indépendantes (AAI) font l'objet d'une étude spécifique.

Tableau 16 : Analyse des principaux statuts

	Avantages	Inconvénients	Conditions de réussite
EPA, EPIC	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ culture du résultat introduite par le principe de spécialisation</li> <li>▪ gestion plus managériale</li> <li>▪ visibilité de la politique publique</li> <li>▪ internalisation de l'expertise et des compétences</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ coûts fixes (démutualisation, fonds de roulement, coûts de tutelle etc.) et, en général, rigidification de la dépense publique</li> <li>▪ asymétries d'information entre l'entité et sa tutelle</li> <li>▪ risque de faible mobilité des agents</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ activité mesurable</li> <li>▪ existence d'une tutelle stratégique, capable de suivre l'agence</li> <li>▪ taille critique de l'entité</li> <li>▪ environnement favorable à l'exercice d'une tutelle</li> </ul>
GIP	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ durée temporaire</li> <li>▪ levier financier pour diversifier les ressources de l'entité</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ moindre pilotage de l'État (présence de partenaires)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ réelle mise en commun des moyens</li> <li>▪ existence d'un projet délimité dans le temps</li> </ul>
AAI / API	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ indépendance totale facilitant l'autonomie de décision</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ coût de gestion important</li> <li>▪ absence de leviers de contrôle de la part des tutelles</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ forme souple de contractualisation</li> <li>▪ contrôle des ressources financières allouées à l'entité</li> </ul>
SCN	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ gestion potentiellement plus managériale que l'administration centrale classique</li> <li>▪ visibilité de la politique publique</li> <li>▪ mobilité des agents (pas de statuts spécifiques)</li> <li>▪ faiblesse des coûts (pas de fonds de roulement, peu de coûts de tutelle, rémunérations encadrées etc.)</li> <li>▪ contrôle budgétaire plus important</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ attractivité du statut perçue comme faible</li> <li>▪ autonomie moindre qu'en cas de personnalité morale</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ missions proches de celle des administrations centrales</li> <li>▪ projets n'ayant pas la taille critique, mais nécessitant une culture managériale</li> </ul>

Source : IGF, L'Etat et ses agences, 2011

Enfin, parmi les personnes morales de droit privé à qui sont confiées des missions de service public, il faut citer les associations, les groupements d'intérêt économique et les fondations auxquels certaines règles de droit public continuent de s'appliquer mais de manière plus souple, notamment en termes de comptabilité publique.

Ce mouvement illustre la tendance à l'externalisation de certaines activités même si elle est moins marquée en France que dans les pays anglo-saxons. Ces démembrements, qui ont pour objectif d'être plus performants que les administrations, posent tout de même certains problèmes :

- en matière de suivi de la gestion des deniers publics, et en l'absence de cadre budgétaire commun aux agences, la trajectoire budgétaire des agences est aujourd'hui pointée comme source de dérives en terme de maîtrise de la dépense publique (rapport de l'Inspection générale des finances de 2011) ;
- en matière de dilution des responsabilités, les agences paraissant parfois trop autonomes de l'administration. Ainsi, l'AFSSAPS à la suite du scandale sur la mise sur le marché du médiateur a été remplacée par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM). La tutelle du Ministère de la Santé a fait l'objet de critiques ;
- en matière de perte de compétences dès lors que les agences, trouvant leur légitimité dans le recrutement d'agents spécialisés dans des missions sans lien

avec la fonction publique, se détachent des administrations sans cohérence d'ensemble ni de lien hiérarchique ministériel.

Au titre des évolutions à venir, il faut considérer que les agences, si elles paraissent aujourd'hui nécessaires au fonctionnement efficient des pouvoirs publics, devront s'inscrire dans un cadre juridique cohérent et mieux en lien avec des ministères de rattachement tout en pilotant davantage la gestion financière et des ressources humaines.

### **Les autorités administratives indépendantes (AAI)**

Dans un contexte marqué par la transparence et l'indépendance des procédures, l'Etat a souhaité créer des autorités administratives indépendantes de manière à s'autoréguler. Les autorités administratives indépendances sont avant tout marquées par leur diversité. C'est souvent la loi qui qualifie expressément l'organisme qu'elle institue d'autorité administrative indépendante (Autorité de sûreté nucléaire). Parfois la loi qualifie l'organisme d'autorité publique indépendante, comme pour l'Autorité des marchés financiers. La qualification d'autorité administrative indépendante peut encore être donnée par décision du Conseil constitutionnel, comme pour l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. Le Défenseur des droits est qualifié d'autorité constitutionnelle indépendante. Par analogie et selon les critères définis par le Conseil d'Etat à l'occasion de son rapport public de 2011, 38 AAI existeraient aujourd'hui en France dont la Haute autorité de transparence de la vie publique.

Les autorités administratives indépendantes ne forment donc pas une catégorie homogène et même l'absence de personnalité juridique ne peut être considérée comme un critère suffisant dès lors que quatre d'entre elles (Autorité des marchés financiers, Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, Haute autorité de Santé et Agence française de lutte contre le dopage) en sont dotées.

Elles ont des points communs (un champ de compétence national, une organisation collégiale, leur désignation par les autorités politiques). Leur raison d'être est l'indépendance dont elles jouissent à l'égard de l'exécutif (tant en termes financiers que de gestion des ressources humaines). Enfin, elles disposent de pouvoirs réglementaires, voire de pouvoirs de sanction qui sont susceptibles de recours juridictionnels. Chaque année, les autorités administratives indépendantes rendent des rapports faisant état des évolutions de leurs secteurs d'action.

Les autorités administratives indépendantes sont perçues comme des vecteurs de la réforme de l'Etat et principalement de sa performance. D'une part, elles traduisent effectivement le nouveau rôle que l'Etat se fixe en matière économique. Initialement actionnaire (parfois même à 100%), le mouvement de privatisation instauré à partir de 1986 a conduit l'Etat à devenir régulateur de tous les secteurs économiques desquels il s'est désengagé par la remise en cause des monopoles (télécommunication, banque, électricité). La création des autorités administratives indépendantes a permis d'accompagner le mouvement d'ouverture à la concurrence (Commission de régulation de l'énergie, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes).

D'autre part, dans une logique de transparence et d'impartialité (Charte Marianne), l'Etat s'est engagé dans une démarche de défense des droits des citoyens face à leur administration (Commission nationale de l'information et des libertés, Commission d'accès aux documents administratifs et Défenseur des droits). Cette dernière autorité a été constitutionnalisée à l'article 71-1. Elle a un poids très important puisqu'elle regroupe, outre le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) et la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). Le Défenseur des droits, que l'on retrouve aujourd'hui dans beaucoup de démocraties sur le modèle de l'ombudsman suédois, obtient des prérogatives nouvelles telles que l'auto saisine ou la possibilité de demander aux organismes de contrôle et de consultation de réaliser des études. Cependant, la centralisation des autorités fait l'objet de critiques sur les plans du mode de nomination ou de suppression des anciennes AAI qui avaient déjà fait leurs preuves.

### **3) La territorialisation de l'Etat : les services déconcentrés**

La déconcentration a consisté en un transfert par les administrations centrales de leurs compétences vers les échelons territoriaux. La logique de la déconcentration est de rapprocher l'Etat des citoyens tout en accompagnant le mouvement de décentralisation. L'organisation de l'Etat est aujourd'hui guidée par le principe de subsidiarité.

#### **Déconcentration et rationalisation de l'administration déconcentrée**

De profondes modifications sont intervenues depuis 30 ans. Elles ont initialement conduit à remplacer la tutelle des collectivités territoriales par une logique de contrôle de l'action des pouvoirs publics décentralisés. La déconcentration, qui a transformé les services extérieurs en administrations déconcentrées en 1992 (Charte de la déconcentration et loi ATR), a

conduit l'Etat à calquer son organisation sur celle des collectivités territoriales. Elle a connu une évolution marquée au cours de la période récente, par les décrets du 29 avril 2004 et du 16 février 2010, induisant un renforcement de l'échelon régional tandis que l'échelon départemental reste l'échelon de base de l'action de l'Etat.

La déconcentration implique que la même personne morale est toujours détentrice des compétences sur le territoire. Les services de l'Etat représentent son autorité au niveau local, ce dont il s'assure par l'intermédiaire de la fonction préfectorale. Ainsi, le Préfet est le représentant de l'Etat et le garant de l'Etat de droit.

Dans le cadre de la mise en œuvre de la LOLF, les services déconcentrés ont gagné en autonomie et en responsabilité. La mise en œuvre des budgets opérationnels de programmes (BOP) a permis de modifier la gestion des services et des personnels ainsi que d'introduire la démarche de performance.

Dans le cadre de la révision générale des politiques publiques, la rationalisation des actions de l'Etat, menée dans le cadre de la réforme de l'administration territoriale de l'Etat (RÉATE), a fusionné les directions aux niveaux régional et départemental. Niveau régional et niveau départemental constituent ensemble l'administration territoriale de l'Etat. Ils exercent chacun un rôle différent mais ils dépendent l'un de l'autre et s'appuient mutuellement pour la mise en œuvre des politiques ministérielles au service des administrés et de l'intérêt général. Le niveau régional assure le lien entre les ministères, les stratégies nationales, et l'administration départementale. L'échelon départemental est l'échelon de contact avec les usagers et de mise en œuvre des politiques publiques.

Ainsi, la direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL) est un service déconcentré du Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie qui fusionne la direction régionale de l'équipement (DRE), la direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement (DRIRE) et les directions régionales de l'environnement (DIREN). Il en va de même pour la Direction régionale des finances publiques (DRFIP), la Direction régionale de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt (DRAAF), la Direction régionale de la culture (DRAC), la Direction régionale des entreprises, de la concurrence et de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) et la Direction régionale de la jeunesse des sports et de la cohésion sociale (DRJSCS).

Dans la même logique, des directions départementales interministérielles ont été créées. Elles regroupent désormais la Direction départementale des territoires (DDT) – qui

regroupent les anciennes direction départementale de l'Agriculture et de la Forêt (DDAF), direction départementale de l'Équipement (DDE), et le service environnement des préfetures – la Direction départementale de la cohésion sociale et de la protection des populations (DDCSPP) – qui dans les départements de plus de 400 000 habitants est divisée entre DDCS et DDPP – assurant la veille sanitaire et la sécurité dans les domaines de l'alimentation et de la protection des consommateurs ainsi que la protection sociale.

Ces réformes, si elles ont conduit l'Etat à se réformer profondément pour adopter des visions pluridisciplinaires de manière à constituer des pôles d'expertise au profit des collectivités territoriales ou des usagers, n'en demeurent pas moins incomplètes, pour preuve les réflexions actuelles autour des cartes administratives de la justice ou des sous préfetures.

Les directions régionales sont placées sous l'autorité des préfets de région, les directions départementales sous l'autorité des préfets de département. Ainsi, l'autorité préfectorale joue un rôle de premier plan dans l'action déconcentrée de l'Etat.

### **Le Préfet, acteur central de l'administration déconcentrée**

Les grands ministères disposent de leurs représentants sur le territoire (le rectorat pour le Ministère de l'éducation nationale, l'agence régionale de santé pour le Ministère de la santé, les DDFIP pour le Ministère de l'économie). Cependant, le Préfet reste l'interlocuteur privilégié de l'Etat au niveau déconcentré.

A travers le rôle du Préfet s'exprime la modification des rapports entre l'Etat et les administrations décentralisées.

D'une part, le Préfet de région a désormais autorité sur les préfets de département (décrets du 29/4/2004 et du 16/2/2010). Il dispose de pouvoirs d'instruction et d'invocation. Cependant, il ne possède pas un pouvoir hiérarchique mais une autorité de coordination des politiques publiques sur la région.

Dans le cadre de la réforme de l'Etat, les pouvoirs publics ont souhaité faire du niveau régional le niveau d'impulsion des politiques publiques. De ce fait, le préfet de région apparaît comme l'interlocuteur privilégié du gouvernement. Il assure par le biais de son autorité de pilotage la mise en œuvre des politiques publiques et dispose, pour ce faire, d'un Comité d'administration régionale (CAR) qu'il préside avec l'appui du secrétariat général de l'action régionale (SGAR) en coordination avec les préfets des départements, le recteur

d'académie, le Directeur général de l'ARS et les Directeurs régionaux de l'Etat. Il met en œuvre du projet d'action stratégique de l'Etat (PASE) qui vise à établir une action cohérente sur le territoire des politiques économiques, sociales et d'aménagement du territoire.

D'autre part, le Préfet de département, autorité de droit commun de l'Etat au niveau départemental, assure le respect des intérêts nationaux, le contrôle administratif et le respect des lois (article 72, alinéa 6 de la Constitution). Depuis 1982, à travers son contrôle de légalité des actes, le Préfet de département n'exerce plus la tutelle des collectivités au travers de contrôles a priori et systématiques. Il opère désormais des contrôles hiérarchisés, c'est-à-dire non exhaustifs, ne portant que sur des domaines sensibles (intercommunalité, contrats publics, urbanisme), en respectant le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales (article 72, alinéa 3) mais en faisant respecter la hiérarchie des normes.

Il possède également un pouvoir de contrôle important en matière budgétaire. Lorsqu'il constate qu'une collectivité ne respecte pas l'équilibre de son budget, il saisit la Chambre régionale des comptes (CRC) qui juge de l'équilibre réel des budgets. Il prend les dispositions nécessaires au rétablissement des comptes publics locaux.

La procédure du déferé préfectoral, en demande de suspension d'un acte dans l'urgence avant que l'affaire ne soit jugée par le juge administratif, démontre bien l'importance du rôle d'alerte du Préfet en matière de légalité. Par ailleurs, au-delà du contrôle des actes, il peut agir, comme toutes les autorités déconcentrées, par « substitution d'action » lorsqu'il observe un manquement ou une défaillance de l'autorité décentralisée compétente (les pouvoirs de police du Maire par le Préfet, l'exécution des dépenses obligatoires de l'ordonnateur par le Comptable public).

La réorganisation de l'Etat accompagne ainsi le renforcement de la décentralisation. A ce titre, par une volonté réaffirmée de conduire un pacte de confiance et de responsabilité en instaurant un pacte de gouvernance territoriale, l'acte 3 doit instaurer un nouveau dialogue entre l'Etat et les collectivités territoriales.

Cependant, l'adoption de la loi MAPAM (modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles) du 27 janvier 2014 reporte sine die la mise en œuvre du Haut Conseil des territoires, instances initialement chargée de renforcer les liens financiers, juridiques et politiques entre le gouvernement et les exécutifs locaux. Cette remise en cause

augure mal d'une approche nouvelle et renforcée au sein d'un pays qui a toujours considéré les relations entre Etat et collectivités à l'aune d'une relation descendante.

## **Section 2 : Les administrations locales décentralisées**

### **L'Etat englobé**

En Europe, les structures étatiques ont été mises en cause par un double mouvement fédératif. Ainsi, pour prendre l'exemple de l'Espagne ou de l'Italie, la structure unitaire de l'Etat a été remise en question au profit de régions autonomiques jouissant de compétences particulièrement étendues. Les régions italiennes et espagnoles disposent ainsi de pouvoirs réglementaires et législatifs autonomes.

Dans le même temps, leur intégration à l'Union européenne les a obligés à des transferts de compétences, y compris dans les domaines régaliens comme la défense, les douanes ou encore la monnaie.

En France, la transformation de l'Etat n'a pas été aussi radicale. Certes, l'intégration de la France à la construction européenne l'a conduit à transférer des compétences toujours plus nombreuses aux Communautés puis à l'Union. Alors que l'Etat jacobin fût longtemps le gage d'un appareil bureaucratique jugé impartial et intègre, la post-modernité, marquée par l'idéologie néo-libérale, a conduit à le critiquer pour son éloignement et son inefficacité. Bien qu'incitée, au titre de la subsidiarité, à transférer les compétences à l'échelon local le mieux à même de gérer les politiques publiques, l'Etat jacobin a dû se réformer dans ses structures internes mais aussi par le biais d'une décentralisation privilégiée à l'autonomie ou au *local government*.

### **Décentralisation et déconcentration**

L'Etat reste cependant la seule organisation à disposer de la compétence de sa compétence. Autrement dit, l'organisation décentralisée ne trouve la source de ses compétences qu'au travers de celles que l'Etat a souhaité lui attribuer. Voulant ne pas pousser trop avant l'autonomie des collectivités, l'Etat a accompagné la politique de décentralisation d'une déconcentration de sa propre organisation (loi ATR de 1992, réorganisation des services de l'Etat à la suite de la RGPP dans le cadre de la RéATE). Placées sur l'ensemble du territoire de la République, les autorités déconcentrées servent à assurer l'unité juridique française et l'expertise technique auprès des collectivités territoriales.



D'une organisation pyramidale, fondée sur la suprématie des normes législatives uniformément appliquées sur l'ensemble du territoire, s'est développée une organisation en réseau. Le maillage territorial dont bénéficie actuellement la France, qui fait d'elle le pays qui compte le plus de structures au sein de l'UE (37 000 communes en France contre 8 500 en Allemagne et trois niveaux de collectivités territoriales), et qui, conduit à critiquer, à l'heure actuelle, le millefeuille territorial, est aussi le gage d'une démocratie de proximité, soucieuse de répondre à la crise de la représentation dont souffre l'Etat.

A travers une distinction présentant, d'une part, les collectivités territoriales et, d'autre part, les administrations à statut spécial, nous constaterons la multiplicité des institutions qui jalonnent le territoire français en organisant son maillage mais aussi les logiques sous-jacentes qui conduisent actuellement à les faire évoluer.

### **Sous-section 1 : Les collectivités territoriales de droit commun**

Chaque mouvement de décentralisation a apporté une pierre à l'édifice. L'organisation de la République est décentralisée, laissant aux collectivités territoriales une libre administration de leurs compétences, assurée par une certaine autonomie de gestion.

#### **Un Etat indivisible dont l'organisation est décentralisée**

La décentralisation est aujourd'hui reconnue par la Constitution (article 1<sup>er</sup>). Si l'organisation de la République est décentralisée, l'Etat reste unitaire, c'est-à-dire juridiquement que les dispositions que vote le législateur valent pour l'ensemble du territoire sans qu'il ne puisse être reconnu par exemple de « peuple corse », ce qu'a pu rappeler le Conseil constitutionnel<sup>12</sup>. Les collectivités territoriales françaises n'ont pas compétence de leurs compétences.

<sup>12</sup> CC, n°91-290DC : « 12. Considérant qu'aux termes du premier alinéa du préambule de la Constitution de 1958 "le peuple français proclame solennellement 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" ; que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle il est ainsi fait référence émanait des représentants "du peuple français" ; que le préambule de la Constitution de 1946, réaffirmé par le préambule de la Constitution de 1958, énonce que "le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" ; que la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination ; que la référence faite au "peuple français" figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels ; qu'ainsi le concept juridique de "peuple français" a valeur constitutionnelle ; □13. Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion".

Les administrations reconnues comme des collectivités territoriales par la Constitution sont les communes, les départements, les régions mais également les collectivités à statut particulier et les collectivités d'Outre-mer (article 72, alinéa 1). Les collectivités territoriales sont celles qui bénéficient de conseils élus ce qui les distingue des établissements publics.

### **La libre administration des collectivités territoriales**

Le constituant a souhaité prémunir les collectivités territoriales des évolutions politiques trop fréquentes en reconnaissant aux collectivités leur libre administration (article 72, alinéa 3). Cette libre administration s'exerce par les conseils élus. Elle revêt donc un caractère politique.

La libre administration est également l'occasion de préciser que les élus disposent de compétences réglementaires dans les limites de leurs territoires. La libre administration ne signifie en aucun cas une remise en cause de la compétence réglementaire générale qui relève seule du Premier ministre. Ainsi, sur leurs territoires respectifs, les Maires, Présidents de Conseil général ou régional ont la possibilité d'édicter des normes réglementaires (arrêtés, décisions, etc.) qui, respectant la hiérarchie des normes, sont édictées en conformité avec les lois et les règlements qui leur sont supérieurs. Les dispositions évoluent cependant progressivement avec la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome aux régions<sup>13</sup> dans le cadre de la loi de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles (MAPAM) du 27 janvier 2014.

Cependant, cela suppose également que, selon les termes de l'article 34 de la Constitution qui indiquent que la libre administration est du domaine de la loi, les dispositions législatives ne peuvent porter une atteinte grave à l'accomplissement de la liberté d'administration et donc à la décentralisation.

### **L'autonomie financière des collectivités territoriales**

Au centre des réflexions de la décentralisation depuis 30 ans, les ressources des collectivités territoriales ont fait l'objet d'une charte des finances locales à travers la rédaction de l'article 72-2 de la Constitution qui instaure les obligations de l'Etat à l'égard des collectivités territoriales.

---

<sup>13</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi MAPAM, article L4433-1 CGCT.

L'autonomie financière des collectivités réside dans la garantie de ressources propres déterminantes dans leurs budgets locaux. La part déterminante ne veut pas dire prépondérante de telle sorte qu'elles peuvent être inférieure tant qu'elles se maintiennent, selon les dispositions de la loi organique du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, au niveau qui était le leur, niveau par niveau, en 2003<sup>14</sup>.

Le Conseil constitutionnel postule de façon précise que l'autonomie financière n'implique en rien l'autonomie fiscale. Cette affirmation a été confirmée lors de la réforme de la taxe professionnelle et son remplacement par la contribution économique territoriale<sup>15</sup>. Il s'agit d'une précision importante pour l'avenir de la décentralisation.

L'autonomie financière est aujourd'hui accompagnée d'une péréquation des richesses entre les territoires selon une péréquation verticale classique (de l'Etat vers les collectivités) et une péréquation horizontale plus récente (entre collectivités).

### 1) Les grandes étapes de la décentralisation

Il existe trois grandes étapes de la décentralisation. Elles peuvent être présentées de la façon suivante :

- Acte 1 : les lois Defferre de 1982-1983
- Acte 2 : les lois Raffarin de 2002-2003
- Acte 3 : Le Président de la République dans son discours d'investiture a annoncé le 15 mai 2012 « un pacte de confiance et de solidarité entre les territoires ».

La loi du 16 décembre 2010, qui introduisit deux éléments essentiels dans l'évolution de l'organisation de la décentralisation, inspirée des travaux du Comité Balladur, a contribué à faire évoluer les réflexions actuelles. Le Premier ministre reprend à son compte la suppression de la clause générale des compétences pour les départements et les régions (1<sup>ère</sup> proposition) tandis qu'il annonce une démarche plus radicale s'agissant de la

<sup>14</sup> Selon une réponse apportée par le Ministère de l'intérieur en 2005 dans le cadre des questions écrites au gouvernement, le niveau constaté des ressources propres en 2003 était le suivant, catégorie par catégorie : Communes (60,8%), Départements (58,6%) et Régions (39,5%).

<sup>15</sup> CC, n°2009-599DC.

suppression des conseils départementaux, au lieu et place de la création du conseiller territorial (2<sup>ème</sup> proposition).

### **Acte 1**

Pourtant historiquement jacobine, c'est la gauche qui est à l'initiative de la première grande phase de décentralisation.

L'acte 1 de la décentralisation est symbolisé par plusieurs avancées essentielles en termes politiques. La Loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, départements et régions est essentielle car elle supprime la tutelle et marque la genèse des exécutifs locaux. De plus, elle crée les régions en tant que collectivités territoriales (elles étaient jusqu'alors des établissements publics). L'Acte 1 marque ainsi le transfert des pouvoirs aux collectivités territoriales. Il s'agit donc d'une réforme à portée politique.

Il reste aujourd'hui quelques succédanés de la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales : le contrôle de légalité des actes des assemblées délibérantes et le contrôle de la dépense par les comptables publics en sont les principaux marqueurs.

### **Acte 2**

L'Acte 2 de la décentralisation a été porté par le Premier ministre J.-P. Raffarin. Elle avait initialement pour objectif de transférer les compétences et de faire des régions les chefs de file de l'action locale. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 introduit deux nouveaux articles dans la Constitution :

- Le nouvel article 72 de la constitution fonde la libre administration des collectivités territoriales.
- L'article 72-2 pose les jalons d'une charte financière entre les CT et l'Etat. Elle trouve sa traduction dans la loi organique du 29 juillet 2004.

Garantissant la libre administration des collectivités territoriales, la réforme transfère de nombreuses compétences aux collectivités tout en maintenant un niveau d'autonomie financière suffisant en transférant les ressources associées. Il s'agit donc avant tout d'une réforme de gestion.

### **Quel acte 3 ?**

L'acte 3 intervient en réaction à la loi supprimant la taxe professionnelle et la loi du 16 décembre 2010. Le Président Hollande a considéré que la relation entre l'Etat et les collectivités territoriales devait reposer sur un pacte de confiance et de solidarité, depuis requalifié en pacte de confiance et de responsabilité. Aussi, les dispositions du projet de loi prévoient la mise en place d'un pacte de gouvernance territorial pour établir davantage de concertation entre l'Etat et les collectivités territoriales. Cependant, l'abandon dans la loi MAPAM du Haut Conseil des territoires et les propos du Premier ministre dans son discours de politique générale ne renforcent pas cette exigence de négociation.

Les collectivités territoriales doivent avoir confiance en une stabilité de leurs compétences et de leurs organisations autant qu'elles doivent avoir une vision plus claire des finances sur le quinquennat. Tel est l'objectif du projet de loi NOTRe (Nouvelle organisation territoriale de la République) qui vise à établir un nouveau cadre des relations entre Etat et collectivités territoriales.

### **2) La démocratie locale**

Sur un plan démocratique, la décentralisation apparaît bien différente de la déconcentration, les élus locaux jouissant d'une onction citoyenne que ne possèdent pas les Préfets. Pourtant, les élus ont encore des difficultés à trouver leur place face aux représentants de l'Etat, les premiers les considérant comme des technocrates qui contrôlent leurs politiques, les seconds les suspectant d'être à même de constituer des féodalités.

#### **Un système représentatif basé sur l'élection au suffrage universel direct**

La démocratie locale, introduite par les lois de 1871 et 1884, respectivement pour les départements et les communes, repose sur des conseils élus. La démocratie se vit donc aux niveaux local comme national selon un mode représentatif.

Le modèle de la commune a fortement inspiré les départements et les régions. Il repose sur l'élection au suffrage universel direct d'élus qui, constituant une assemblée, choisissent parmi eux un chef de l'assemblée : le Maire, le Président du Conseil général, le Président du Conseil régional. La loi du 2 mars 1982 transfère l'exécutif du département du Préfet au Président du Conseil général et crée les conditions d'une démocratisation de la région.

Ce système ne repose pas sur une séparation des pouvoirs, le premier magistrat détenant son autorité de l'élection par l'assemblée et déléguant ses compétences à des adjoints ou vice-présidents. Autrement dit, la structure politique des conseils élus ne permet pas de faire émerger des personnalités fortes susceptibles, par le seul poids de leur élection, de mettre en cause l'autorité du représentant de l'Etat sur le territoire : le Préfet.

	<b>Commune</b>	<b>Département</b>	<b>Région</b>
<b>Exécutif/législatif</b>	Maire/conseil municipal	Président du Conseil départemental/Conseil départemental (loi MAPAM)	Président du Conseil régional/2 assemblées : une assemblée délibérante : le Conseil régional et une assemblée consultative : le Conseil économique, social et environnemental régional
<b>Durée du mandat</b>	6 ans	6ans	6 ans
<b>Mode de scrutin</b>	Renouvellement intégral - Pour les communes de moins de 1000 habitants, un scrutin de liste majoritaire à deux tours - Pour celles de plus de 1000 habitants, un scrutin de liste majoritaire à 2 tours, proportionnalisé (mais qui interdit le panachage). Les lois organique et ordinaire du 17 mai 2013 ont réduit le seuil de 3500 à 1000 habitants pour renforcer les modalités de la parité.	Nouveau mode électoral de la loi organique du 17 mai 2013 qui porte création des conseillers départementaux élus pour 6 ans. Pour chaque canton, un binôme (femme-homme) est élu au scrutin majoritaire à 2 tours.  Pour être élu au premier tour, le binôme doit obtenir : <ul style="list-style-type: none"> <li>• au moins la majorité absolue des suffrages exprimés (plus de 50%),</li> <li>• et un nombre de suffrages égal à au moins 25 % des électeurs inscrits.</li> </ul> Si aucun binôme n'est élu dès le premier tour, il est procédé à un second tour.  Au second tour, les 2 binômes arrivés en tête peuvent se maintenir. Les autres peuvent se maintenir seulement s'ils ont obtenu un nombre de suffrages au moins égal à 12,5 % des électeurs inscrits. Le binôme qui obtient le plus grand nombre de suffrages au second tour est élu.	Renouvellement intégral Au premier tour, si une liste obtient la majorité absolue des suffrages exprimés (plus de 50%), elle obtient le quart des sièges à pourvoir. Les autres sièges sont répartis à la représentation proportionnelle entre toutes les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés.  Sinon, il est procédé à un second tour la semaine suivante. Les listes ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés peuvent se maintenir, et éventuellement fusionner avec les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages.  Au second tour, la liste qui arrive en tête obtient un quart des sièges à pourvoir. Les autres sièges sont répartis à la représentation proportionnelle entre les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés au second tour.

**Quelles réformes pour le statut de l'élu ?**

La loi du 16 décembre 2010 introduisait la réforme du conseiller territorial. L'article 1<sup>er</sup> de la loi disposait ainsi : « les conseillers territoriaux sont élus au scrutin uninominal majoritaire à deux tours. Ils sont renouvelés intégralement tous les six ans ». La réforme, directement inspirée des travaux du Comité Balladur, avait pour objet de fusionner les assemblées élues aux niveaux des départements et des régions.

Au-delà de l'aspect politique, la mise en œuvre du conseiller territorial visait en réalité à rapprocher deux niveaux de collectivités. Ainsi, était visé, à travers la création du conseiller territorial, le renforcement des coordinations des collectivités. Des schémas d'organisation des compétences – Etaient concernées toutes les dépenses exclusives ou partagées comme le développement économique, la formation professionnelle, la construction, l'équipement et l'entretien des collèges et lycées, les transports, les infrastructures, voiries et réseaux –.et de mutualisation des services devaient fixer les délégations de compétences entre départements et régions pour améliorer la lisibilité des actions menées par chaque niveau de collectivité. Avant même l'instauration de l'acte 3 de la décentralisation, la réforme du conseiller territoriale a été abandonnée.

La Commission Jospin sur la rénovation et la déontologie de la vie publique donne quelques pistes du statut de l' élu :

- Limitation du cumul des mandats entre mandats parlementaires et mandats locaux ;
- Limitation du cumul de rémunérations ;
- Enfin des éléments de réflexion sur la lutte contre les conflits d'intérêt. Une première approche au niveau national est donnée par la charte de déontologie des ministres. Par ailleurs, une nouvelle AAI a vu le jour pour lutter en ce sens : la Haute autorité pour la transparence de la vie publique.

L'amorce de la suppression des conseils départementaux à horizon 2021 conduit une approche plus radicale de suppression des conseils généraux dans l'objectif de rationaliser le millefeuille territorial.

La démocratie locale est qualifiée en France de démocratie de proximité. Cette terminologie la distingue des autres pays européens où l'on parle de démocratie participative, comme en Allemagne ou en Espagne.

L'exemple le plus symptomatique de la participation réside dans l'institution de conseils de quartier. Cependant, même s'il existe des conseils de quartier en France – ils ne sont obligatoires que dans les grandes villes de 80 000 habitants –, il faut constater que leurs budgets sont bien inférieurs à ceux qui sont attribués aux citoyens, par exemple, à Berlin. Ainsi, la démocratie de proximité est plus une démocratie de terrain qu'une démocratie de participation.

Pour autant, alors que la démocratie locale s'identifiait jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2003 comme une démocratie d'élus, elle a développé des mécanismes de participation décisionnels. Deux mécanismes méritent d'être distingués : la pétition et la consultation.

S'agissant de la pétition, il faut retenir qu'aucune loi n'a pour le moment été votée pour réglementer l'exercice de ce droit. Les consultations n'étaient jusqu'à présent possibles que lorsque la population était consultée pour avis, sans que la décision ne lie les élus locaux.

Désormais, l'instauration de référendums locaux implique de tenir compte de la décision prise par la population. La principale innovation a été constitutionnalisée à l'article 72-1 en précisant que « dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'actes relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum à la décision des électeurs de la collectivité ». L'innovation n'en reste pas moins symbolique car trop encadrée en l'état. Ainsi, ce sont les élus qui, soit en assemblée, soit à l'initiative de l'Exécutif, décide de l'organisation et des modalités d'organisation du référendum. De plus, pour qu'il ait valeur décisionnel, le référendum local doit avoir déplacé au moins 50% des électeurs inscrits et recueillir plus de 50% des suffrages exprimés. En d'autres termes, il faut que le référendum porte sur une question susceptible d'intéresser beaucoup d'électeurs et qu'il aille plutôt dans le sens souhaité par la majorité. L'échec du référendum portant création de la collectivité unique d'Alsace risque de limiter les ardeurs des plus convaincus en ce domaine.

### 3) Les administrations locales



Les collectivités territoriales sont encadrées par un certain nombre de principes qui régissent leurs compétences : l'attribution de blocs de compétences, la compensation des transferts, l'interdiction de la tutelle en général et de la tutelle des collectivités entre elles en particulier, la possibilité donnée aux collectivités de procéder à des expérimentations.

Tous ces principes ne révèlent pas la même force ni la même fréquence d'usage. Ils ont cependant tous pu laisser penser à une recentralisation des pouvoirs qu'il faut nuancer.

### **La clause générale de compétences**

La loi du 16 décembre 2010 est venue mettre en cause ce qui constituait l'un des fondements des collectivités : la clause générale des compétences. Prise sur le fondement de la loi du 5 avril 1884, par laquelle chaque niveau de collectivité règle les affaires qui relèvent de sa compétence, la clause générale de compétence a pour objet de permettre aux communes, départements et régions de déterminer, en plus des compétences d'attribution qui leur sont dévolues par la loi, les compétences qu'elles peuvent choisir de développer en raison des spécificités locales. Il faut pour cela que les financements accordés par une collectivité révèlent un intérêt local.

Souhaitant mettre un terme à l'enchevêtrement des compétences locales et lutter ainsi contre les financements croisés, le législateur a précisé que « le conseil général (et le conseil régional) règle par ses délibérations les affaires du département (et de la région) dans les domaines de compétence que lui attribue la loi ». La loi précisait que le législateur était en charge de fixer les compétences attribuées à chaque niveau de collectivité (département et région), à charge pour ces collectivités de prendre par des délibérations motivées des compétences particulières. La commune est la seule collectivité qui conservait la clause générale de compétence au motif qu'elle caractérise l'échelon de proximité.

Au titre de la loi MAPAM, la clause générale de compétence est rétablie au profit du développement des blocs de compétences et des chefs de file. Cependant, la déclaration de politique générale révèle une volonté de réintroduire la spécialité des départements et régions en fonction des compétences d'attribution déterminées par le Législateur. L'arbitrage autour de la clause générale de compétences oscille entre critique du millefeuille territorial et financements croisés, d'une part, et libre administration des collectivités et subsidiarité, d'autre part.

### **Les blocs de compétence et les Chefs de file**

Devant l'impératif de clarification des compétences, le législateur a d'abord transféré des compétences pour renforcer la décentralisation (loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales) avant de rationaliser les blocs (loi du 16 décembre 2010). Il n'en demeure pas moins que la décentralisation se vit encore à l'heure de la subsidiarité.

Introduit par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, le principe de subsidiarité est précisé à l'article 72, alinéa 2 : « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Le principe de subsidiarité n'indique pas en revanche clairement les compétences dévolues à chaque niveau de collectivité. Ainsi, le Conseil constitutionnel a précisé en 2005, après avoir minoré le principe dans une première décision relative à l'analyse de la loi relative aux libertés et aux responsabilités locales<sup>16</sup>, que pour déterminer la compétence de l'échelon national ou d'un échelon local « mieux » à même d'être réalisé à ce niveau, il faut tenir compte des caractéristiques de la compétence (compétence originaire ou d'exécution) et des intérêts en cause (intérêt national ou local)<sup>17</sup>.

Encadrée verticalement, la subsidiarité ne l'est pas encore horizontalement. Résumant la pensée du législateur, il faut comprendre que la commune est vue comme l'échelon de proximité et se voit attribuer les compétences les plus proches des citoyens. Ensuite, le département est considéré comme une structure locale de gestion apte à prendre en charge la vie quotidienne des usagers en matière sanitaire, sociale et culturelle. Enfin, la région conserve une compétence d'aménagement du territoire (transports), de développement économique et de formation.

Ainsi, la loi MAPAM renforce cette notion<sup>18</sup> est indiquant que les chefs de file ont pour objectif de renforcer la concertation et de rationaliser la dépense publique en évitant les financements croisés. A titre d'exemple, il est prévu que :

- La région est le chef de file du développement économique, du soutien à l'innovation et à l'internationalisation des entreprises, de l'aménagement et du développement durable des territoires et de l'organisation des

---

<sup>16</sup> CC, n°2004-503

<sup>17</sup> CC, n°2005-516 portant sur la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique

<sup>18</sup> Article 3 de la loi MAPAM

transports (notamment l'inter-modalité) et de l'enseignement supérieur et la recherche ;

- Le département est le chef de file de l'action sociale, du développement social, de l'autonomie et de la solidarité des territoires ;
- La commune est le chef de file de la qualité de l'air, de l'organisation de la mobilité durable et de l'offre et l'accès aux services publics.

Mais, c'est bien par manque de clarté dans la détermination des compétences que les collectivités territoriales ont pu justifier la décision d'intervenir dans certains domaines. Il en va ainsi dans bon nombre de domaines de l'action publique locale.

	<b>Commune</b>	<b>Département</b>	<b>Région</b>
L'Enseignement, une politique publique plutôt bien répartie	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Construction et fonctionnement des <b>écoles</b>.</li> <li>- Consultation sur l'implantation d'établissements d'enseignement supérieur</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Construction et fonctionnement des <b>collèges</b>.</li> <li>- Transfert des biens immobiliers des collèges appartenant à l'État</li> <li>- Définition de la localisation des collèges publics, de leur capacité d'accueil, de leur secteur de recrutement et du mode d'hébergement des élèves</li> <li>- Recrutement et gestion des personnels techniciens, ouvriers et de service exerçant leurs missions dans les collèges</li> <li>- Consultation sur l'implantation d'établissements d'enseignement supérieur</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Construction et fonctionnement des <b>lycées</b>, des établissements d'éducation spéciale, des écoles de formation maritime et aquacole ainsi que des établissements d'enseignement agricole</li> <li>- Maîtrise d'ouvrage déléguée des bâtiments universitaires</li> <li>- Transfert des biens immobiliers des lycées appartenant à l'État</li> <li>- Recrutement et gestion des personnels techniciens, ouvriers et de service exerçant leurs missions dans les lycées</li> <li>- Établissement du schéma prévisionnel des formations</li> <li>- Établissement du programme prévisionnel des investissements pour les lycées et autres établissements précités.</li> </ul>
Le logement et l'habitat, une politique publique vectrice de financements croisés	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Participation au financement du logement.</b></li> <li>- Définition des priorités en matière d'habitat.</li> <li>- Programme local de l'habitat (action en faveur des personnes mal logées et défavorisées)</li> <li>- Participation aux commissions d'attribution des logements sociaux.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Participation au financement du logement.</b></li> <li>- Gestion et financement du fonds de solidarité pour le logement</li> <li>- Co pilotage avec l'État de l'élaboration et de la mise en œuvre du plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Participation au financement du logement.</b></li> <li>- Possible mise en place d'une Autorité régulatrice du logement et de l'habitat</li> </ul>

Ensuite, l'interdiction de la tutelle entre collectivités a été très tôt affirmée, dès la suppression de la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales. Ainsi, la loi du 7 janvier 1983 a précisé que « la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou à exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles ». L'article 72, alinéa 5 est venu constitutionnaliser ces dispositions. Juridiquement, ceci signifie qu'aucune collectivité ne peut définir, même par contrat, une approbation, une annulation et encore moins une substitution à l'encontre des décisions d'une autre collectivité. Cependant, cette égalité des niveaux de collectivités ne doit pas freiner la coopération qui existe entre elles. Il s'agit là de reconnaître en certaines circonstances particulières la possibilité de nommer une collectivité chef de file. De même, la loi MAPAM met en œuvre des schémas d'aménagements prescriptifs qui s'imposent aux EPCI.

L'article 72, alinéa 5 de la Constitution dispose ainsi que « lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune ».

### **L'expérimentation**

Enfin, la possibilité de procéder à des expérimentations a été reconnue par l'article 72, alinéa 4 de la Constitution qui précise qu'outre les cas où sont en cause une liberté publique ou un droit constitutionnellement garanti, les collectivités peuvent déroger à titre expérimental sur un objet et une durée déterminée aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent leurs compétences. L'expérimentation apparaît dès lors comme une exception au caractère unitaire de l'Etat, raison pour laquelle ces expérimentations sont très encadrées. De telle sorte que ces initiatives appartiennent à l'Etat qui seul, par la loi ou le règlement, peut prévoir la mise en œuvre d'une expérimentation. Aussi, l'expérimentation n'est pas vue par l'Etat comme la liberté offerte à des collectivités de se constituer en laboratoires locaux mais plutôt le moyen laissé à l'Etat de constituer des incubateurs desquels sortiront des évaluations qui permettront de déterminer s'il faut généraliser ou au contraire supprimer une compétence expérimentée. Le meilleur exemple est, de ce point de vue, l'expérimentation faite depuis 2007 de la gestion des fonds structurels européens par les régions qui a donné lieu à une généralisation.

L'acte 3 devrait faire évoluer la notion puisque les pouvoirs publics sont de plus en plus conscients d'une évolution à la carte des territoires. Cela peut concerner les compétences

comme l'organisation, les collectivités ayant la possibilité de se réorganiser. Le meilleur exemple de ces transformations qui sont menées à l'heure actuelle concerne les métropoles, à commencer par le Grand Lyon.

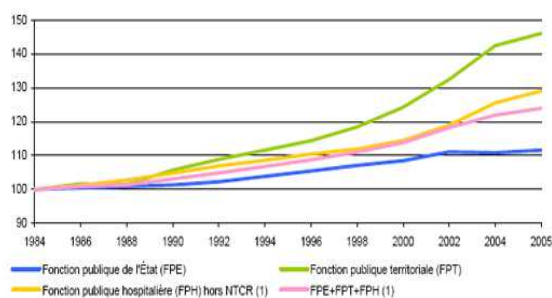
### **Quelle charte financière entre l'Etat et les collectivités territoriales ?**

L'article 72-2 de la Constitution instaure une charte financière entre les collectivités territoriales et l'Etat. Il impose une garantie de l'autonomie financière des collectivités territoriales. L'acte 3 de la décentralisation doit permettre d'instaurer une meilleure visibilité des politiques financières entre l'Etat et les collectivités territoriales par le biais des pactes de gouvernance territoriaux. Cette exigence s'exprime avec beaucoup d'acuité depuis la réforme de la fiscalité des entreprises (suppression de la taxe professionnelle, création de la contribution économique territoriale) qui a profondément modifié les équilibres financiers entre collectivités. La péréquation pourrait être une réponse aux inquiétudes des élus dès lors qu'elle s'inscrirait dans une programmation pluriannuelle.

En outre, les compensations des transferts garantissent une décentralisation effective des compétences en permettant aux collectivités territoriales d'assumer les compétences attribuées à raison des moyens dont disposait l'Etat avant transferts. Dès la loi générale de décentralisation du 2 mars 1982, les compensations financières étaient garanties par l'Etat.

L'article 72-2, alinéa 4, adopté lors de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, est tout de même venu lui donner une valeur constitutionnelle. A la suite, devant les transferts toujours plus importants de compétences, la loi du 30 décembre 2009 a précisé quelles formes pouvaient prendre les transferts financiers : transferts d'impôts d'Etat (ex : TIPP pour les régions), fiscalité nouvelle, dotations. Le Conseil constitutionnel a précisé que la garantie des compensations financières ne vaut que pour les dépenses obligatoires. De plus, il a pu préciser que ces compensations ne valent que pour les transferts effectués en l'état et non pour les dépenses de développement que voudrait ensuite faire une collectivité.

Au-delà des aspects financiers, le législateur a également souhaité mettre en place au profit des collectivités des moyens d'administration nécessaires à la réalisation des compétences attribuées. Il s'agit à la fois des moyens humains et patrimoniaux. En réalité, les transferts de compétences se sont peu accompagnés de transferts de personnels. A tel point que l'on a pu assister à une inflation du nombre de fonctionnaires depuis 30 ans.



DGAFF, bureau des statistiques, des études et de l'évaluation.

Sources : Insee, Drees, DHOS.

Champ : Hors bénéficiaires d'emplois aidés.

(1) Les non-titulaires sur crédits de remplacement (NTCR) de la FPH ne sont pas disponibles sur l'ensemble de la période. Voir T.2.1-32.

Ce graphique montre que sur une base 100 définie en 1984, les effectifs de la fonction publique n'ont cessé de croître. Même au cours des grandes vagues de transferts de compétences, les effectifs de l'Etat sont restés plutôt stables alors que ceux de la fonction publique territoriale progressaient fortement.

## Sous-section 2 : Les collectivités à statuts particuliers

Outre les collectivités à statut particulier comme les communes d'Alsace-Moselle, la collectivité territoriale de Corse et les collectivités territoriales d'Outre-mer de l'article 73 et les collectivités d'Outre-mer de l'article 74, il existe des collectivités régies par des dispositions spécifiques en raison de leur histoire ou du contexte économique, social et démographique.

Ainsi, les trois principales villes de France, à savoir Paris, Lyon et Marseille, sont régies par des dispositions juridiques spécifiques. La ville de Paris a, de ce point de vue, un statut encore plus spécifique que les deux autres. De par la configuration économique-démographique de la région parisienne, la région Ile-de-France a, elle aussi un statut dérogatoire.

Par ailleurs, face au nombre important de communes en France (37 000), et devant l'impossibilité de les fusionner, il a été décidé d'inciter au regroupement de ces dernières de telle sorte que se sont multipliés depuis une dizaine d'années les établissements publics de coopération intercommunale sans pour autant que l'on enregistre une réduction du nombre de communes. La décentralisation pose la question du millefeuille territorial.

### §1 Les établissements de coopération intercommunale

Le morcèlement de l'organisation territoriale française est avant tout le fait des communes qui sont plus qu'ailleurs nombreuses. La France compte 37 000 communes, contre 8 500 en Allemagne (elles étaient 24 500 dans les années 1960) et 8 000 en Italie. La plupart sont de taille très limitée. La moitié des communes françaises ont moins de 700 habitants. Alors que les communes de moins de 500 habitants (au nombre de 20 000) regroupent 7% de la population, les villes de plus de 100 000 habitants (au nombre de 40) en regroupent 15%.

Nb d'habitants	> 100	> 200	> 500	> 1000	> 2000	< 10 000	< 300 000
% du nb de communes	9%	22%	47%	63%	86%	2%	0,01%

En 1971, le législateur (loi Marcellin) offre la possibilité aux communes de fusionner mais, avec 183 fusions en 10 ans, l'organisation territoriale n'est quasiment pas modifiée.

Pays	Nombre de communes en 1950	Nombre de communes en 2007	Variation
Allemagne	14 338	8 414	- 41 %
France	38 800	36 783	- 5 %
Italie	7 781	8 101	+ 4 %
Royaume-Uni	1 118	238	- 79 %

### Les différentes formes juridiques de coopération

Les collectivités territoriales ont eu pendant longtemps le choix de constituer des coopérations pour mutualiser leurs compétences communes. Il existe à ce jour plusieurs types de formes juridiques. L'article L5210-1-1 du CGCT précise que doivent être entendus comme des établissements publics de coopération intercommunale :

- les syndicats de communes ;
- les syndicats d'agglomération nouvelle (SAN) ;
- les 3 communautés : communauté de commune, communauté d'agglomération et communauté urbaine ;
- les métropoles.

Une autre présentation permet de définir les groupements en fonction de leur intégration financière. Celle-ci traduit effectivement la volonté plus ou moins importante d'intégration des communes :

- Les groupements sans fiscalité propre permettant la gestion en commun d'un ou de plusieurs services, sont financées par des contributions des communes membres. On citera :
  - o Les syndicats intercommunaux à vocation unique (SIVU) qui gèrent une seule activité d'intérêt intercommunal (adduction, traitement et distribution d'eau, assainissement, activités scolaires ou périscolaires).
  - o Les syndicats intercommunaux à vocation multiple (SIVOM) qui gèrent plusieurs activités ou services (assainissement, collecte et

- du traitement des déchets, traitement et distribution de l'eau, tourisme).
- Les syndicats mixtes permettent l'association de communes avec des départements, régions ou des établissements publics, principalement dans les domaines de la collecte et de l'élimination des ordures ménagères, du traitement et de la distribution de l'eau, du tourisme. Les syndicats mixtes sont fermés ou ouverts (notamment aux chambres de commerce et d'industrie). Paris Métropole qui assure le lien entre les collectivités parisiennes est un syndicat mixte, non une métropole.
- Les groupements qui ont une fiscalité propre, soit par le biais d'une fiscalité additionnelle, soit par celui d'une fiscalité unique (obligatoire pour les communautés d'agglomération, optionnelle pour les CC et CU).
- Les communautés de communes (loi ATR du 6 février 1992) se sont notamment substituées aux anciens districts. Elles regroupent, sans exigence de seuil démographique, plusieurs communes qui, depuis la loi de 1999, doivent être d'un seul tenant et sans enclave.
  - Les communautés d'agglomération (loi Chevènement du 12 juillet 1999) associent plusieurs communes sur un espace sans enclave et d'un seul tenant, et regroupant plus de 50 000 habitants autour d'une ville de plus de 15 000 habitants, à moins qu'il ne s'agisse du chef-lieu du département ou de la ville la plus importante du département.
  - Les communautés urbaines (loi du 31 décembre 1966) regroupent plusieurs communes sur un espace sans enclave et d'un seul tenant qui, depuis la loi MAPAM du 27 janvier 2014 doit former un ensemble de plus de 250 000 habitants. La loi du 12 juillet 1999 n'a fait que renforcer leurs compétences obligatoires.
  - Les syndicats d'agglomération nouvelle (loi du 13 juillet 1983 portant modification du statut des agglomérations nouvelles) qui étaient à l'origine au nombre de 9, comme le nombre de villes nouvelles et qui sont actuellement 5 à la suite de la transformation de 4 d'entre eux en CA.



- Les métropoles (loi du 16 décembre 2010 puis loi du 27 janvier 2014) sont des groupements de communes de 450 000 habitants<sup>19</sup> qui en plus des compétences classiques dévolues aux CU se voient confiées des compétences confiées aux départements et régions. Le projet ambitieux était de supprimer les départements des ensembles métropolitains en leur conférant les compétences. Les Métropoles étaient ainsi entendues comme des collectivités territoriales (rapport du comité Balladur). Cette réforme a été abandonnée pour une plus modeste qui fait des métropoles des EPCI ayant la possibilité de se voir confier des compétences départementales. La loi MAPAM précise que les métropoles auront des compétences renforcées par rapport aux autres intercommunalités. Elles le seront en matière de schémas de cohérence territoriale, participeront à l'aménagement et à la gouvernance des gares situées sur leur territoire et recevront des compétences en matière de logement étendues (responsabilité du droit au logement opposable, gestion du contingent préfectoral, gestion de l'hébergement d'urgence). Elles gèreront également des compétences dévolues aux départements (aides aux jeunes en difficulté, fonds de solidarité pour le logement) voire aux régions.

Les collectivités n'ont pas le choix de se constituer sous la forme qu'elles souhaitent. En effet, il existe des critères démographiques qui permettent de se constituer en communauté d'agglomération plutôt qu'en communauté de commune. Cette précision a son importance car la communauté d'agglomération, comme la communauté urbaine, sont créées sans limitation de durée contrairement aux communautés de commune.

Il résulte de la forme de groupement une intégration plus ou moins poussée. Ainsi, les métropoles sont plus intégrées que les communautés urbaines, elles-mêmes plus intégrées que les communautés d'agglomération et les communautés de communes qui sont elles-mêmes plus intégrées que les syndicats.

---

<sup>19</sup> A l'heure actuelle, il existe deux métropoles au sens de la loi du 16 décembre 2010 : Nice et Marseille. Le Grand Lyon sera le troisième prototype de Métropole. La loi du 16 décembre 2010 exclut la possibilité de créer une métropole en Ile-de-France pour ne pas interférer avec le Grand Paris. La loi MAPAM en crée trois qui ont un statut particulier (Paris, Lyon et Marseille) et neuf autres dites de droit commun : Bordeaux, Grenoble, Lille, Nantes, Nice, Rennes, Rouen, Strasbourg et Toulouse. Brest et Montpellier pourront se constituer en temps que métropole.

Les compétences des EPCI sont régies par les principes de spécialisation (en tant qu'établissements publics, les EPCI ont une spécialité fonctionnelle et une spécialité territoriale) et d'exclusivité (une fois transférée, une compétence ne peut plus être exercée par une commune membre).

Plus une communauté est constituée, plus elle se révèle importante, notamment en termes financiers, et plus elle est intégrée.

	Communauté de commune	Communauté d'agglomération	Communauté urbaine
Compétences obligatoires : dans le cadre du projet de loi, les compétences obligatoires tendent à se renforcer.	<ul style="list-style-type: none"> <li>•développement économique</li> <li>•aménagement de l'espace</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•développement économique</li> <li>•aménagement de l'espace communautaire</li> <li>•équilibre social de l'habitat</li> <li>•politique de la ville</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•développement et aménagement économique, social et culturel : zones d'activité, équipements</li> <li>•aménagement de l'espace communautaire : (schéma de cohérence territoriale (SCOT) ou plan local d'urbanisme (PLU), transports urbains</li> <li>•gestion de l'habitat social</li> <li>•politique de la ville</li> <li>•services d'intérêt collectif : eau, assainissement, cimetières, abattoirs, marchés d'intérêt national</li> <li>•environnement et cadre de vie : gestion des déchets, lutte contre la pollution de l'air et les nuisances sonores</li> </ul>
Compétences optionnelles	Au moins 3/7 : <ul style="list-style-type: none"> <li>•environnement</li> <li>•logement et du cadre de vie</li> <li>•politique de la ville</li> <li>•voirie</li> <li>•équipements culturels, sportifs et d'enseignement préélémentaire et élémentaire</li> <li>•action sociale</li> <li>•assainissement</li> </ul>	Au moins 3/6 : <ul style="list-style-type: none"> <li>• voirie</li> <li>•assainissement</li> <li>•eau</li> <li>•environnement</li> <li>•action sociale</li> <li>•équipements culturels et sportifs</li> </ul>	
Compétences facultatives : dans le cadre du projet de loi, les EPCI n'auraient plus besoin du vote individuel des conseils municipaux.	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Exercice de compétences reconnues d'intérêt communautaire par un vote à la majorité des deux tiers du conseil communautaire</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Exercice de compétences reconnues d'intérêt communautaire par un vote à la majorité des deux tiers du conseil communautaire</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•D'autres compétences peuvent être transférées par les communes membres</li> </ul>

Tableau synoptique des compétences des EPCI

## L'achèvement de la carte intercommunale

La loi Chevènement du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale vise à constituer des groupements de communes. Ainsi, en 2011, 15 000 groupements coexistent mais l'on compte seulement 2 145 EPCI, les autres étant des syndicats intercommunaux, la plupart du temps à vocation unique (déchets, eau...). Les 2 145 EPCI regroupent à ce jour 99% des communes et 95% des Français. Seuls y échappent encore, à l'heure actuelle que 49 communes isolées (à l'exception de Paris et Mayotte).

La loi du 16 décembre 2010 vise la rationalisation et l'achèvement de la carte de l'intercommunalité. Elle a pour but à terme d'intégrer chaque commune dans un EPCI intégré en réduisant le nombre de syndicats et en supprimant les pays. Les données actuelles démontrent en effet que 20% des communautés de communes ont moins de 5 000 habitants et qu'elles concernent pour moitié des communes de montagne.

Le législateur a donné la main aux préfets et aux commissions départementales de coopération intercommunale qui ont les moyens d'assurer ces missions à travers les schémas départementaux de coopération intercommunale. Au 31 décembre 2012, les schémas départementaux ont été finalisés (créations des intercommunalités, modifications ou fusions des intercommunalités existantes). Ce pouvoir exorbitant du préfet a été contesté par les élus locaux qui y ont notamment vu une atteinte à la libre administration des collectivités territoriales, ce que le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître dans une QPC.

Cependant, cette réponse législative part du constat que les strates territoriales s'empilent, conduisant à un cumul de strates. Or, un rapport de l'Assemblée nationale, au milieu des années 2000 indiquait que « le développement de l'intercommunalité s'accompagne d'un alourdissement du fardeau fiscal ». Ceci entre en contradiction avec l'un des objectifs de l'intercommunalité qui est plutôt d'optimiser la gestion et de réaliser des économies d'échelles.

Quels objectifs apparaissent aujourd'hui assignés aux EPCI ? D'instituer des pilotages territoriaux en instituant des schémas de cohérence territoriale, de mutualiser en instaurant des schémas d'organisation des compétences et de mutualisation des services (question des financements croisés) et de renforcer l'intercommunalité (pour maîtriser les finances publiques).

Le législateur est parti du postulat que pour faire des EPCI une catégorie des collectivités territoriales, au même titre que les communes, départements et régions, il fallait justement supprimer l'une des autres strates, comprenons au choix les communes ou les départements. Aussi, le législateur a systématiquement rappelé la qualification d'établissement public des groupements.

Certains critères font penser qu'un EPCI est...	Actuellement	A venir...
... un établissement public	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Le principe de <b>spécialité</b> qui donne des compétences obligatoires et optionnelles.</li> <li>- Les EPCI n'ont pas la clause générale de compétence qui jusqu'alors permettait de caractériser les collectivités des EP.</li> <li>- Les EPCI regroupent des communes qui se rattachent à elles et sont donc liées.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Les EPCI ont également la possibilité de s'octroyer des compétences facultatives, dès lors qu'elles présentent un intérêt communautaire, sans que les communs membres n'est bientôt plus à délibérer. De plus, la clause générale de compétences ne sera plus octroyée à toutes les collectivités territoriales.</li> </ul>
...une collectivité territoriale	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Les EPCI ne font pas l'objet d'<b>élections au suffrage universel direct</b>, ce qui, comme pour les régions dans les années 70 a conduit à les exclure de la catégorie des collectivités territoriales.</li> <li>- Certains EPCI sont dans une logique d'intégration accrue par rapport aux communes qui conduit à constater leur détachement des communes membres : elles bénéficient d'une fiscalité propre, souvent plus dynamique que celles de leurs communes membres.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Selon le mode électoral issu de la réforme de 2013, les délégués étant élus à l'occasion des élections municipales. Cependant, dans un raisonnement un peu bancal, le législateur a fait valoir que n'étant pas élus à l'occasion d'élection spécifique, les EPCI n'entraient pas dans la même catégorie que les communes, départements et régions. Plaidant en ce sens, la loi d'interdiction du cumul des mandats ne pèse pas sur les délégués communautaires car ils n'occuperont pas de mandat électif.</li> </ul>

### Quelle démocratie ?

Enfin, s'agissant des institutions qui composent le groupement de communes, il faut retenir que leur modèle a été calqué sur celui des communes. Il existe une assemblée délibérante et un Président. Cette organisation est couplée, depuis la loi du 16 décembre 2010, à un fort lien en matière électorale puisque les délégués communautaires ont été élus, à l'occasion des prochaines élections municipales, au suffrage universel direct. C'est une amélioration démocratique. Jusqu'à présent, les délégués étaient élus par les conseillers municipaux au scrutin secret à la majorité absolue. Cependant, cela pourra conduire à connaître des majorités moins stables car, jusqu'alors l'opposition de chaque commune membre n'était pas représentée.

L'assemblée désigne le Président qui nomme lui-même des Vice-Présidents. Ils forment le bureau communautaire. Comme pour les autres hypothèses, il n'existe donc pas de séparation stricte de l'exécutif et du législatif.

Dans le cadre de l'acte 3, plusieurs questions se poseront :

- Y-a-t-il trop d'élus locaux ? Cette question ramène à celle de la rémunération. Certains proposent de supprimer les cumuls de rémunérations pour venir à bout, au-delà même du cumul de fonction, de l'explosion du nombre de vice-présidents au sein de certains groupements de communes.
- Quel sera le devenir des communes ? Les groupements devraient à terme appeler des mutualisations de services et une rationalisation de la dépense publique. Insérées dans une logique de renforcement des territoires mais aussi symbole de la démocratie locale, la commune historique semble appelée à s'effacer devant les grands ensembles qui se créent. Cependant, la France garde un lien organique avec ses territoires<sup>20</sup>.

## §2 L'organisation parisienne

L'organisation parisienne n'évoque pas seulement la ville de Paris mais l'ensemble des territoires qui constituent aujourd'hui le bassin parisien. Ainsi, l'évocation de la région parisienne doit autant faire penser à la commune de Paris qu'à la région Ile-de-France.

Ce territoire ne représente que 2% du territoire national mais 20% de la population française. C'est dire que la région parisienne est face à des défis particuliers tant en termes économiques et politiques que d'aménagement du territoire. Aussi, certaines collectivités de la région parisienne – i.e. la Ville de Paris et la région Ile-de-France – ont un statut dérogatoire au droit commun des collectivités territoriales. Malgré tout, les principales dispositions qui les régissent et qui datent des années 70-80 sont venues progressivement et notablement réduire ces spécificités.

Ainsi, Paris et l'Ile-de-France constituent aujourd'hui davantage des spécificités en termes économiques et démographiques que juridiques. Les compétences ne seront développées

<sup>20</sup> Laurent Davezies, La crise qui vient, 2012.

qu'à l'aune des spécificités de ces collectivités sans revenir sur les autres qui sont identiques à celles des collectivités territoriales de droit commun.

### 1) La commune et le département de Paris

La commune de Paris compte 2,2M d'habitants. Elle est la principale ville de France mais également la capitale. Historiquement, la ville de Paris a toujours fait l'objet d'un statut juridique particulier qui n'est que le pendant d'une histoire politique troublée, marquée par les révoltes importantes qui ont marqué l'histoire de France : la Fronde, la Commune de Paris ou encore les événements de 1968. Il y a donc une défiance du pouvoir central à l'égard de Paris.

Par ailleurs, la ville de Paris, face à des besoins économiques, sociaux et culturels majeurs, doit répondre par des effectifs et un budget global, propres à assurer son rayonnement international. La ville de Paris est une collectivité hors normes.

	Ville de Paris	Ministère de la Justice	Areva
Effectifs	55 800 agents <sup>21</sup> (dont 51 200 titulaires) Soit 1 agent pour 40 hbts	74 000 agents	47 800 salariés
Budget	8,7 Mds€ (dont 7 Mds€ en fonctionnement)	-	8,5Md€ de CA

Sources : Bilan salarial ville de Paris 2010, BP 2011

Ministère de la Justice

INSEE

### Paris, commune et département

Les principales dispositions qui encadrent l'administration parisienne sont issues de deux lois, l'une du 31 décembre 1975, l'autre du 31 décembre 1982, qui sont aujourd'hui codifiées aux articles L2512-1 et suivants et L3411-1 et suivants du CGCT.

Première particularité qui distingue Paris de toute autre collectivité territoriale : elle est à la fois commune et département. Elle est gérée par une seule assemblée, nommée Conseil de

<sup>21</sup> Sur la question spécifique des agents de la ville de Paris, il faudra se reporter à la séance 11 relative aux fonctions publiques.

Paris, avec à sa tête le Maire de Paris. Dans une décision de 1982, Langlo, Le Conseil d'Etat a cependant établi « qu'aucune disposition de la loi du 31 décembre 1982... n'a eu pour objet ou pour effet de permettre d'assimiler le Conseil de Paris à un conseil général ». La concomitance des élections parisiennes et des municipales le démonte par ailleurs.

La Ville de Paris vote donc deux budgets primitifs, l'un pour la commune, l'autre pour le département. En effet, Paris a les dimensions d'un département. C'est le 2<sup>e</sup> département le plus peuplé de France (après celui du Nord mais devant celui des Bouches-du-Rhône) alors qu'il est le plus petit en superficie. Un troisième budget spécial est affecté au fonctionnement de la Préfecture de police. Les principales recettes de la ville concernent les impôts locaux (taxe d'habitation, taxes foncières mais aussi contribution économique territoriale), les impôts indirects (comme en matière d'urbanisme et d'aménagement), les dotations de l'Etat ainsi que les produits de gestion. Parmi les principales dépenses, il faut mentionner les secteurs social, éducatifs (enfance et petite enfance) ainsi que celles qui concernent l'espace public.

Depuis 1982, le Conseil de Paris est composé de 163 conseillers, élus pour 6 ans, dans le cadre de 20 secteurs électoraux qui correspondent aux arrondissements. Il s'agit d'un scrutin de liste majoritaire proportionnel à 2 tours. Ce mode de scrutin s'apparente donc au scrutin de toutes les villes de plus de 3 500 habitants. Les conseillers de Paris élisent le Maire de Paris lors de la première réunion suivant le scrutin. Il est élu en séance publique mais à scrutin secret. Le scrutin a lieu à la majorité à la majorité absolue lors des deux premiers tours de scrutin mais si celle-ci ne permet pas de désigner le Maire, un troisième tour est organisé qui doit désigner le Maire à la majorité relative. Sont également désignés des adjoints dont le nombre ne peut excéder 30% de l'effectif du Conseil de Paris.

### **Le Maire de Paris**

Le Maire de Paris réapparaît en 1975 (1<sup>ère</sup> élection en 1977) après avoir été supprimé en 1871 quelques semaines après la Commune. Il est élu et rééligible pour un mandat de 6 ans par les conseillers de Paris. Sous le mandat d'Anne Hidalgo, 21 adjoints forment l'équipe exécutive contre 37 sous le second mandat de Bertrand Delanoë.

La compétence du Maire de Paris n'est pas celle du Maire d'une commune classique. En effet, succédané de la défiance de l'Etat à l'égard de la capitale, le Maire doit composer avec

les Maires des arrondissements et partager ses compétences de police administrative<sup>22</sup> avec le Préfet de police. En revanche, si ses compétences sont moins importantes, ses pouvoirs le sont davantage. Il n'est qu'à rappeler que, par tradition, la première visite du nouveau Président de la République se fait au Maire de Paris pour comprendre la place centrale que celui-ci occupe dans la vie politique française.

### **Préfet de police et administrations d'Etat**

Le Préfet de police est l'autorité déconcentrée de l'Etat en matière de police d'Etat à Paris depuis 1800. Il ne faut pas le confondre avec le Préfet de Paris, qui est le Préfet du département de Paris, lui-même par ailleurs Préfet de la région Ile-de-France. Il faut mentionner au titre des grands préfets de Paris le baron Haussmann. Le Préfet de Paris occupe des fonctions équivalentes à celles des autres préfets de département.

En revanche, s'agissant du Préfet de police, les compétences ont été jusqu'en 2012 exclusivement réservées à Paris. Devant les violences récentes qui ont endeuillé la ville de Marseille, il a été décidé de créer un second Préfet de police dans les Bouches-du-Rhône en octobre 2012. Cette institution représente dès lors une centralisation de la compétence de police sous le pilotage direct du Ministre de l'intérieur.

Le Préfet de police assure l'essentiel de la police municipale dans la capitale en matière de maintien de l'hygiène, de la tranquillité et de la sécurité publique. Aux termes des dispositions de l'article L2512-14 CGCT, il dispose ainsi d'un pouvoir de police général dans la capitale. Cela concerne autant la police administrative générale que la police administrative spéciale<sup>23</sup> ainsi que la protection civile, de secours et de défense contre l'incendie. Il est également compétent en matière de circulation. Ces compétences sont dévolues au Maire dans les communes de droit commun. Le Maire de Paris n'assure pour sa part que la police municipale de proximité qui porte notamment sur la salubrité, les nuisances de voisinage, le bon ordre sur les foires et marchés et la police du stationnement loi du 29 décembre 1986. De plus, depuis la loi du 27 février 2002, il a également en charge la police de la circulation et du stationnement.

De manière générale, le Maire de Paris partage ses compétences avec d'autres autorités centrales : la brigade des sapeurs-pompiers de Paris est un corps d'Etat, sous l'autorité du

<sup>22</sup> A ce titre, il convient de se reporter aux développements relatifs à la police administrative.

<sup>23</sup> Se référer au cours sur l'action unilatérale des pouvoirs publics.



Préfet de police, et l'Assistance publique des hôpitaux de Paris (APHP) est placée sous la co-tutelle des Ministères de la santé et du budget. Cet enchevêtrement des compétences n'est pas sans poser souci, notamment en cas de contentieux pour le justiciable. Enfin, le comptable public est à Paris le receveur général des finances (RGF).

Par-delà le partage des compétences de police, le Préfet de police joue un rôle d'autant plus important qu'il est l'exécutif des délibérations du Conseil de Paris, assemblée dont il peut, si besoin, demander la convocation au Maire de Paris. De plus, il peut être entendu à tout moment d'une séance du Conseil de Paris.

### **Les arrondissements et les contrepuvoirs locaux**

Depuis la loi PLM (Paris, Lyon, Marseille) de 1982, la réforme des arrondissements de ces trois villes est venue renforcer les compétences des administrations déconcentrées que sont les arrondissements. Ces derniers, gages d'une démocratie de proximité, sont représentés par un conseil d'arrondissement, dont les membres sont élus au suffrage universel direct (1 conseiller de Paris contre 2 conseillers d'arrondissement composent le conseil sauf dans les plus petits arrondissements où il y a un nombre minimum de conseillers d'arrondissement fixé à 10<sup>24</sup>) à la tête duquel se trouve le Maire de l'arrondissement. Il peut donc être un contrepois au Maire de Paris.

Les attributions du Conseil d'arrondissement restent malgré tout largement consultatives. Il donne son avis sur les questions de proximité relatives, par exemple, aux plans locaux d'urbanisme, aux subventions versées aux associations locales, à l'implantation, à l'aménagement ou à la gestion de certains équipements (crèches, maisons de jeunes, petits espaces verts, gymnases). Le conseil d'arrondissement fait fonctionner ses équipements par des dotations (gestion locale, animation locale et, depuis la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, l'investissement localisé) qui constituent un état spécial d'arrondissement.

Le Maire d'arrondissement a une double casquette puisqu'il est à la fois agent déconcentré de l'Etat (notamment en matière d'obligation scolaire, de service national mais aussi en tant qu'officier d'état civil) et agent déconcentré de la Ville de Paris (attribution de la moitié des

<sup>24</sup> Voir le tableau annexé dans le plan de la séance 6. Ce nombre de conseillers n'est pas élevé si l'on considère qu'en droit commun, une commune de 100 à 499 habitants élit 11 conseillers municipaux.

logements sociaux, définition des conditions générales d'utilisation des équipements publics, gestion de la caisse des écoles).

Ce maillage politique est complexe et de nature à ralentir les procédures de décision. Cependant, il est aussi gage de déconcentration en transférant progressivement des compétences aux arrondissements et gage de décentralisation, les conseillers étant élus au suffrage universel. Le législateur de 1982 a voulu initialement mettre en cause le poids politique du Maire de Paris. Ayant dû édulcorer les dispositions du texte initial, en ne créant pas de commune de plein exercice dans chaque arrondissement, l'organisation administrative de la ville de Paris se rapproche ainsi de l'organisation de l'Etat à petite échelle. La métropolisation des territoires conduit également à cette trajectoire.

Enfin, le renforcement de la démocratie participative mérite d'être souligné à travers la création des conseils de quartiers, qui au sens des dispositions de l'article L2143-1 CGCT peuvent être consultés par le maire pour lui faire des propositions sur toute question qui concerne la vie des quartiers et plus généralement la politique de la ville, et, pour la première fois en 2014, la création d'un budget participatif d'investissement.

### **Le personnel de la ville de Paris**

Les dispositions du décret du 24 mai 1994 sont venues rappeler une particularité parisienne qui se matérialise dans le statut des agents des administrations parisiennes. Il prévoit l'application simultanée des dispositions applicables aux fonctionnaires territoriaux (congrés, temps partiel, notation/évaluation) et de celles applicables aux agents de la fonction publique d'Etat (division en corps plutôt qu'en cadres d'emploi, listes d'admission aux concours par ordre de mérite).

### **2) La région Ile-de-France**

En 2012, 11,7M d'habitants vivent sur 12 000km<sup>2</sup>. Avec un PIB de 550Mds€ (1/4 du PIB français), la région Ile-de-France donne la mesure de son poids démographique et économique. Cependant, depuis les années 1960, la région parisienne est le théâtre de réflexions profondes de l'Etat sur la résolution des problèmes qui se posent à ce territoire. Ils sont d'ordres environnemental et d'aménagement.

## Historique

Dès 1961 a été mis en place un établissement public administratif sous l'impulsion de l'Etat pour répondre aux défis posés par la sous-administration de la région parisienne. A l'époque, le territoire parisien ne comptait que 3 départements (Seine, Seine-et-Oise, Seine-et-Marne) pour 1 300 communes. Le district de la région de Paris a donc initié un travail en matière d'urbanisme, d'aménagement, d'équipement, de transport et dans le domaine de la construction hospitalière. Il est par ailleurs à l'origine de chantiers aussi importants que pérennes comme la création de l'établissement public d'aménagement du quartier d'affaires de la Défense (EPAD), de la réalisation du réseau express régional (RER) ou la mise en place de villes nouvelles.

En 1964, la région parisienne est redécoupée et apparaissent les collectivités actuelles de petite couronne (les départements des Hauts-de-Seine, de Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne) et de grande couronne (les départements des Yvelines, du Val-d'Oise et de l'Essonne). Le département de Paris et de Seine-et-Marne préexistaient.

## Naissance et développement de la Région Ile-de-France

A cet édifice ne manquait plus, dans le contexte de l'harmonisation du cadre parisien avec le reste du territoire français que la région Ile-de-France. A la suite de la création des régions sous forme d'établissements publics en 1972, la région Ile-de-France a vu le jour par une loi du 6 mai 1976. L'exécutif de la région va rester aux mains du Préfet de région jusqu'en 1982 où, entrée dans le droit commun de la décentralisation, elle va bénéficier de l'allègement de la tutelle d'Etat puis, à compter de 1986, de l'élection de l'exécutif local au suffrage universel direct. Les 209 membres du Conseil régional élisent le Président de la Région Ile-de-France.

La région Ile-de-France a des problèmes spécifiques qui donnent à la collectivité des prérogatives exorbitantes du droit commun des régions en matière d'acquisition d'immeubles pour la construction d'équipements collectifs dans un intérêt régional direct, en matière d'espaces verts et de forêts mais aussi en matière de transports. Le Président du Conseil régional est aussi le président de l'établissement public administratif, nommé Syndicat des transports publics d'Ile-de-France (STIF). Au titre de ses compétences supplémentaires, la région bénéficie de taxes pour assurer les investissements et le fonctionnement des services, notamment la taxe spéciale d'équipement et la redevance sur les bureaux et les locaux industriels.

### 3) La métropole du Grand Paris

A l'occasion du nouveau souffle que l'Etat souhaite insuffler à la première région de France, Nicolas Sarkozy a souhaité élaborer le projet du Grand Paris. La loi du 3 juin 2010 est venue en fixer les contours en précisant notamment que les actions de la Société du Grand Paris (SGP), établissement public industriel et commercial, devaient porter sur le financement d'un nouveau maillage « ferroviaire, fluvial et routier national ».

Après de longues discussions avec la région Ile-de-France, par ailleurs compétente en matière de transports, un grand projet a abouti par la signature d'une convention en janvier 2011 visant à mettre en œuvre le « Grand Paris Express » composé d'un métro automatique à fonctionnement permanent.

Cependant, le projet n'est plus aujourd'hui exclusivement celui des transports. Comme pour Lyon et Marseille, la question est de créer de grands ensembles territoriaux capables de jouer à armes égales avec les grandes villes européennes. La loi MAPAM du 27 janvier 2014 crée la métropole du Grand Paris. Une mission de préfiguration du futur ensemble métropolitain est menée par le Préfet de région et le président du syndicat mixte d'étude Paris Métropole en lien avec les élus. Il s'agit de préparer les conditions juridiques et budgétaires de l'établissement public. Par delà, la question du territoire parisien reste encore celle du lien entre la métropole de Paris qui compterait Paris et les 3 départements de la petite couronne et le reste du territoire francilien. A ce titre, quelle articulation des compétences doit exister entre la métropole et la région Ile-de-France ? La question est en débat.

### **Section 3 : Une organisation supranationale : L'Union européenne**

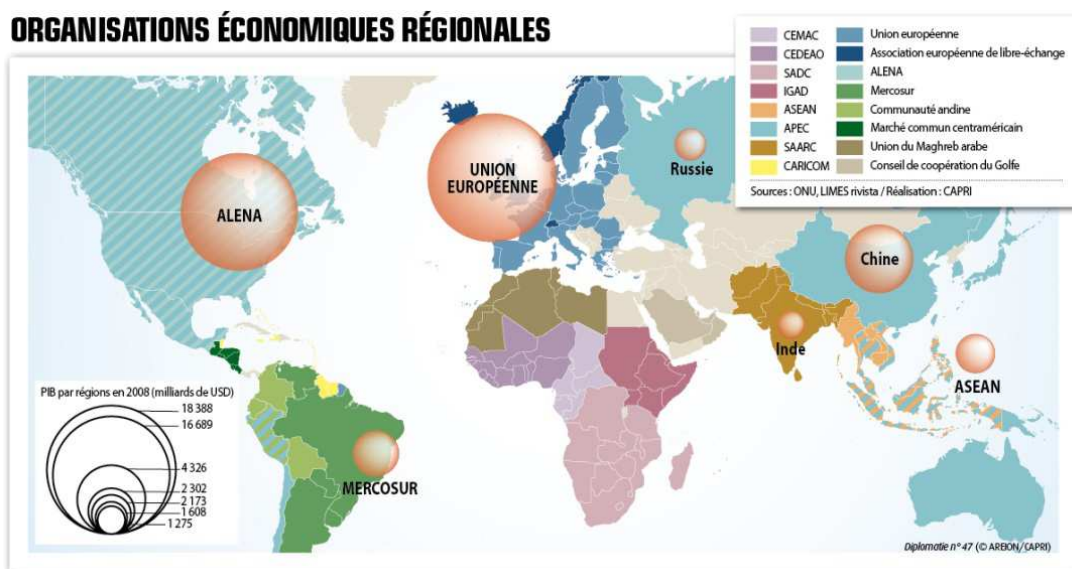
#### **L'Union n'est pas un Etat**

La principale difficulté de l'Union européenne résulte aujourd'hui d'un manque démocratique dans une période où les citoyens demandent davantage de proximité. Pour preuve, les taux de participation aux élections européennes (40,63% en 2009) démontrent, en France comme ailleurs, le peu d'intérêt qu'elles suscitent. L'Union est avant tout vue comme une technocratie, vision entretenue par la Commission et ses fonctionnaires qui paraissent loin des enjeux concrets que se posent les citoyens. Dans les grands ensembles de type fédératif, comme les Etats-Unis, les mêmes critiques existent (ainsi 42% de votants en 2010 lors des *mid-term elections*).

Cependant, l'Union européenne a des compétences d'attribution. N'ayant pas, comme les Etats-Nations, la compétence de sa compétence, on peut lui retirer de facto la qualité d'Etat alors même qu'elle en possède les principaux attributs (une constitution qui ne dit pas son nom, un territoire en devenir et une population). Les dispositions du Traité modificatif de Lisbonne sont là pour le démontrer.

## La construction européenne

L'Union européenne, plus que les autres instances de coopération régionale, est le parangon d'une intégration toujours plus accrue des Etats. De ce point de vue, la crise des dettes souveraines induit des débats entre les partisans du « moins d'Europe » et ceux d'une Europe fédérale.



<http://www.diplomatie-presse.com/wp-content/uploads/2010/12/CarteD47-52.jpg>

L'Union européenne n'est pas uniquement une zone douanière commune aux 28 Etats membres<sup>25</sup> qui la composent.

<sup>25</sup> Les Etats membres : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lituanie, la Lettonie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède et la Croatie depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013.  
Les Etats candidats : Islande, Turquie, pour lesquelles les négociations d'adhésion ont commencé, ainsi que l'Ancienne République yougoslave de Macédoine (ARYM), le Monténégro et la Serbie.  
Les candidats potentiels sont l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine et le Kosovo.

Au-delà d'une organisation économique régionale, l'Union européenne a, depuis les origines, une vocation politique. Cependant, dans l'esprit des pères fondateurs, la construction économique devait précéder la construction politique et sociale car elle semblait plus aisée à mettre en œuvre. Ainsi, la construction communautaire a commencé en 1951 avec la CECA et EURATOM.

Les grandes étapes de la construction européenne<sup>26</sup> (Traité de Rome, Acte unique européen, Traité de Maastricht, Traité de Lisbonne) ont permis de finaliser le marché intérieur et tentent de mettre sur pieds une Union politique toujours plus intégrée. Cependant, le retard pris dans la construction politique se trouve aujourd'hui mis à jour. L'euro symbolise la première zone commerciale mondiale tout autant que l'absence de gouvernance politique pour donner les réponses propres à rassurer les marchés et assurer son développement.

### **1) Les institutions de l'Union européenne**

L'Union européenne dispose d'une architecture particulière, n'entrant dans aucune classification existante. On serait tenté de dire que le Parlement joue le rôle législatif lorsque la Commission, le Conseil européen et le Conseil de l'Union européenne jouent le rôle exécutif, la CJCE ainsi que le Tribunal de Première instance parachevant l'ensemble en jouant le rôle juridictionnel, mais les dispositifs de décision tendent à complexifier cette approche traditionnelle. En effet, toutes les institutions sont des co-législateurs ce qui rend extrêmement complexe la procédure de vote des dispositions communautaires.

#### **→ La Commission**

Le rôle de la Commission européenne n'est pas le même dans les hypothèses d'intégration ou de coopération. Cependant, la Commission est à la fois à l'initiative dans le processus législatif et l'organe d'exécution. Elle est la garante des intérêts communautaires.

La Commission est nommée pour 5 ans et, bien que les dispositions communautaires prévoient une limitation du nombre de commissaires (18 selon les dispositions de l'article 17 TUE), il devrait rester, par consensus des Etats, un commissaire par Etat membre.

---

<sup>26</sup> Se référer au plan de cours.

Les membres de la Commission agissent en faveur de l'intérêt général de l'Union. Contrairement aux membres du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne, ils ne représentent pas, en principe, leur Etat d'origine. Les décisions sont prises collectivement par le collège des commissaires et non par chaque commissaire individuellement.

La Commission européenne assume 4 fonctions principales :

- Une fonction législative puisqu'elle a un pouvoir d'initiative exclusif pour les politiques communautaires (en pratique, la Commission suit les orientations fixées par le Conseil européen) ;
- Une fonction exécutive de mise en œuvre des actes législatifs adoptés par le Conseil et le Parlement européen et d'exécution du budget ;
- Une mission de contrôle de l'application du droit communautaire. La Commission est la gardienne des traités ;
- Une fonction de représentation qui qu'elle soit désormais concurrencée par le Président du Conseil et le Haut représentant en charge des affaires étrangères.

### ➔ Le Conseil européen et le Conseil de l'Union européenne

Depuis le Traité de Lisbonne, le Conseil européen est considéré comme une institution communautaire. Le Conseil européen, regroupant les Chefs d'Etat et de gouvernement, fixe les grandes orientations et priorités politiques. Toujours depuis le Traité de Lisbonne, le président permanent, qui devient le Président du Conseil européen, est en charge d'assurer le suivi des travaux. Cette nouvelle institution met ainsi fin à la présidence tournante synchronisée des Etats qui voulait que le pays présidant le Conseil de l'Union soit aussi celui qui préside le Conseil européen. Cette situation était devenue intenable avec les élargissements. Les décisions sont prises par consensus.

Le Conseil de l'Union européenne est une institution européenne depuis le Traité de Rome. Il est également appelé Conseil des ministres et représente les intérêts des Etats membres. Le programme de travail est fixé par période de 6 mois par une Troïka. Les Etats trouvent un grand intérêt à présider le Conseil étant donné la maîtrise de l'agenda des travaux.

Tandis que le Conseil européen fixe les grandes questions de l'agenda européen, le Conseil de l'Union européenne assure avec le Parlement européen la fonction de co-législateurs.

## → Le Parlement

Le Parlement européen est actuellement composé de 766 députés élus pour 5 ans. Avec son mode d'élection au suffrage universel direct, le Parlement s'est vu doter progressivement de l'ensemble des attributions d'un parlement national : attributions législatives, de vote du budget et de contrôle.

C'est ainsi que s'agissant des attributions du Parlement, on mentionnera :

- Des attributions conjointes avec le Conseil en matières législative et budgétaire ;
- Un pouvoir de contrôle politique sur l'élection du Président de la Commission et la nomination des commissaires européens, par des questions écrites et orales à la Commission, par l'examen du rapport annuel d'activité de la Commission, par des commission temporaires d'enquête ;

## → Les autres institutions

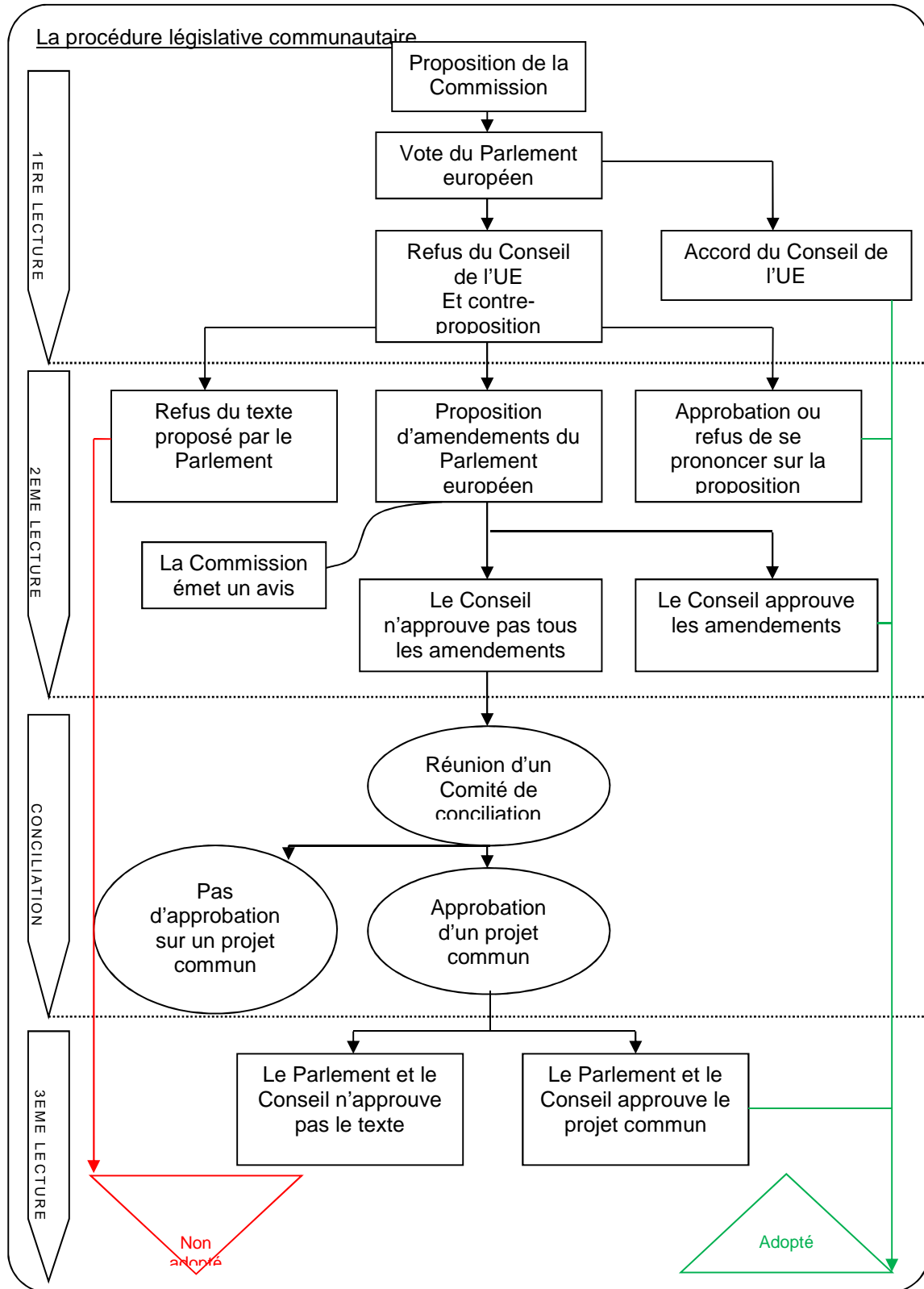
Plusieurs autres institutions complètent l'édifice institutionnel européen :

- La Cour des comptes européenne, la Cour de justice de l'Union européenne, le Comité économique et social sont des créations qui démontrent l'influence initiale de la France dans la construction communautaire.
- Par ailleurs, la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement montrent les compétences monétaires et financières de l'Union. Ces institutions sont complétées depuis septembre 2012 par le mécanisme européen de stabilité (MES) qui est un dispositif européen de gestion des crises financières de la zone euro qui remplace, au sein du Pacte budgétaire européen, le Fonds européen de stabilité financière et le Mécanisme européen de stabilité financière qui avaient été mis en place en réponse à la crise de la dette publique dans la zone euro. Il ne concerne que les États membres de la zone euro.
- Enfin, le comité des régions est en charge d'assurer la représentation des régions européennes au niveau de l'Union.

## → Le circuit de décision

Les initiatives restent l'apanage de la Commission, le Parlement donnant son avis sur les projets proposés. Il peut faire des propositions d'amendements qui doivent alors faire l'objet d'une validation du Conseil des ministres. Ce processus de codécision fonctionne donc, non comme une navette parlementaire, mais comme un circuit de décision.





## → Les dispositions modificatives de Lisbonne (2009)

Bien que les dispositions initiales du Traité portant constitution pour l'Europe aient été abandonnées, faute de ratifications de tous les Etats membres, les dispositions du Traité modificatif de Lisbonne viennent apporter de nouvelles dispositions à l'édification européenne. Ces dispositions sont moins engageante que celle du texte initial portant Constitution pour l'Union. Elles permettent de gommer toute interprétation venant à reconnaître le statut d'Etat à l'organisation intégrée.

Ainsi, pour les plus emblématiques, il faut retenir que :

- Le Président de la Commission européenne voit son indépendance à l'égard des Etats renforcée. Le Conseil européen choisit un « candidat » à la majorité qualifiée, lequel doit ensuite être élu par la majorité du Parlement européen. La procédure de nomination peut être soumise à une motion de censure du Parlement européen, laquelle requiert l'accord de la majorité des 2/3 des suffrages exprimés et la majorité des membres qui la composent. La Commission n'est ainsi plus responsable devant le Conseil européen, mais devant le Parlement.
- Le Conseil européen n'est désormais plus qu'une institution parmi d'autres de l'UE. Son président<sup>27</sup> n'est plus élu à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée, et ne doit exercer aucun mandat national. Il assure « la représentation extérieure de l'Union (...) sans préjudice des attributions du Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité ».
- Le titre de « ministre des Affaires étrangères de l'Union » a été supprimé. La fonction est désormais appelée « Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité »<sup>28</sup>.
- Les termes « loi » et « loi-cadre » sont abandonnés au profit du maintien des termes actuels de « règlements », « directives » et « décisions ». Cette différence terminologique rejoint les réticences de certains Etats à l'adoption du terme Constitution pour désigner le nouveau Traité modificatif de Lisbonne en vigueur.
- La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) remplace de facto la CJCE.
- Enfin, les futurs candidats devront respecter les critères de Copenhague (1993) portant notamment sur :

- Un critère politique reposant sur des « institutions stables garantissant l'état de droit, la démocratie, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection » ;

<sup>27</sup> Herman Van Rompuy depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, nommé pour un mandat de 2 ans et demi renouvelable une fois.

<sup>28</sup> Catherine Ashton depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009, et pour un mandat de 5 ans.

- Un critère économique exigeant « une économie de marché viable ainsi que la capacité de faire face à la pression concurrentielle et aux forces du marché à l'intérieur de l'Union » ;

- « la capacité de souscrire aux objectifs de l'union politique, économique et monétaire ».

En d'autres termes, les futurs Etats adhérant à l'Union devront respecter l'acquis communautaire.

Ces critères sont très nombreux et les nouveaux adhérents à l'Union européenne doivent respecter des normes toujours plus nombreuses. En vue de l'adhésion de la Turquie notamment, dans le cadre du 6<sup>e</sup> élargissement, il est prévu 35 chapitres reflétant l'ensemble du corpus juridique de l'Union :

- Chapitre 1. Libre circulation des biens
- Chapitre 2. Libre circulation des travailleurs
- Chapitre 3. Droit d'établissement et libre prestation de services
- Chapitre 4. Libre circulation des capitaux
- Chapitre 5. Marchés publics
- Chapitre 6. Droit des sociétés
- Chapitre 7. Droits de propriété intellectuelle
- Chapitre 8. Politique de la concurrence
- Chapitre 9. Services financiers
- Chapitre 10. Société de l'information et médias
- Chapitre 11. Agriculture et développement rural
- Chapitre 12. Sécurité alimentaire, politique vétérinaire et phytosanitaire
- Chapitre 13. Pêche
- Chapitre 14. Politique des transports
- Chapitre 15. Énergie
- Chapitre 16. Fiscalité
- Chapitre 17. Politique économique et monétaire
- Chapitre 18. Statistiques
- Chapitre 19. Politique sociale et emploi
- Chapitre 20. Politique d'entreprise et politique industrielle
- Chapitre 21. Réseaux transeuropéens
- Chapitre 22. Politique régionale et coordination des instruments structurels
- Chapitre 23. Appareil judiciaire et droits fondamentaux
- Chapitre 24. Justice, liberté et sécurité
- Chapitre 25. Science et recherche
- Chapitre 26. Éducation et culture
- Chapitre 27. Environnement
- Chapitre 28. Protection des consommateurs et de la santé
- Chapitre 29. Union douanière
- Chapitre 30. Relations extérieures
- Chapitre 31. Politique étrangère, de sécurité et de défense
- Chapitre 32. Contrôle financier
- Chapitre 33. Dispositions financières et budgétaires
- Chapitre 34. Institutions
- Chapitre 35. Autres

## 2) Les compétences de l'Union européenne

### → Subsidiarité et proportionnalité

L'Union européenne est mue par un certain nombre de principes qui encadrent la portée des politiques publiques européennes. La subsidiarité et la proportionnalité offrent ainsi une garantie des droits individuels et des libertés fondamentales.

En ce sens, le principe de subsidiarité permet de définir l'échelon le mieux adapté à la mise en œuvre des politiques publiques tandis que le principe de proportionnalité définit quelle intensité l'action publique doit revêtir. Ces principes sont ainsi des garde-fous pour les Etats membres en ce sens que la subsidiarité dicte de ne pas empiéter sur les compétences nationales tandis que la proportionnalité commande de ne pas prendre des décisions très contraignantes et trop strictement encadrées. La directive apparaît ainsi comme une bonne traduction des normes qu'impose l'Union à ses membres.

### → Les compétences exclusives, partagées et de coordination

Le Traité modificatif de Lisbonne, à la suite des travaux entrepris par les constituants de la Constitution pour l'Europe, est venu mettre en cause l'architecture en piliers de l'Union européenne datée du Traité de Maastricht. Jusqu'alors, trois piliers coexistaient : le pilier communautaire représentait l'intégration la plus aboutie. Le second pilier relatif à la politique étrangère et à la sécurité commune (PESC) et le troisième pilier relatif à la coopération en matière de justice et des affaires intérieures (JAI), requalifié en coopération policière et judiciaire en matière pénale à partir du Traité d'Amsterdam en 1997, représentaient les piliers intergouvernementaux.

Cependant, ces trois piliers induisaient les compétences communautaires mais représentaient surtout des modes de décision différents selon la sensibilité des sujets et les missions régaliennes sur lesquelles portaient les compétences en jeu.

La nouvelle organisation repose non plus sur la distinction des modes de décision mais sur l'intégration plus ou moins importante des politiques européennes. Ainsi, certaines compétences sont exclusivement rattachées à l'Union tandis que d'autres sont partagées ou coordonnées avec les Etats. Cette réforme permet de constater des différences d'approche entre des domaines dans lesquels l'Union européenne s'apparente à une fédération et ceux où elle s'apparente à une confédération.

En certains domaines sensibles, par exemple en matière fiscale, l'Union européenne semble bien faible, pour preuve les événements récents qui plaident en faveur d'une harmonisation des politiques fiscales.

En d'autres domaines, au contraire, et malgré les débats que cette intégration engendre, l'Union européenne a pris le pas sur les choix nationaux comme en matière monétaire et douanière.

Enfin, on assiste plus rarement à des mouvements de renationalisation de certaines politiques comme c'est le cas de la politique agricole commune (PAC).

Compétence exclusive	Compétence partagée	Compétence de coordination
Seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union.	L'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ces domaines. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne.	L'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres.
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Union douanière</li> <li>• Établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur</li> <li>• Politique monétaire pour les États membres de l'Eurogroupe qui utilisent l'euro</li> <li>• Conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche</li> <li>• Politique commerciale commune</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Marché intérieur</li> <li>• Politique sociale pour les aspects définis dans le présent traité</li> <li>• Politique de cohésion économique, sociale et territoriale</li> <li>• Politique agricole et halieutique à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer</li> <li>• Politique environnementale</li> <li>• protection des consommateurs</li> <li>• Politique des transports</li> <li>• Développement de réseaux transeuropéens</li> <li>• Politique énergétique</li> <li>• Espace de liberté, de sécurité et de justice</li> <li>• Enjeux communs de sécurité en matière de santé publique</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Politique industrielle</li> <li>• Politique culturelle</li> <li>• Politique touristique</li> <li>• Politique d'éducation, de formation et de la jeunesse</li> <li>• Protection et amélioration de la santé humaine</li> <li>• Protection civile</li> <li>• Coopération administrative</li> </ul>

Source : Wikipedia.org

## ➔ La genèse d'une Europe en noyaux

L'Union européenne a longtemps reposé sur une logique duale d'approfondissement des compétences et d'élargissement du nombre de ses membres. Si les élargissements sont désormais quasiment terminés (reste certainement la question turque en suspens), l'approfondissement généralisé marque le pas, beaucoup d'États n'étant pas prêts à pousser trop avant la logique fédérative, raison pour laquelle certains d'entre eux souhaitent appuyer davantage l'approfondissement des compétences de l'Union dans une logique d'intégration asymétrique.

Cette tendance a pour conséquence de constituer une Europe en noyaux. Ainsi, l'émergence de la zone Euro n'est que la préfiguration de noyaux multiples qui pourraient voir le jour. Des Etats ont choisi volontairement de transférer leurs compétences régaliennes à l'Union européenne par l'intermédiaire de la Banque centrale européenne. Cette profonde évolution économique, en termes de transferts de compétences, ne s'est pas accompagnée d'une évolution politique qui aurait conduit à constituer un gouvernement économique de la zone Euro. La volonté de fusionner les dettes des pays de la zone Euro, traduite par la création d'eurobonds, pourrait encore marquer une étape supplémentaire dans la construction de l'Union économique et monétaire.

### 3) Le droit communautaire

#### ➔ La primauté du droit communautaire

La construction communautaire est aussi histoire de conquête. Pour marquer son existence et s'imposer aux Etats membres, l'Union a fait valoir son droit dès lors que les Etats membres lui avaient donné compétence d'attribution. Ainsi, la place du droit communautaire dans les droits nationaux est aujourd'hui effective et suppose d'une part l'autonomie du droit communautaire qui prévaut sur les dispositions nationales (CJCE, 1963, *Van Gend en Loos*), d'autre part la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux (CJCE, 1978, *Simmmenthal*), enfin l'effet direct des normes communautaires, c'est-à-dire l'invocabilité des normes communautaires par les justiciables à l'occasion d'un procès dès lors que ces dispositions sont suffisamment précises et inconditionnelles, même s'il s'agit de directives (CJCE, 1974, *Van Duyn* et de façon très récente confirmant cette position du juge communautaire CE ass., 2009, *Mme Emmanuelle P.* à rebours de la décision Cohn-Bendit de 1978).

Les sources du droit communautaire se trouvent dans le droit originaire des traités. Au rang des Traités, le traité de Lisbonne de 2009 a modifié les deux traités majeurs de l'Union que sont le Traité de fonctionnement de l'Union européenne (ex Traité de Rome) et le Traité de l'Union européenne (ex Traité de Maastricht). Le Traité portant Constitution pour l'Union avait pour objectif de les fusionner en un texte unique. Le droit de l'UE se décline ensuite autour de normes dérivées des traités, bien plus abondantes. On y trouve :

- Les règlements, équivalant des lois nationales, qui établissent des normes applicables directement dans chaque État.

- Les directives définissent des objectifs obligatoires mais laissent aux États les moyens de les atteindre dans un délai déterminé.
- Les décisions et obligatoires pour un nombre limité de destinataires.
- Les recommandations et avis, qui ne lient pas les États auxquels ils s'adressent, mais qui peuvent servir à l'interprétation du droit national ou de l'Union.

### → Les juridictions

La jurisprudence communautaire est celle des arrêts des trois juridictions de la Cour de justice de l'Union européenne : la Cour de justice, le Tribunal de Première instance et le Tribunal de la fonction publique. Ces arrêts sont prononcés notamment dans le cadre de recours formés par les institutions européennes, par les tribunaux nationaux des États membres ou par des particuliers. La Cour de justice a une compétence d'appel sur les deux tribunaux.

Cette jurisprudence permet d'assurer une interprétation unifiée des traités au niveau européen. Elle est également protectrice des citoyens, justiciables, consommateurs. Il en va ainsi :

- du principe de sécurité juridique qui trouve son origine à travers le principe germanique de la confiance légitime des citoyens face aux évolutions trop fréquentes du droit.
- du droit de la concurrence qui sanctionne les ententes entre entreprises pour protéger les consommateurs. Les aboutissements les plus notables se trouvent dans les domaines du droit de la commande publique et des aides publiques aux entreprises.
- de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité notamment en matière de recrutement de fonctionnaires.
- des droits des migrants.

### → Les recours

Pour s'assurer de l'effectivité de la mise en place des normes communautaires, des sanctions ont été prévues sous la forme de recours juridictionnels :

- Le renvoi préjudiciel permet à un juge national de droit commun d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'un point de droit communautaire se pose au cours du déroulement d'un procès. L'objet du renvoi préjudiciel est d'assurer l'unité d'application du droit communautaire dans l'ensemble des États membres.

↳ Le renvoi en interprétation, sous ensemble du renvoi préjudiciel, n'est pas nécessairement appliqué car certaines juridictions nationales, comme le Conseil d'État, font application de la théorie de « l'acte clair » selon laquelle le juge national n'est tenu de renvoyer la question à la Cour de justice que s'il existe une difficulté réelle d'interprétation. La CJUE reconnaît d'ailleurs que certaines dispositions « ne laissent place à aucun doute raisonnable » mais encadre strictement cette procédure. Il convient en effet que toute interprétation des textes communautaires ne soit en dernier mot dictée que par la CJUE.

---

- Le recours en annulation marque le respect des actes communautaires dérivés aux dispositions de rang supérieur : le droit communautaire originaire. Ainsi, un requérant (institutionnel ou individuel dès lors que la norme lui est opposable) peut demander l'annulation d'un acte décisif de toute institution de l'Union européenne. Il s'agit donc d'un contrôle de conventionalité des actes interne à l'Union.

- Le recours en carence porte sur l'inaction des institutions communautaires alors même que les dispositions des traités imposent l'action.

- L'action en responsabilité vise à la reconnaissance, de la part d'un justiciable, soit d'un préjudice contractuel, soit d'un préjudice extracontractuel.

- Enfin, l'action en manquement mise en œuvre par la Commission européenne vise à émettre des observations sur l'application du droit communautaire par un Etat. Si l'action doit se poursuivre, la Commission peut saisir la CJUE. Au terme de la procédure, l'Etat se voit imposer la mise en application effective des dispositions communautaires en cause, voire être condamné à des sanctions pécuniaires (amendes, astreintes).

↳ Cette procédure pourrait être mise en place en cas de non-respect de la nouvelle règle du pacte budgétaire de stabilité qui vise à réduire les déficits structurels.

---

La convergence des politiques publiques supposerait donc, outre la mise en œuvre de nouveaux mécanismes institutionnels, de prévoir des sanctions contre les Etats qui ne respectent pas leurs obligations.



## 2<sup>ème</sup> partie : Les missions des pouvoirs publics

Les pouvoirs publics s'entendent comme l'ensemble des personnes, publiques ou privées, physiques ou morales, qui, par leurs prérogatives, accomplissent des missions d'intérêt général. Les pouvoirs publics sont donc à la fois, au sens organique, l'Etat et les collectivités territoriales et, au sens matériel, toutes les organisations qui concourent à l'accomplissement des missions d'intérêt général.

Considéré comme la raison d'être de l'action publique, l'intérêt général a été défini par le Conseil d'Etat en 1999 comme la résultante de la volonté générale, raison pour laquelle « il revient à la loi, expression de la volonté générale, de définir l'intérêt général, au nom duquel les services de l'Etat, sous le contrôle du juge, édictent les normes réglementaires, prennent les décisions individuelles et gèrent les services publics ».

Circonscrit à l'origine aux seules missions d'autorité, par opposition aux missions de gestion, les premières étant les seules à définir l'application d'un droit spécifique exorbitant du droit commun, le droit public a trouvé au travers de la notion de service public, inspirée de la décision du Tribunal des conflits, Blanco de 1873, de nouveaux champs de développement.

Ainsi, les pouvoirs publics n'apparaissent plus seulement compétents pour traiter des affaires de souveraineté mais également pour gérer des prestations. Les pouvoirs publics ne sont alors plus uniquement des instances de contrainte et de domination mais également des gestionnaires d'actions économiques et sociales.

Il sera donc question à travers ces développements d'envisager deux aspects de l'action publique :

- L'exercice de l'action publique suppose des actes qui forment les prérogatives des pouvoirs publics. La diversification des outils montre la pluridisciplinarité des champs de l'action publique.
- L'intérêt général est le point nodal de l'action publique en en constituant, selon le Conseil d'Etat, le fondement et la finalité. Le contrôle du juge étant essentiel à l'Etat de droit, le juge administratif apparaît comme le gardien de l'intérêt général.

## Chapitre 1<sup>er</sup> : L'exercice de l'action publique

**E**n France, deux écoles doctrinales se sont affrontées au début du XXe siècle, l'une se fondant sur l'exercice de missions de service public<sup>29</sup>, l'autre sur l'exercice de prérogatives de puissance publique<sup>30</sup>, pour déterminer les hypothèses dans lesquelles l'administration était légitime à agir. Ces deux notions, pour concurrentes qu'elles furent sur le plan doctrinal, justifient actuellement l'existence d'un droit exorbitant du droit commun.

Les notions de service public et de puissance publique se sont mêlées. Elles sont à la fois devenues les fondements du droit public et l'expression de l'action de l'Etat : « caution du bon usage de la puissance, le service public justifie les prérogatives de l'Etat par la grandeur des fins qu'il poursuit » (J. CHEVALLIER, *Le service public*).

La puissance publique trouve sa traduction classique dans l'unilatéralisme de son action qui permet aux pouvoirs publics d'imposer des normes dès lors qu'elles se justifient par l'intérêt général qu'elles emportent (**section 1<sup>ère</sup>**).

La notion de service public a, quant à elle, permis à l'Etat d'intervenir dans des champs d'action toujours plus étendus même si les services publics sont aujourd'hui remis en cause à l'aune de la gestion entrepreneuriale (**section 2**). Ainsi a-t-il été mis fin à ce mythe de l'infaillibilité des services publics.

L'action des pouvoirs publics est donc aujourd'hui davantage concertée. La contractualisation des politiques publiques est le principal fait marquant des méthodes d'intervention des pouvoirs publics de la fin du XXe et du début du XXIe siècle (**section 3**).

A travers ces développements de l'action publique, marquée par l'avènement du service public, les agents publics qui forment une fonction publique de carrière sont tiraillés entre l'infaillibilité passée des pouvoirs publics et la mise en cause permanente actuelle de la gestion publique qu'ils servent (**section 4**).

<sup>29</sup> L'école de Bordeaux, représentée par Léon Duguit, influence le développement du service public en prônant l'interventionnisme de l'Etat dans le domaine économique.

<sup>30</sup> L'école de Toulouse, représentée par Maurice Hauriou, s'appuie sur l'Etat, « institution des institutions » qui hiérarchise la société et justifie ainsi un droit d'exception.

## Section 1<sup>ère</sup> : L'unilatéralisme de la puissance publique

### → La remise en cause de l'action étatique

L'action unilatérale de la puissance publique semble en perte de vitesse face au développement de la contractualisation de l'action publique. L'Etat n'apparaissant plus infaillible et la mise en cause de son action dans plusieurs domaines, à commencer par celui de l'action économique, a fait l'effet d'un reflux de l'action publique.

Le service public, parce qu'il semble pouvoir balayer tous les champs économiques et sociaux, a pu être mis en cause dans toutes les sphères où il s'était développé au XXe siècle à l'époque de l'Etat providence. Seuls quelques domaines d'intervention sont actuellement encore préservés de la privatisation et forment le noyau dur de l'action publique : ce sont les missions régaliennes.

### → Les sphères d'intervention régaliennes

Ce sont dans ces domaines préservés que s'exprime encore le moyen d'expression classique de l'Etat par le biais de l'action unilatérale qui constitue l'expression de la puissance publique. C'est par voie d'autorité que les pouvoirs publics agissent sans qu'il n'y ait besoin de négocier les mesures à prendre. Elles sont la marque d'autorité de l'Etat et ne connaissent d'autres bornes que la nécessité d'être effectuées dans l'intérêt général.

Au titre des missions régaliennes, la police administrative apparaît comme l'un des derniers moyens d'action de la puissance publique par le procédé unilatéral. Elle est donc très encadrée.

#### 1) Le déclin des actes administratifs non négociés

D'une part, les actes unilatéraux peuvent revêtir la forme d'actes à portée générale ou individuelle. D'autre part, l'unilatéralisme qui montre l'exorbitance des compétences des pouvoirs publics n'en demeure pas moins très encadré par le respect de la hiérarchie des normes sur laquelle veille le juge administratif. Unilatéralisme n'est pas synonyme d'arbitraire.

## → Actes réglementaires ou actes individuels

Les actes administratifs unilatéraux sont l'expression de la puissance publique et découlent de la compétence réglementaire des pouvoirs publics, seuls amenés, au titre de l'exorbitance de leurs compétences, à édicter des normes qui s'imposent aux personnes physiques ou morales sans leur consentement (ex : la délibération du Conseil municipal qui institue un tarif de stationnement sur le territoire communal ne suppose pas d'accord préalable des usagers). Ces actes administratifs sont dès lors non négociés.

Les actes unilatéraux ont un caractère réglementaire ou individuel.

Ils ont un caractère réglementaire dès lors qu'ils revêtent une portée générale et impersonnelle. Seuls le Président de la République (article 13 de la Constitution) et le Premier ministre (article 21) ont la compétence réglementaire générale. A ce titre, le Premier ministre peut exercer le pouvoir réglementaire autonome (article 37) et veille à l'exécution des lois (article 21 relatif aux décrets d'application des lois). Le Président de la République peut, quant à lui, signer les décrets d'application des lois lorsqu'ils sont pris en Conseil des ministres (article 9) et les ordonnances (article 38).

Les actes réglementaires sont contresignés par les ministres compétents pour les exécuter. Cependant le contresigning ne vaut pas approbation mais engagement d'en assurer l'exécution. Il faut noter que même en matière de police administrative, le Ministre de l'intérieur ne dispose pas de la compétence réglementaire générale. En revanche, pour ce qui relève de l'organisation et du fonctionnement des services, le juge administratif a admis que les ministres et les chefs de service soient habilités à édicter des mesures pour les administrations placées sous leur autorité (CE, 1936, Jamart).

Ensuite, les autorités administratives indépendantes sont dotées d'un pouvoir réglementaire dans leurs champs de compétence respectifs sans que soit mise en cause la compétence du gouvernement à définir la politique nationale. Les organismes en charge d'une mission de service public, même s'il s'agit de personnes morales de droit privé, tels que les ordres professionnels ou les fédérations sportives, peuvent émettre des mesures de portée générale dans leur domaine d'action.

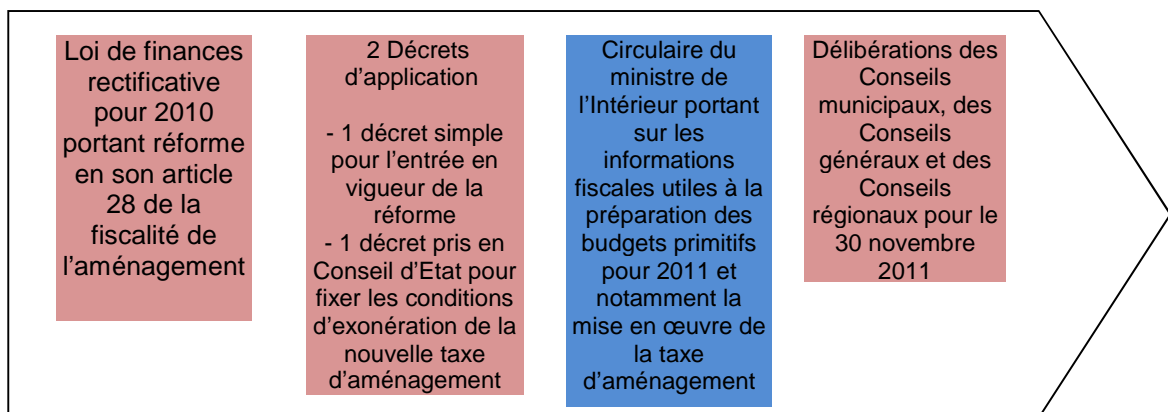
Enfin, parmi les autorités déconcentrées, le Préfet a l'autorité réglementaire d'organiser ses services ainsi que les pouvoirs de police. Les collectivités territoriales disposent quant à elles du pouvoir réglementaire local (article 72, alinéa 3 de la Constitution). Préfet et maire

prennent des arrêtés. Dans le cadre de la loi MAPAM, les régions voient leurs pouvoirs renforcés avec, selon les textes (lois ou décrets), la possibilité de les adapter aux circonstances locales.

Parmi les actes unilatéraux individuels, il faut distinguer ceux qui revêtent un caractère collectif (telle que la décision d'ouvrir un concours de la fonction publique) de ceux qui ont une portée nominative (l'agent titulaire reçoit un arrêté de nomination précisant son grade. Il n'a donc pas de contrat de travail).

### → Actes exécutoires et hiérarchie des normes

Les pouvoirs publics émettent des actes qui ont une portée exécutoire ou non. S'ils ont une portée exécutoire, ils entrent dans l'ordonnancement juridique. Sinon, s'agissant des circulaires qui, par définition ne contiennent aucun élément impératif (CE, 2002, Mme Duvignères), ou des directives, leur utilité repose sur l'explication et l'application uniforme d'une norme décisive sur le territoire. Elles ne peuvent cependant pas faire l'objet de contestations devant le juge et ne peuvent donc être opposées à l'administration par un justiciable.



La réforme de la fiscalité de l'aménagement : distinction des actes qui ont une **portée normative** de **ceux qui n'en n'ont pas**.

Au titre de leurs actes exécutoires, les pouvoirs publics imposent l'exécution des actes administratifs unilatéraux aux administrés. L'administration dispose ainsi du privilège du préalable. Cette compétence exorbitante qui n'impose pas à l'administration d'attendre une décision du juge pour agir l'oblige à des responsabilités. Ainsi, l'administration exerce son pouvoir de décision (assurant ainsi la continuité de l'action publique) et son absence d'action peut engager sa responsabilité (CE, 1923, Couitéas). Les décisions administratives bénéficient d'une présomption de légalité puisque les pouvoirs publics agissent dans l'intérêt général.

Tout acte administratif doit se conformer au principe de légalité, c'est-à-dire respecter les normes juridiques qui lui sont supérieures à commencer par les lois mais aussi les dispositions constitutionnelles et conventionnelles. De plus, le juge administratif fait lui-même œuvre de légalité en dégagant des normes juridiques non écrites : les principes généraux du droit (PGD). Ainsi, l'administration est amenée à respecter, au titre de l'égalité des citoyens, l'égal accès des candidats aux concours quelles que soient leurs croyances ou leur militantisme (CE, 1954, Barel), au titre de la liberté, la liberté du commerce et de l'industrie (CE, 1951, Daudignac) ou encore, au titre de la sécurité juridique, la non rétroactivité des actes administratifs (CE, 1948, société du journal *L'Aurore*).

Les actes administratifs n'ont pas de portée rétroactive sauf à ce qu'ils comblerent un vide juridique. Le Conseil d'Etat a par ailleurs souhaité développer le principe de sécurité juridique (CE, 2006, KPMG) dans le droit fil du droit communautaire qui, s'inspirant du droit germanique, développe le principe de la confiance légitime. Ainsi, l'abrogation (suppression de l'acte administratif pour l'avenir) ou le retrait (suppression de l'acte et de ses effets comme s'il n'avait jamais existé) d'un acte administratif sont strictement encadrés. Le retrait n'est possible que parce que l'acte était illégal et encore faut-il que l'acte créateur de droits au profit des administrés soit pris dans un délai de 4 mois suivant la décision (non la publicité) sans quoi cette dernière, pourtant illégale, est opposable à l'administration (CE, 2001, Ternon). Il faut quasiment en déduire que la sécurité juridique prime sur le principe de légalité alors même qu'il est dans la nature de l'acte administratif unilatérale de créer, et donc de supprimer, des effets de façon non négociée contrairement à la forme contractuelle qui peut faire naître des droits acquis.

Par son œuvre, le juge administratif a donc compétence pour juger l'action administrative, lorsqu'il est saisi d'un recours en excès de pouvoir (REP), sauf dans quelques rares hypothèses de mesures d'ordre intérieur (ex : mise au piquet d'un élève dans les écoles, changement de cellule d'un détenu dans les prisons). Au-delà de ces cas, le juge administratif a fortement réduit les matières échappant à son contrôle, comme en matière de protection des libertés fondamentales des détenus. La CEDH a largement incité à la réduction de ces exceptions (CEDH, 2005, Ramirez Sanchez), participant ainsi au renforcement des droits et libertés des citoyens.

## → Action administrative et protection des citoyens

Reprenant le travail des juges, le législateur a veillé à limiter l'exorbitance des compétences des administrations en fixant les nouvelles obligations à l'occasion de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

En matière de transparence d'une part, les droits ont été renforcés, de l'évolution de la loi de 1978 (qui a créé la CNIL) à une ordonnance de 2005 régissant le libre accès aux documents administratifs (qui donne des compétences renforcées à la CADA). Ainsi, une administration est tenue de répondre à une demande d'un usager. La loi du 12 novembre 2013 modernisant les relations entre l'administration et les usagers prévoit, en attendant des décrets d'application, que le silence gardé par l'administration vaudra désormais autorisation, sauf exception. Elle doit préalablement accuser réception d'une demande, quitte à réorienter cette dernière vers une autre administration. L'acte administratif doit clairement faire mention de l'autorité compétente pour prendre l'acte et de l'identité de l'agent public qui a traité la demande de l'usager (référentiel Marianne).

En matière de motivation d'autre part, une loi de 1979 distingue entre les actes réglementaires et les décisions individuelles. Si les premières n'ont pas à être motivées, les secondes doivent faire l'objet d'une justification, à plus forte raison lorsque la décision est négative (les mesures de polices, les sanctions envers un agent, les refus d'autorisation comme en matière d'urbanisme). Le juge administratif reste vigilant et considère qu'une administration qui refuserait de fournir les motifs de sa décision entacherait l'acte de nullité en raison de son illégalité. Cette vigilance vaut d'ailleurs également pour les actes réglementaires qui doivent s'effectuer dans l'intérêt général sans être disproportionnés. Ainsi l'arrêté préfectoral prononçant la reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière est apprécié à la lumière d'un principe général du droit qu'a dégagé le Conseil d'Etat en 1978 (GISTI) à savoir le droit de mener, sur le fondement de l'article 8 CEDH, une vie familiale normale. La motivation d'une décision peut être réduite dans certaines hypothèses. Lorsque l'urgence justifie qu'une décision soit prise, lorsqu'il existe de graves atteintes à l'ordre public, lorsqu'il existe une demande abusive de l'administré ou lorsque la décision est sujette au secret médical, au secret de l'instruction (etc.), la décision peut ne pas être ou ne doit pas être motivée.

En matière de publicité ensuite, les actes administratifs doivent faire l'objet d'une publication (au JORF) ou au recueil des actes administratifs de la collectivité selon l'autorité qui prend l'acte. Ils deviennent alors seulement opposables aux citoyens. Les dispositions relatives à la publicité des actes découlent de l'adage selon lequel nul ne doit ignorer la loi ou, à tout le moins, tout le monde doit pouvoir en avoir pris connaissance.

Reste que même dans les domaines dans lesquels les pouvoirs publics conservent une compétence réglementaire, les actes administratifs font de plus en plus l'objet de négociations au moment de leur élaboration. L'apparition du contradictoire et des droits de la défense (CE, 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier) permet à l'utilisateur de présenter ses observations. Ainsi, en droit de l'urbanisme, les enquêtes publiques sont l'occasion pour l'administration de débattre avec les citoyens avant la prise de décision. La procédure de consultation est souvent facultative mais peut aussi être obligatoire. Selon l'hypothèse, les avis sont parfois simples ou, plus rarement, conformes et s'imposent à l'administration sauf à ce qu'elle ne prenne pas de décision en définitive. La frontière entre actes unilatéraux et contrats n'est donc pas totalement hermétique.

## **2) Un pouvoir réglementaire préservé : la police administrative**

### **→ Police administrative et police judiciaire**

La police, qui comprend à la fois la police administrative, chargée d'un rôle préventif, et la police judiciaire, chargée d'un rôle répressif, est une fonction régaliennne de l'Etat qui suppose l'exercice de prérogatives de puissance publique pour garantir « la sauvegarde de l'ordre public », objectif à valeur constitutionnelle. Cette compétence ne peut être déléguée et les pouvoirs publics en assurent donc une gestion directe (CE, 1974, Valet), raison pour laquelle contrat et police semblent deux notions antinomiques.

Pour distinguer les opérations qui relèvent de la police administrative de celles qui relèvent de la police judiciaire, ce qui détermine ainsi la compétence du juge administratif ou du juge judiciaire, la jurisprudence se base sur l'objet de la décision ou de l'intervention ainsi que sur l'intention dans laquelle les autorités ont agi. On se trouve dans l'hypothèse d'une mesure de police judiciaire lorsque les mesures sont en relation avec une infraction pénale. Autrement dit, si le Code pénal prévoit l'infraction, les mesures relèvent de la police judiciaire. Malgré tout, la frontière entre police administrative et police judiciaire est parfois ténue, l'une pouvant succéder à l'autre à l'occasion d'une même opération.

Au début du XXe siècle, l'Etat gendarme assurait l'ordre public par son « monopole de la contrainte légitime » pour garantir la sécurité (ou sûreté), la tranquillité et la salubrité publiques. L'Etat protecteur a étendu les missions régaliennes au-delà des prérogatives initiales en se reconnaissant compétent pour assurer la moralité publique (CE, 1995,



Commune de Morsang-sur-Orge), les bonnes mœurs (CE, 1959, Société les films Lutétia) voire même des exigences esthétiques.

### → Police générale et polices spéciales

Le développement des champs du droit public (droit de l'environnement, droit hospitalier, droit de l'urbanisme etc.) a fait naître la volonté de protéger plus avant l'environnement ou la bioéthique. L'extension de la police administrative, qui distingue désormais la police générale (CE, 1932, Ville de Castelnaudary) des polices spéciales, est donc l'expression de ce développement des prérogatives des pouvoirs publics.

Rares sont les autorités à posséder la compétence de police générale : outre l'Etat, qui, par l'intermédiaire des Chefs de l'Etat et du Gouvernement ainsi que du Ministre de l'intérieur, s'il est habilité à agir en tant que chef de la police judiciaire, peut prendre des mesures de portée nationale, le Préfet de département est chargé de les mettre en application sur le territoire du département dont il a la charge.

Les Présidents de Conseils généraux et les Maires ont, quant à eux, compétence sur le territoire du département ou de la commune dont ils sont les représentants, parfois même sans lien hiérarchique avec le Préfet dont ils dépendent pour les seules mesures de portée nationale. Ainsi, en ce domaine, le Préfet a la possibilité de se substituer aux autorités locales défaillantes par substitution d'action lorsqu'il constate un manque à l'ordre public.

Ces missions de police générale concernent la police de la circulation, la police de la mendicité sur la voie publique, l'institution d'un couvre-feu pour les mineurs ou encore les dispositions qui régissent les règles de stationnement. On relèvera de ce point de vue la situation particulière de la Ville de Paris où Maire de Paris et Préfet de police se partagent les compétences de police administrative.

Au titre des polices spéciales, de multiples champs d'application ont été ouverts : l'entrée et le séjour des étrangers en France, l'ouverture des débits de boisson, la police de l'espace aérien ou encore plus récemment les règles qui régissent la culture des OGM. Ce sont des catégories particulières d'administrés, d'activités, de bâtiments ou de lieux qui sont visés. Contrairement à la police générale qui dispose de tout moyen pour prévenir ou faire cesser les troubles à l'ordre public avec l'objectif d'agir rapidement et efficacement, les polices spéciales ont des champs restreints et des procédures spécifiques à respecter. Elles sont prévues par des textes spécifiques. Les polices spéciales ne poursuivent pas exclusivement

des missions de maintien de l'ordre mais aussi des objectifs d'intérêt général (ex : en matière de police du cinéma, le Ministère de la culture poursuit un objectif d'ordre public mais aussi de protection des intérêts économiques du cinéma français par l'instauration de quotas).

Ces compétences sont assurées concurremment par les détenteurs de la police générale (Préfets, maires) et par des structures ad hoc dans certains domaines techniques. Ainsi, s'agissant de l'environnement, le Préfet de département assure l'application des règles qui régissent les installations classées, la pêche ou la chasse. S'agissant de l'habitat, le Maire est compétent pour le classement des immeubles insalubres et ceux menaçant ruine mais aussi pour la sécurité des immeubles collectifs. Enfin, sur la base d'une habilitation législative, des autorités administratives indépendantes sont également amenées à connaître les questions spécifiques qui concernent le champ de leur activité : l'AMF est le gendarme de la bourse, l'autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires s'occupe de ce qui concerne la police du bruit.

Enfin, il existe également des concours de police, c'est-à-dire des mesures de police qui se confrontent. Ces concours existent soit à l'occasion de concours de police générale comme dans le cadre où une autorité inférieure aggrave en raison de circonstances particulières de lieu les mesures prises au niveau national (CE, 1902, Commune de Nérès-les-Bains), soit entre une police générale et une police spéciale et la première ne peut aggraver que la seconde en fonction des circonstances locales (Pour un exemple concret, CE, 1959, Société les films Lutétia. Pour un exemple théorique, on soulignera que bien que le Ministère de la culture ait autorisé la diffusion du film de Mathieu Kassovitz, *L'ordre et la morale*, dans les salles de cinéma, les pouvoirs publics avait la possibilité d'interdire de diffusion le film en Nouvelle Calédonie, le film faisant directement référence aux événements tragiques de la grotte d'Ouvéa en 1988). En revanche, aucune raison ne justifie une concurrence entre deux polices spéciales puisque, par définition, elles interviennent toutes dans un domaine circonscrit.

### → Police administrative et libertés publiques

Le juge administratif, soucieux de garantir les libertés individuelles des citoyens, a précisé à de nombreuses reprises que la liberté reste la règle et les restrictions de police l'exception. Ainsi, il ne faut prévenir les risques de trouble que par des mesures appropriées et nécessaires.

Les mesures de police ont une visée d'intérêt général mais doivent rester proportionnées aux risques d'atteinte ou aux atteintes avérées à l'ordre public ce qui suppose, de la part du juge administratif, chargé de concilier intérêt général et garanties des libertés individuelles, un contrôle approfondi pour savoir si les dispositions n'ont pas une portée trop générale et absolue (sauf à ce que l'état d'urgence soit par exemple déclaré, comme lors des émeutes dans les banlieues en 2005). Une mesure de police est présumée légale, ce qui autorise les pouvoirs publics à prendre toutes les mesures nécessaires pour maintenir l'ordre public, mais elle n'est régulière que si elle est nécessaire au maintien de l'ordre.

Le juge administratif vérifie alors que les circonstances de temps et de lieu justifient l'étendue de la mesure ou de l'opération et qu'une autre moins contraignante ne pouvait être prise (CE, 1933, Benjamin). Son contrôle est plus ou moins poussé selon qu'il a à faire à une liberté publique, garantie par la Constitution ou une loi (liberté de la presse, de réunion, du culte), une liberté résultant d'un PGD (liberté du commerce et de l'industrie), ou d'une simple liberté comme en matière de manifestation publique. Son contrôle s'intensifie en fonction de l'importance de la liberté en cause. Il peut aller jusqu'à suspendre la mesure de police en urgence par la procédure du référé suspension. La responsabilité de l'administration peut être engagée pour faute ou sans faute (CE, 1923, Couitéas en raison d'une rupture d'égalité devant les charges publiques parce que l'administration, par son refus d'agir, empêchait l'exécution d'une décision de justice qui conduisait à un risque de trouble à l'ordre public).

## **Section 2 : Le service public**

La notion de service public n'est pas propre à la France. C'est une notion qui date des années 1880 et qui a été théorisée par les juristes au début du XXe siècle. Ainsi, le développement des services publics est confondu avec le développement de l'interventionnisme d'Etat mais sa conception « à la française » est avant tout érigée par les juristes de droit public qui vont justifier l'existence d'un droit exorbitant du droit commun.

L'Etat est depuis longtemps au cœur de la vie sociale. Depuis le colbertisme et la mise en place des politiques mercantiles au XVIe siècle, en passant par la montée en puissance de l'industrialisation et la paupérisation des classes laborieuses au XIXe, l'Etat est intervenu dans la politique économique pour aboutir à la mise en place d'un Etat providence interventionniste.

Par ailleurs, la IIIe République se fonde sur la lutte contre les inégalités et la volonté d'instaurer une véritable solidarité sociale : loi de 1898 sur les accidents du travail, loi de

1910 sur les retraites ouvrières et paysannes. Dans ces circonstances, l'Etat naissant au XXe siècle n'est plus uniquement l'Etat souverain. Le critère de puissance publique ne suffit donc plus à expliquer exclusivement l'intervention des pouvoirs publics.

Sur le plan local, le développement des pouvoirs publics trouve un fort champ d'extension à travers le socialisme municipal.

## **1) Définition et régimes applicables aux services publics**

### **→ Une notion essentiellement matérielle**

#### **Définition**

L'administration ne s'entendait initialement qu'au travers des missions régaliennes de l'Etat (défense, justice, police, diplomatie, monnaie). Ainsi, la puissance publique (Hauriou) semblait le fondement exclusif de l'action publique. La doctrine distinguait par ailleurs les actes d'autorité des actes de gestion pour ne reconnaître qu'aux premières la nécessité d'un droit exorbitant du droit commun.

Pourtant, suivant l'intervention croissante des pouvoirs publics dans la sphère économique et sociale, le droit administratif a trouvé de nouveaux champs de développement à travers la notion de service public. Est un service public l'organe à qui est confiée une activité exercée selon des procédés exorbitants du droit commun et ayant pour objet la satisfaction de l'intérêt général. Or, ce qui justifie aujourd'hui l'existence du service public à la française repose davantage sur un contenu exigeant que sur des organes qui ont démontré depuis longtemps qu'ils étaient protéiformes.

La définition organique du service public ne permet pas d'identifier clairement ce qui caractérise le service public. En effet, les services publics ne sont pas exclusivement gérés par des personnes publiques. Ils peuvent l'être également par des personnes privées à qui sont confiées des missions de service public (CE, 1938, Caisse primaire Aide et Protection) : délégation de service public, ordres professionnels et fédérations.

Le critère matériel, s'attachant au contenu des missions de service public, donne une définition plus encline à traduire ses évolutions actuelles.

## Application des grands principes du service public

Les services publics sont extrêmement hétérogènes, notamment si l'on tient compte de la distinction entre les SPA et les SPIC, mais ont tous un point commun. Les règles fondamentales qui s'appliquent à eux sont les mêmes et fondent cette particularité du SP à la française.

L'égalité devant le service public est le corollaire de l'égalité des citoyens devant la loi. Elle induit l'égalité de traitement des usagers mais aussi l'égalité d'accès des personnes aux emplois publics (CE, 1954, Barel). Ce principe connaît des aménagements car, en cas de rupture de l'égalité devant les charges publiques (CE, 1974, Denoyez et Chorques), des dispositions relatives à l'égalité des chances ont été mises en œuvre. Il a également été reconnu qu'une collectivité publique pouvait moduler ses tarifs en fonction des revenus des usagers (CE, 1997, Commune de Gennevilliers) et la gratuité n'a jamais été un principe du service public (notamment lorsqu'il est question des SPIC). De la même façon, la recherche de l'équité entre usagers amène à des réflexions autour de l'introduction de tarifs progressifs dans le cadre du service public de l'énergie ou de l'eau.

Le corollaire de l'égalité de tous les citoyens devant le service public suppose la neutralité des agents et des usagers devant celui-ci, c'est-à-dire encore le respect du principe constitutionnel de laïcité. Il s'agit d'impératifs à valeur constitutionnelle. Si la laïcité a pour objet d'assurer la possibilité de pratiquer sa religion, elle peut empêcher certains comportements. Ainsi, vis-à-vis du port de signes religieux ostensibles, c'est d'abord une jurisprudence (CE, 1992, Kherouaa) puis une loi du 15 mars 2004 qui ont normé les droits et devoirs des usagers au sein des établissements scolaires. La loi du 12 avril 2011 est venue réglementer le port des signes religieux dans les lieux publics. Enfin, la jurisprudence Baby-Loup est venue interroger l'application du principe de laïcité dans une crèche qui avait le statut d'association. Malgré l'absence de service public, l'interdiction du port du foulard islamique est justifié par la nature des tâches accomplies et proportionnées au but recherché (Cass, 25 juin 2014, Madame Laaouej contre Association Baby Loup). Par ailleurs, est légal le refus d'attribution de la nationalité française opposé à l'épouse d'un Français qui, par le port d'une burqa, marque un refus délibéré d'accepter ces valeurs et notamment l'égalité entre les hommes et les femmes (CE, 2008, Madame Mabchour). Est légal le refus d'une classe préparatoire d'offrir une dérogation de cours du samedi alors que l'emploi du temps comportait un nombre d'heures de cours et de contrôles ce jour (CE, 1995, Consistoire central des israélites de France et Koen). Les règles de financement des cultes sont également rappelées par le juge qui, reprenant les dispositions de la loi du 9 décembre 1905

(article 1<sup>er</sup> : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes ». Article 2 : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ») en précise le sens comme au travers de cinq décisions du 19 juillet 2011 indique que, dès lors qu'un intérêt local le justifie et à condition qu'il ne s'agisse pas d'aides à un culte et que cela respecte la neutralité des cultes, des collectivités territoriales peuvent participer au financement d'un orgue dans une église, d'un ascenseur qui permet aux handicapés d'accéder à la basilique de Fourvière, à un équipement qui assure les conditions sanitaires d'abattage rituel ou encore de conclure un bail emphytéotique administratif en vue de la construction d'un édifice cultuel.

La continuité du service public suppose le maintien des activités des agents publics et donc, par voie de conséquence, sans que cela ne déroge au droit de grève prévu dans le préambule de la Constitution de 1946 (CE, 1950, Dehaene), la possibilité pour le Préfet de réquisitionner les fonctionnaires. Depuis une loi de 1963, les agents publics sont également dans l'obligation de déposer un préavis. Depuis les années 2000 enfin, la continuité du service s'est accompagnée de législations spécifiques dans les domaines des transports (loi du 21 août 2007) ou de l'éducation (loi du 23 juillet 2008) pour l'application d'un service garanti ou d'un service minimum d'accueil.

Enfin, l'adaptabilité du service public suppose que les pouvoirs publics sachent se réformer en fonction des impératifs de bonne gestion (nouvelles technologies de l'information et de la communication, adaptation des fonctionnaires à leur lieu de travail et aux nouvelles conditions de leur cadre d'emploi) sans que les usagers puissent non plus se prévaloir d'un droit au maintien du service public. Les réformes de l'Etat et de l'administration publique en général s'inscrivent dans cet objectif.

## → Les régimes juridiques applicables

### **Le service public a initialement permis l'extension du droit public**

L'effort de clarification de l'intervention des pouvoirs publics va d'abord être l'œuvre de la jurisprudence qui, dans la décision du Tribunal des conflits du 8 février 1873, Blanco, va dégager la notion de service public avant d'être théorisée par l'école du Service public, principalement représentée par Léon Duguit qui veut justifier la compétence administrative au-delà du seul aspect de la puissance publique.

**La décision du Tribunal des conflits du 8 février 1873, Blanco**

## I- Faits

Trois employés de la manufacture des tabacs de Bordeaux ont le 3 novembre 1871, alors qu'ils poussaient un wagon, écrasé une petite fille de 5 ans qui par la suite a dû subir une amputation de la jambe.

## II- Procédure

Le père de la petite fille a assigné les trois employés devant le tribunal civil de Bordeaux le 24 janvier 1872. Il affirme que l'accident est imputable à la faute des employés et que ceux-ci doivent être condamnés solidairement. Il affirme aussi que l'État doit être condamné à lui payer la somme de 40 000 francs, car il serait civilement responsable du fait de ses employés.

Le préfet de Gironde a posé un déclinatoire de compétence le 29 avril 1872.

Le 17 juillet 1872, le Tribunal Civil de Bordeaux a rejeté le déclinatoire du préfet et a condamné les employés et l'État.

Le préfet de la Gironde, le 22 juillet 1872, a alors pris un arrêté de conflit tendant à :

1. apprécier la responsabilité des agents du service public ;
2. apprécier l'interdiction des tribunaux ordinaires de connaître des questions tendant à reconnaître la responsabilité de l'État.

Le Tribunal Civil de Bordeaux a par un jugement du 24 juillet 1872 sursis à statuer et le litige a donc été porté devant le Tribunal des Conflits.

## III- Moyens

Le père de la victime tend à faire déclarer l'État comme civilement responsable du dommage du fait de ses employés (1382, 1383 et 1384 du Code civil)

## IV- Question de droit

Dans quelle mesure l'autorité administrative est-elle compétente pour connaître de la responsabilité de l'État du fait de ses employés ?

## VI- Solution

Le Tribunal des Conflits affirme que la responsabilité de l'État du fait personnel de ses agents ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil. Dès lors l'autorité administrative est seule compétente pour connaître de la responsabilité de l'État.

C'est en raison de finalités sociales que l'État, parce qu'il sert la satisfaction du public, ne saurait être soumis au juge de droit commun. Cette intervention n'est pas limitée à l'État et touche également les collectivités territoriales (CE, 1903, Terrier et CE, 1910, Thérond).

La spécificité française du service public ne réside pas tant dans une notion qui existe par ailleurs dans les autres pays mais surtout dans l'existence d'un juge spécifique pour connaître les affaires de l'administration. L'existence du juge administratif va être confirmée par la notion de service public inspirant celles d'agent public, de contrat public (CE, 1956, époux Bertin), de domaine public (CE, 1956, Société le Béton), de travaux publics (CE, 1955, Effimieff) ou de responsabilité administrative. Toutes ces notions recouvrent la volonté

d'extirper le jugement de l'administration de la compétence du juge de droit commun. Il s'agit de tenir compte des spécificités de l'administration et c'est en ce sens que le droit public est un droit exorbitant du droit commun.

### **Le service public n'impose cependant pas l'application exclusive du droit public**

L'intervention des pouvoirs publics en économie a été le fruit d'une lente évolution qui a surtout débuté au milieu du XIXe siècle (les manufactures en sont le meilleur exemple), s'est poursuivie au début du XXe siècle (intervention des collectivités territoriales dans tous les domaines de prestations au public) pour gagner l'Etat avec la constitution de grands monopoles nationaux.

Ces services publics, distincts des services publics régaliens, ont constitué une catégorie particulière : les services publics industriels et commerciaux. Il s'agit là de services publics qui imposent une gestion privée. Dans la décision Bac d'Eloka de 1921 (TC, 1921, Société commerciale de l'Ouest africain), le Tribunal des conflits précise que l'exploitation de certains services peut se faire dans les mêmes conditions qu'avec une entreprise privée et relever à ce titre de la compétence du juge judiciaire. Ainsi, les SPIC se distinguent des SPA ne serait-ce que par la compétence du juge compétent pour juger des affaires qui les concernent.

Le Législateur n'a pas toujours défini la nature du service public. La jurisprudence a donc dégagé trois critères qui fondent la reconnaissance d'un SPIC (CE, 1956, Union syndicale des industries aéronautiques). Il s'agit de faisceaux d'indices :

- l'objet du service : l'activité est analogue à celle d'une entreprise privée ;
- le financement du service : si les revenus du service proviennent pour une large part des usagers (redevances) le service est industriel et commercial alors qu'un SP financé par l'impôt ou les subventions publiques est un SPA ;
- les modalités de fonctionnement : toute activité gratuite, qui suppose l'absence de bénéficiaires, qui sont en situation de monopole légale ou qui répondent aux règles de la comptabilité publique seraient considérées comme des SPA.

Ceux des services publics qui ne respecteraient pas ces critères cumulatifs seraient présumés administratifs (SPA). Les SP qualifiés de marchands en droit communautaire sont dits de gestion privée en France. Ils sont soumis aux règles de la comptabilité privée, les usagers sont dans une situation contractuelle de droit privée et le juge judiciaire est compétent en cas de contentieux.



	SPA	SPIC
	Géré par une personne publique	Géré par une personne privée
<b>Actes réglementaires</b>	Réglementaires/unilatéraux	s'ils servent l'exercice d'un service public
<b>Contrat</b>	Public (présomption d'administrativité)	Public si clause exorbitante de droit commun ou exercice de missions de service public
<b>Salarié/agent</b>	Agent public	Statut de droit privé (sauf législation contraire)
<b>Responsabilité</b>	Juge administratif	Juge judiciaire sauf clause exorbitante de droit commun ou exercice de missions de service public
		Géré par une personne privée
		Actes privés sauf règlement d'organisation d'un service public
		Pour les usagers, contrats privés
		Pour les tiers, public si clause exorbitante de droit commun ou exercice de missions de service public
		Statut de droit privé (sauf législation contraire). Statut public pour le chef comptable et le directeur du service public
		Juge judiciaire sauf illégalité de l'acte d'organisation du service public ou mise en œuvre de prérogatives de puissance publique

## 2) L'évolution et l'avenir du service public

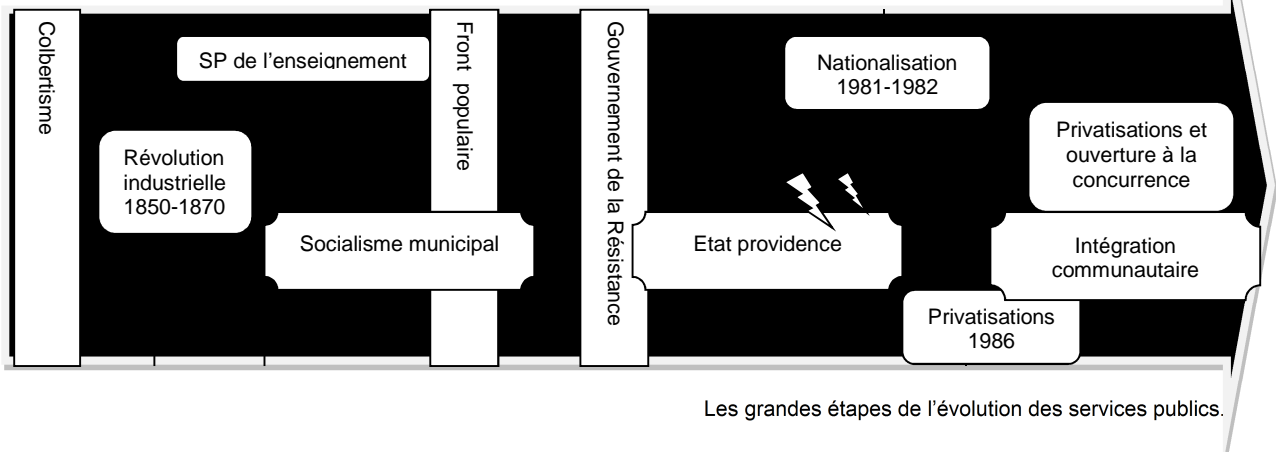
L'extension des domaines d'action des pouvoirs publics a particulièrement été marquée dans la sphère économique en France. Il existe, de ce point de vue, une certaine concordance entre les diverses sensibilités politiques de Colbert à Mitterrand en passant par Louis-Napoléon Bonaparte et de Gaulle. La rupture est peut-être à rechercher dans la mondialisation qui a conduit à des convergences de vues entre les libéraux, soucieux de désengager l'Etat des politiques publiques.

En France, les socialistes accèdent aux responsabilités nationales lorsque les libéraux s'installent en Grande-Bretagne, aux Etats-Unis, en Nouvelle-Zélande etc. Les vagues de nationalisations font écho en France au désengagement de l'Etat et aux privatisations dans les pays anglo-saxons. La France connaît, dans les années 1980, ce double mouvement des nationalisation/privatisations.

Sur le plan économique, les conséquences des chocs pétroliers des années 70 produisent des effets sur les budgets des Etats obligés de se désengager de pans entiers de l'économie, parfois dans des domaines stratégiques comme l'énergie. Sur le plan politique,

l'Union européenne est la première à rechercher, dans le cadre du Marché intérieur qui s'ouvre, la dynamique de la mise en concurrence des entreprises.

A travers le recul du service public, c'est la place de l'Etat qui est redéfinie dans l'économie. Cela permet de comprendre le désengagement progressif des pouvoirs publics de la sphère économique et leur recentrage sur les missions régaliennes et de simple régulation.



### → Avant 1986 : Des pouvoirs publics, actionnaires d'une économie interventionniste

La notion de service public a connu un franc succès puisqu'elle s'est développée en même temps que l'Etat pour expliquer de nombreuses interventions publiques, y compris dans le secteur marchand. Ces développements ont d'abord eu lieu au niveau local avant de s'étendre au niveau national.

Initialement, le socialisme municipal a été limité par un PGD : la liberté du commerce et de l'industrie. Cette limitation a cependant, au fil du temps, été réduite, la création du service public n'étant à l'origine admise que de manière « exceptionnelle » (CE, 1905, Casanova) avant d'être autorisée au regard de « circonstances particulières de temps et de lieu » (CE, 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers). Deux conditions étaient imposées : la satisfaction des besoins légitimes de la population dans un contexte de carence de l'initiative privée. La jurisprudence va assouplir les limitations à l'extension des services publics locaux dans des domaines très variés et pour des motifs qui ne le sont pas moins.

La carence va ainsi s'apprécier de manière relative. Même si l'initiative privée apparaît quantitativement suffisante, mais encore même si une personne publique entre en concurrence avec une personne privée (CE, 1964, Ville de Nanterre), l'intervention des

pouvoirs publics reste possible car il est admis que la personne publique puisse vouloir se diversifier, tant que la nouvelle activité reste une activité annexe à l'activité principale, au titre du principe de spécialité qui lie les établissements publics, par exemple au motif d'équilibrer financièrement leurs comptes (1954, Dame Berthod). Ainsi, au cours de la 1<sup>ère</sup> moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le service public a gagné en intensité ce que la liberté du commerce et de l'industrie a perdu.

Du côté de l'Etat, l'évolution de ses services publics n'a pas été soumise au PGD de liberté du commerce et de l'industrie en raison de son positionnement dans l'ordonnement juridique. D'une part, le neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose : « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national doit devenir propriété de la collectivité ». Le législateur a ainsi pu décider des domaines qui relevaient du service public sans entrave. Seule la Constitution de 1958 est venue fixer quelques limites en précisant un domaine réservé de la loi (article 34) qui a eu pour résultat de créer des services publics constitutionnels, véritable noyau dur de l'action publique. Sont par nature des services publics, les secteurs régaliens (défenses, police), les services qui en raison de leur création supposent leur entrée dans cette catégorie (nationalisations, créations de nouvelles catégories d'établissements publics) ou encore les services publics qui touchent aux garanties des libertés publiques. D'autre part, ces dispositions se combinent à l'article 17 de la DDHC qui précise que la propriété privée ne peut être violée sauf à ce que l'intérêt public le justifie et sous les conditions d'une juste et préalable indemnisation (expropriation nécessitant une déclaration d'utilité publique sous le contrôle de proportionnalité du juge, nationalisation/privatisation).

D'autres, au contraire, constituent des monopoles de fait qui bénéficient de privilèges exclusifs dans leur secteur d'activité. La constitution, au sortir de la seconde guerre mondiale, de grands monopoles nationaux répond à cette catégorie. Il s'agit par exemple :

- des services publics des postes et télécommunications ;
- du service public de l'énergie
- du service public des transports (ferroviaire, routier etc.).

Les monopoles de fait, qui se sont pratiqués sur les activités de réseau, pour les besoins de « la cohésion économique, sociale et territoriale », ne permettaient pas de constituer un marché intérieur de réseaux transnationaux en assurant l'interconnection et l'intégrabilité des réseaux nationaux. L'ouverture à la concurrence de services d'intérêt général répond cependant à des exigences qu'a posé le Conseil constitutionnel en affirmant, sous la décision loi relative au secteur de l'énergie (passage de GDF au secteur privé) : « le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne

fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée... toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national » (CC, 2006, loi relative au secteur de l'énergie).

L'Etat s'est ainsi graduellement enrichi, érigé en France en garant de la croissance économique (à ce sujet, on évoquera les Plans successifs qui se sont succédé et qui avaient pour but de planifier le développement du pays selon un programme pluriannuel) et du progrès social (de ce point de vue, la création de la Sécurité sociale apparaît comme le principal marqueur du modèle français). Les services publics sont ainsi le principal instrument de conquête de l'Etat providence.

	1 <sup>ère</sup> vague	2 <sup>ème</sup> vague	3 <sup>ème</sup> vague	4 <sup>ème</sup> vague
	Les SP régaliens	Les SP économiques	Les SP sociaux	Les SP socio culturels
<b>Les politiques concernées</b>	La souveraineté Les missions régaliennes	Colbertisme, socialisme municipal, Front populaire, Gaullisme, nationalisations de 1982	L'Etat providence, le gouvernement de la Résistance	Le ministère de la culture sous Malraux puis sous le socialisme à partir de 1981 Ecologisme
<b>Les exemples de réalisations</b>	Défense, police, justice, monnaie Développement du territoire par les infrastructures	Apparition des grandes entreprises publiques <sup>31</sup> en charge de l'énergie, des transports, des banques, des assurances	Assistance publique, les hôpitaux La protection ouvrière, les allocations familiales La création de la Sécurité sociale Le rôle croissant des collectivités territoriales dans l'action sociale	Création des conservatoires de protection du patrimoine (musées bibliothèques) Information, recherche, les activités artistiques Environnement (conservatoire du littoral)

*Les différentes vagues d'extension des services publics.*

L'émergence d'un service public environnemental semble s'imposer car là encore les investissements et les impulsions devront être portés par les Etats au regard des enjeux économiques et financiers évoqués à Doha.

## ➔ Après 1986 : Une économie privatisée fondée sur des politiques de régulation

### Des économies mixtes fondées sur un partenariat public/privé

Lors des vagues de privatisation, les entreprises du secteur public ont fait l'objet d'ouverture de capital. En revanche, s'agissant des entreprises assumant des missions de service

<sup>31</sup> Voir les développements annexes sur le droit public économique (nationalisations, privatisations...)

public, l'accent à clairement été mis sur une distinction entre l'exploitation des activités visées par la mise en concurrence et les missions de régulation, obligeant l'Etat à garder le contrôle sur les nouvelles autorités créées pour assurer la concurrence saine entre les entreprises se partageant un ancien monopole. Ainsi, le secteur de l'énergie électrique est aujourd'hui ouvert à la concurrence. La commission de régulation de l'énergie (CRE) est chargée d'assurer le bon fonctionnement des marchés du gaz et de l'électricité.

Par ailleurs, des mouvements d'externalisation ont conduit à la reconnaissance de la gestion des services publics par des personnes privées. Les délégations de service public privilégiées par les collectivités territoriales au cours des dernières années au détriment des régies directes traduisent ce mouvement.

La France n'a donc jamais été totalement étrangère à la gestion mixte entre les personnes publiques et privées (baux emphytéotiques confiées à des gestionnaires privés, contrats de partenariat etc. sont d'autres exemples).

### **Le développement du droit de la concurrence**

Sous l'influence du droit communautaire et du droit de la concurrence, un mouvement de reflux s'est imposé depuis 1986. L'ouverture à la concurrence de pans entiers de l'économie (les télécommunications en 1996, la distribution du courrier en 1999, l'électricité en 2000 puis le gaz en 2003) a conduit à une redéfinition des contours du service public.

Avec le traité de Maastricht, apparaissent les services en réseaux. L'Union européenne a souhaité en assurer le développement au niveau transeuropéen comme la conquête du chemin de fer fut au XIXe siècle une compétence nationale pour assurer l'unité des Etats (particulièrement vérifié en France avec l'« étoile de Legrand » - loi sur les chemins de fer du 11 juin 1842). De façon à assurer une cohésion sociale, économique et territoriale, ont été érigé des services d'intérêt général complémentaires aux seuls services d'intérêt économique généraux que reconnaissait le Traité de Rome. Actuellement, les règles régissant les services d'intérêts économiques généraux (SIEG) sont prévues à l'article 14 du traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) tandis que celles régissant les services d'intérêt général (SIG) sont prévues au Protocole n°9 du Traité de Lisbonne. La reconnaissance de services publics et donc de l'intervention de la puissance publique est reconnue pour des raisons particulières (créations de tarifs abordables par exemple) sans qu'ils ne puissent fausser le jeu de la libre concurrence. Ainsi, contrairement à une résistance initiale qui a fait craindre à la France la remise en cause de son modèle de

gestion de l'économie, on assiste davantage aujourd'hui à un rapprochement progressif des modèles.

A la suite du Traité de Maastricht, la jurisprudence est venue reconnaître l'existence de services particuliers. Dans deux arrêts de 1993 (Corbeau) et de 1994 (Commune d'Almelo), la CJUE a mis en évidence l'égalité et la continuité comme des fondements de l'intérêt économique général. Elle admet donc que peut être restreint le champ de la concurrence. Les autorités européennes ont, par la suite, manifesté la volonté de rééquilibrer le développement du marché intérieur en instituant des services minimums, d'inspiration anglo-saxonne, qui constituent le plus petit dénominateur commun de l'intérêt général (conditions tarifaires abordables et qualité des prestations standard). Les autorités européennes reconnaissent par la même occasion la possibilité pour les Etats d'aller plus loin et de définir par eux-mêmes les besoins de services d'intérêt général. Cependant, l'objectif reste bien de supprimer les différents monopoles publics. Enfin, la CJUE a assez récemment admis que les subventions peuvent ne pas être considérées comme des aides d'Etat si la compensation sert à financer les obligations d'exécution du service public de manière objective et transparente (CJUE, 2001, Ferring et 2003, Altmark Trans).

La Commission européenne a elle-même oeuvrée pour que les services d'intérêt général soient reconnus comme une dimension européenne de la construction communautaire : les services d'intérêt général sont « des activités de service, marchands ou non, considérés d'intérêt général par les autorités publiques et soumises comme telles à des obligations de service public » (communication de 2007 sur les services sociaux d'intérêt général). L'influence communautaire a été majeure dans la mise en œuvre de nouveaux modes de gestion publique. Le service public à la française qui s'attachait aux principes traditionnels de continuité, d'égalité et d'adaptabilité a dû prendre en compte les logiques de qualité, d'efficacité et d'accessibilité de l'action publique. Le renforcement des règles des marchés publics a conduit à la requalification de certaines gestions publiques comme pour les régies intéressées.

C'est dans ce contexte général que l'intervention publique est conduite à évoluer. Elle conserve, pour les motifs d'intérêt général, un champ d'intervention exclusif dans les domaines de l'ordre et de la sécurité publique. Pour cette raison, elle garde un pouvoir réglementaire important. En revanche, s'agissant des activités économiques, son rôle est restreint. Le droit communautaire a souhaité encadrer (les aides d'Etat) ou prohiber (les abus de position dominante) certaines pratiques économiques. Dans cet ordre d'idée, une décision récente de la CJUE remet en cause le statut d'EPIC en précisant que la garantie

implicite illimitée accordée par l'Etat français à la Poste constitue une aide d'Etat illicite. Il ressort ainsi d'un tel octroi une amélioration de la position financière de l'entreprise par un allègement des charges qui grevaient son budget d'autant que l'établissement public ne relève pas des procédures d'insolvabilité et de faillite de droit commun (CJUE, 3 avril 2014, France contre Commission).

L'ouverture progressive à la concurrence des grands réseaux de service public doit réduire les abus de position dominante. A cet effet, la séparation des infrastructures et des services est au cœur des objectifs européens. La multiplication des autorités de régulation est là pour le démontrer : CSA, ARCEP, CRE, Autorité de la concurrence.

Il s'agit de mettre les personnes publiques et privées sur un pied d'égalité dans le jeu de concurrence ce qui signifie que les services publics peuvent être confrontés aux lois du marché. Le juge administratif a ainsi donné une traduction concrète et une application effective à la libre concurrence (CE, 1997, Société Million et Marais). Une jurisprudence abondante avait progressivement privilégié le service public sur la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'Etat a fini par admettre la confrontation entre services publics exerçant des activités économiques et droit de la concurrence (CE, 2006, Ordre des avocats).

### **Section 3 : La contractualisation des politiques publiques**

La remise en cause de l'interventionnisme de l'Etat conduit depuis quelques décennies les pouvoirs publics à passer par des modes d'action et de gestion négociés. Ils interviennent dans le champ public en concurrence avec d'autres acteurs, publics ou privés. Aussi, l'action des pouvoirs publics est plus flexible et le droit devient moins prescriptif. C'est ce que le Conseil d'Etat, dans son rapport annuel, a qualifié de droit souple.

Cette évolution est particulièrement marquée dans le cadre des politiques publiques actuellement menées. La forme contractuelle s'est ainsi particulièrement développée dans ses liens avec les collectivités territoriales (la modernisation des administrations étant ainsi négociée du fait de la libre administration des collectivités territoriales), notamment du fait de la disparition des plans pluriannuels, et dans son action économique où l'Etat actionnaire et devenu régulateur. Au sein même des collectivités territoriales, le développement de leurs actions, à la suite des vagues de décentralisation, a largement contribué à l'expansion du procédé contractuel.

Le contrat public est actuellement un acte juridique qui se distingue des actes unilatéraux et un mode de gestion répandu de l'action publique.

## 1) Le contrat public est un acte juridique négocié

### → Éléments de définition du contrat public

Le contrat est l'instrument qui régit classiquement les rapports entre les particuliers dans les contrats privés. Ainsi, le droit civil fait du contrat le moyen traditionnel d'accord des volontés des parties. Le droit public a longtemps reposé sur la puissance publique, caractérisée par l'unilatéralisme de ses interventions. Cependant, les facteurs actuels d'évolution de l'Etat le conduisent à retenir de plus en plus les actes négociés.

#### Introduction au droit civil

Le contrat a principalement été développé sous l'empire romain, le droit romain ayant par ailleurs influencé le droit français et germanique.

##### 1) Un acte entre au moins deux parties

En droit public, comme en droit commun (article 1101 du Code civil : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »), un contrat est un acte synallagmatique qui emporte un consentement mutuel de volonté de la part d'au moins deux personnes physiques ou morales. Les parties au contrat, personnes physiques ou personnes morales, doivent avoir la capacité de s'engager. En tant que convention, le contrat naît d'un accord entre les parties, ce en quoi il diffère de l'acte unilatéral, qui peut également être source d'obligations unilatéralement définies.

##### 2) Les obligations contractuelles

Une fois le contrat régulièrement conclu, il lie les parties au contrat en vertu du principe traditionnel *pacta sunt servanda*. La conséquence est qu'en cas d'inexécution d'une obligation par le cocontractant débiteur, la partie créancière pourra se prévaloir du contrat pour demander compensation en justice. On dit que le contrat est opposable entre les parties.

A contrario, toutes les autres personnes sont considérées comme des tiers au contrat, et ne peuvent en aucun cas être liées par le contrat. C'est ce qu'on appelle l'effet relatif des contrats. Par exception, il arrive que des tiers puissent se prévaloir d'une obligation à leur bénéfice, dans le cas de la stipulation pour autrui, et saisir le juge en cas d'inexécution. En effet, du point de vue du tiers stipulé au contrat, cette stipulation s'apparente à un acte unilatéral en sa faveur. Ainsi, si le contrat est inopposable aux tiers, les tiers peuvent parfois l'opposer aux parties au contrat.



Un contrat administratif est un accord synallagmatique qui emporte le consentement des parties. Cependant, les contrats publics apparaissent à bien des égards déséquilibrés. En effet, les contrats publics, contrairement aux contrats entre particuliers emportent, directement ou indirectement, des prérogatives exorbitantes justifiées par l'intérêt général. Ainsi, les théories du fait du prince (aggravation des conditions d'exécution du contrat) et de l'imprévision viennent substantiellement marquer la mutabilité des contrats publics qui impose au cocontractant la modification des stipulations contractuelles sans emporter un bouleversement de l'équilibre du contrat (sauf à obtenir réparation).

Contrairement à l'acte unilatéral, de portée générale et impersonnelle, le contrat public est négocié. Il a donc un effet relatif même si le champ des personnes intéressées par le contrat s'est développé au fil des jurisprudences du juge administratif. Cette situation qui ne se rencontre quasiment pas en droit civil explique une forme particulière du contrat public, créateur de droits au-delà des parties au contrat.

Par ailleurs, de nombreux actes ne sont pas des conventions bien que qualifiés comme tels. En effet, l'absence de deux personnes morales est une constante dans les rapports de l'Etat avec ses démembrés. Les contrats d'objectifs sont donc davantage des engagements.

### → La qualification de contrat public

De la qualification du contrat dépend le régime qui lui est applicable. Ainsi, par souci de simplification du droit, l'ensemble des contentieux des contrats administratifs a été transféré au juge administratif. En sens opposé, il a été créé un bloc de compétences au profit du juge judiciaire concernant les contrats d'un SPIC avec un usager, alors même qu'ils prévoient des clauses exorbitantes de modification unilatérale.

Un contrat peut être qualifié d'administratif par détermination de la loi, d'un règlement (le juge administratif a alors compétence pour le requalifier) ou par identification de la jurisprudence.

#### • Par détermination de la loi

La loi a clairement indiqué le caractère public du contrat pour faire échapper certaines matières au droit civil des contrats : en matière de travaux publics (loi du 28 pluviôse en VIII), concernant les contrats portant occupation du domaine public (décret-loi de 1938, codifié dans le Code général de la propriété des personnes publiques – CG3P), les contrats passés

en application du Code des marchés publics (loi MURCEF du 11 décembre 2001) ou encore les contrats de partenariat (ordonnance du 17 juin 2004).

**• Par détermination du juge en fonction du critère organique**

Le juge administratif a également été amené à préciser les critères de détermination du caractère administratif d'une convention dans le silence des textes ou de l'identification du régime clairement applicable. Ainsi, le juge administratif fait appel au critère organique ou au critère matériel pour déterminer si un acte peut être qualifié de contrat administratif. Au regard des critères successifs établis, il ressort qu'est administratif tout contrat conclu par une personne publique ou pour son compte et qui, soit comporte des clauses exorbitantes du droit commun, soit a pour objet l'exécution même d'un service public. Le juge vérifie l'objet et l'intention des parties. L'état des jurisprudences publiques et privées montre des appréciations au cas par cas.

Ainsi, au regard du critère organique, un contrat conclu par deux personnes publiques dispose d'une forte présomption d'administrativité (TC, 1983, UAP). Cependant, cela n'est pas systématique (contrat de bail, contrat de garantie d'emprunt entre une collectivité et un OPH). Malgré tout, la jurisprudence a qualifié de contrat administratif un contrat conclu entre deux personnes privées car l'une des personnes privées agissait au nom d'une personne publique en fonction d'un mandat exprès (CE, 1954, Ateliers Schwartz-Hautmont) ou tacite (CE, 1961, Leduc) ou pour le compte de la personne publique (TC, 1963, Société entreprise Peyrot).

A ce sujet, les inflexions récentes du Tribunal des conflits concernant la gestion des services publics tendent à appuyer l'émergence du juge judiciaire dans les relations contractuels des concessionnaires. Il en est ainsi d'une personne privée à qui est confiée la gestion d'un service public (TC, 2012, compagnie générale des eaux contre Ministère de l'écologie et du développement durable) comme d'un contrat conclu par un concessionnaire privé ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien d'une société d'autoroute (TC, 2015, Madame R contre Société des autoroutes du Sud de la France). Le Tribunal des conflits tend à considérer que la personne privée agit désormais pour son propre compte.

**• Par détermination du juge en fonction du critère matériel**

Comme dans bien des domaines du droit public, le critère matériel prend le pas sur le critère organique. Un contrat peut être qualifié d'administratif lorsque sont insérées des clauses

exorbitantes du droit commun (CE, 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges). Une clause exorbitante peut par exemple résulter de la résiliation unilatérale du contrat. Cette hypothèse est cependant sujette à interprétation car elle n'est pas totalement étrangère au droit privé et l'administration ne peut bouleverser l'économie générale du contrat sans que l'intérêt général ne le justifie (CE, 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen) et encore faudra-t-il indemniser le cocontractant pour les nouvelles charges qu'induisent les modifications apportées. L'administration a également force pour agir d'office en émettant des ordres de service, sanctionner ou résilier unilatéralement un contrat lorsque l'intérêt du service public l'exige (CE, 1958, Distillerie de Magnac-Laval). Parfois, ce n'est pas le contrat mais le cahier des charges auquel il renvoie qui comporte les clauses exorbitantes. Dans ce cas aussi, le contrat est réputé revêtir un caractère public.

Un autre critère a été dégagé qui porte sur la participation à l'exécution même d'un service public (CE, 1956, époux Bertin). La personne privée, à qui est confiée l'exécution du contrat (délégation de service public), qui participe aux modalités d'exécution du service public ou constitue simplement une modalité de l'exécution du service public (ainsi, les contrats de fournitures de biens aux personnes publiques qui relèvent tous du droit administratif) sont autant d'illustrations qui démontrent le caractère extensif du contrat administratif.

### ➔ Les voies contentieuses de règlement des litiges contractuels

Contrairement aux actes administratifs unilatéraux qui font l'objet d'un recours en excès de pouvoir, les champs de règlement des contentieux du contrat portent sur le recours de plein contentieux. Le juge a cependant souhaité, au cours des dernières années, mener une unification des voies de recours processuelles devant le juge du plein contentieux de manière à veiller à la stabilité des relations contractuelles au titre de la sécurité juridique (CE, 2014, Tarn-et-Garonne).

Le recours en excès de pouvoirs était a priori exclu pour les contrats puisqu'il concerne les actions unilatérales. Cependant, les contrats publics n'étant pas seulement la loi des parties en raison de leur caractère exorbitant, une jurisprudence ancienne a permis d'étendre le champ de son action. Initialement, seules les parties au contrat pouvaient en demander l'annulation et la seule exception concernait le déféré précontractuel. Les possibilités de recours ont été ouvertes au tiers pour l'annulation des actes détachables du contrat (CE, 1993, Société Le Yacht-club), à l'usager du service public pour des clauses réglementaires d'un contrat de délégation (CE, 1996, M. Cayzeele), à un tiers qui a un intérêt suffisant à agir

pour empêcher le recrutement d'un agent public territorial (CE, 1998, commune de Lisieux) ou au candidat à un marché public évincé (CE, 2007, Société Tropic travaux signalisation).

Renforçant les droits du cocontractant, le plein contentieux permet au juge administratif d'ordonner le paiement de dommages-intérêts à la partie lésée tandis que le recours en excès de pouvoir prévoit la simple annulation de l'acte en raison de son illégalité. Cependant, de manière à privilégier la stabilité des contrats face à la reconnaissance de plus en plus importante de voir des tiers pouvoir attaquer les contrats, ce contentieux a été totalement transféré en plein contentieux. La jurisprudence datant de 1905 a donc été abandonnée marquant le renforcement de la notion de sécurité juridique sur le principe de légalité.

## **2) Le contrat public est un mode de gestion publique répandu**

L'espace public est actuellement l'objet d'un maillage territorial par le truchement d'acteurs publics (déconcentration, décentralisation) et privés (ouverture à la concurrence) de plus en plus nombreux.

De manière à ce que les politiques entreprises ne restent pas isolées et puissent faire l'objet d'actions concertées aboutissant au développement de projets, la convention a été considérée avec bienveillance pour la souplesse de sa mise en œuvre. Ainsi, les exemples des contrats de projets entre l'Etat et les régions ou des contrats de partenariat public privé constituent de bonnes illustrations de la contractualisation des rapports de la puissance publique.

Cependant, tous les rapports de la puissance publique ne peuvent être régis par contrat, soit que la matière considérée ne s'y prête pas (police par exemple), soit que les relations d'administration régissent les rapports d'une même personne publique. En ce sens, on pensera aux relations entre les ministères et les unités opérationnelles qui, bien que prévoyant des contrats d'objectifs pour régir leurs relations, n'en sont pas au sens juridique.

Au travers de différents contrats publics s'explique la grande diversité des modes d'intervention des personnes publiques dans la sphère économique. L'évolution des contrats montre à la fois l'encadrement du procédé contractuel et la diversification des modalités de financement de l'action publique.

**→ Le marché public, mode de gestion interne**

Un contrat spécifique ne concerne pas la gestion des services publics mais encadre les offres de prestations. Les marchés publics apparaissent comme des contrats très réglementés. Ils ont surtout fait l'objet de profondes modifications sous l'influence du droit communautaire, initialement en termes de passation puis ensuite de contenu et de gestion.

Le marché public est un contrat par lequel l'administration se procure des fournitures, des prestations ou fait réaliser des travaux moyennant le paiement d'un prix. Les règles qui régissent ces contrats sont codifiées dans le Code des marchés publics qui a été remanié en 2006. Ainsi, le principe essentiel de la législation applicable concerne l'égal accès aux marchés et à la commande publique (CC, 2003, Simplification du droit), qu'il s'agisse de personnes privées ou publiques. Ces contrats spécifiques n'entrent cependant pas dans la catégorie des gestions déléguées car il n'existe de lien qu'au titre de la commande et du paiement d'un prix qui libèrent les parties de leurs obligations contractuelles.

Le critère de distinction entre les marchés publics et les gestions déléguées réside donc dans le mode de rémunération du cocontractant selon qu'il se rémunère par un prix ou par le paiement de redevances par les usagers moyennant l'utilisation d'un service public. Le cocontractant qui assume un risque, car sa rémunération dépend d'une évaluation de l'utilisation de son service public, est donc un délégataire. Celui qui, à l'avance, connaît le prix que va lui payer le pouvoir adjudicateur s'intègre dans le régime des marchés publics.

Ainsi, les régies intéressées, dont la rémunération du cocontractant est avant tout le fruit d'un forfait, sont considérées comme des marchés publics par le juge communautaire et interne. Le juge français et le juge communautaire distinguent les marchés des délégations par le critère du transfert de risque qui pèse sur le cocontractant de la personne publique (CE, 1998, Tête ; CJCE, 2005, Parking Brixen GmbH).

La distinction entre les DSP et les MP est très importante car de la qualification dépend le régime juridique du contrat. Celui des MP est beaucoup plus strict. Selon les montants des MP, il existe des procédures de passation qui sont soit formalisées soit adaptées. Les procédures formalisées sont la règle et dépendent des seuils. Elles se décomposent entre les appels d'offre, les procédures négociées et les dialogues compétitifs. Les appels d'offres sont largement la formule la plus utilisée. Les procédures adaptées se font en raison des montants faibles des marchés. On les retrouve sous forme de MAPA (marché à procédure adaptée).

Etant donné que les marchés publics font l'objet d'une gestion en régie, il importe que les règles d'exécution physique, juridique et financière fassent l'objet d'une vigilance accrue des pouvoirs adjudicateurs.

### → La gestion déléguée des services publics

Les modes de gestion des services publics sont assez nombreux. Plusieurs types de contrats peuvent être conclus dans les domaines marchands de l'eau, de l'énergie ou des transports. La gestion est interne à une administration (la régie) ou extérieure, dès lors qu'elle est réalisée sous forme d'un contrat : on dit qu'elle est déléguée.

La gestion des services publics peut ainsi être le fait d'une personne publique (notamment lorsqu'elle est gérée par un établissement public comme l'Agence de l'eau de Paris) ou d'une personne privée (notamment à travers une création du législateur en 2010 : les sociétés publiques locales sont des sociétés anonymes dont les collectivités territoriales membres détiennent la totalité du capital. Il s'agit d'une réponse à la jurisprudence « in house » de l'Union européenne). Dans ces domaines, les contrats sont la règle (CE, 2007, Commune d'Aix-en-Provence) et les délégations unilatérales l'exception (elles ne sont d'ailleurs autorisées que par le législateur). Le choix de maintenir un système en régie ou de le déléguer a d'abord des répercussions sur les budgets mais aussi sur les modalités du contrôle de l'administration.

Il existe plusieurs grands types de contrats de gestion des services publics. On en énoncera quelques-uns :

- La concession de service public (dans les domaines funéraire ou des transports de voyageurs) ;
- La concession de travaux publics (dans les domaines de la distribution de l'eau, des parkings ou des ponts à péage) ;
- L'affermage (dans le domaine de la distribution de l'eau et l'assainissement) ;
- En outre, on citera également la régie intéressée et la gérance qui sont des contrats conclus en exécution de missions pour le compte de la collectivité.

A travers les conventions de gestion des services publics, dites également conventions de gestion déléguée, la collectivité décide de transférer la gestion d'un service à un délégataire.

Plusieurs conséquences en résultent :

- le délégant cesse de gérer le service : l'exploitation se fait donc aux risques et périls du délégataire ;
- le délégant conserve un droit de contrôle sur l'exploitation de manière notamment à voir si sa gestion correspond au cahier des charges et aux règles applicables aux services publics (continuité, égalité et mutabilité) ;
- le délégataire se fait rémunérer par l'usager le montant du service au travers d'une redevance. La rémunération est fonction de la durée du contrat et de la réalisation des investissements.

Ainsi, on peut distinguer la régie intéressée, la gérance et l'affermage des autres modes de gestion (notamment des concessions) en ce sens que l'investissement est initialement porté par la collectivité, à charge pour le délégataire d'en assurer la gestion, voire la réhabilitation (contrat de crédit-bail). Depuis 1988, dans une décision Loupias, le juge administratif a reconnu la liberté des personnes publiques à choisir leur mode de gestion des services publics (pouvoir discrétionnaire).

Cependant, le choix n'est pas anodin puisqu'il fera courir un risque plus ou moins important pour le délégataire selon qu'il prendra en charge les investissements ou la simple exploitation du service. La rémunération en découlant sera donc plus ou moins importante. Elle ne doit pas nécessairement être majoritaire mais au moins substantielle (CE, 1999, SMITOM). En découlera, outre la rémunération, l'objet du contrat, la durée (en fonction de la durée d'amortissement du bien) et l'équilibre financier du contrat.

Toutes les gestions déléguées sont soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence (Loi Sapin du 29 janvier 1993). Diverses préoccupations justifient ce formalisme : obtenir la meilleure qualité/prix, éviter les risques de favoritisme, garantir la qualité des prestations, favoriser le dialogue et négocier avec les candidats. L'objectif est donc bien de protéger les deniers publics et de déléguer de manière transparente l'exécution des services publics. Ainsi sont posées les règles concernant la publicité et la mise en concurrence. En revanche, contrairement aux marchés publics, les offres peuvent être négociées.

Enfin, les grandes collectivités ont l'obligation de créer des commissions consultatives des services publics locaux pour offrir aux usagers la possibilité de demander compte quant à leurs gestions. Il s'agit d'un exemple de démocratie participative qui reste malgré tout peu usité.

### ➔ Le partenariat public-privé ou PPP

Une tendance actuelle, mais qui est fortement décriée, consiste à renforcer les liens entre le secteur privé et le secteur public. Dans un contexte international marqué par les dettes grandissantes des Etats, il est apparu opportun que des partenariats puissent ainsi se constituer. La Commission européenne définit le partenariat public/privé (PPP) comme « le transfert au secteur privé d'un investissement qui est traditionnellement réalisé ou financé par le secteur public ». Ainsi, la concession peut être considérée au sens communautaire comme un PPP. Cependant, les PPP s'intègrent dans la catégorie des contrats globaux qui permettent, au-delà de l'investissement, de confier la gestion et l'exploitation d'un ouvrage à des personnes privées.

Au sens français, le PPP est régi par l'ordonnance du 17 juin 2004 et se définit comme « une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou la transformation d'ouvrages ou d'équipements ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion », la rémunération de la personne privée s'effectuant pendant toute la durée du contrat. Ainsi compris, il s'agit plutôt d'un marché public donnant lieu au paiement d'un prix échelonné.

Les PPP ont connu beaucoup de succès dans le monde dans des champs sectoriels (hôpitaux, prisons, routes, voies ferrées, assainissement etc.) mais moins en France où l'usage a été très encadré, notamment par le juge constitutionnel qui a précisé que ces contrats ne pouvaient être conclus que dans les cas d'urgence ou de complexité sans que cela ne contrevienne aux exigences constitutionnelles de « l'égalité devant la commande publique, la protection des personnes publiques ou le bon usage des deniers publics » (CC, 2003, Simplification du droit). En France, plus qu'ailleurs, la logique des pouvoirs publics limite l'externalisation des savoirs et des compétences.

### ➔ Les contrats d'occupation du domaine public

➔ **Les contrats de recrutement du personnel non statutaire** (voir séance sur les fonctions publiques)

## Section 4 : Les fonctions publiques



## → Poids et périmètre des fonctions publiques

La France est le pays d'Europe qui compte le plus d'agents publics. Avec 5,3 millions d'agents, le poids des fonctions publiques dans l'économie française est important. Les agents publics représentent 22% des actifs<sup>32</sup>, soit une proportion légèrement inférieure à celle de la Finlande, mais un million d'agents de plus qu'en Allemagne. Tous emplois publics confondus, on peut dénombrer jusqu'à 7 millions d'agents (agences).

Cependant, en France, les agents publics sont les agents de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale mais aussi de la fonction publique hospitalière. Ainsi, le périmètre entre les fonctions publiques des pays de l'Union européenne n'est pas le même et se révèle en France beaucoup plus large. En Italie, en Allemagne ou en Grande-Bretagne, ne sont des fonctionnaires que les agents qui remplissent des missions de souveraineté. Cette distinction s'est longtemps retrouvée en France entre actes d'autorité et actes de gestion.

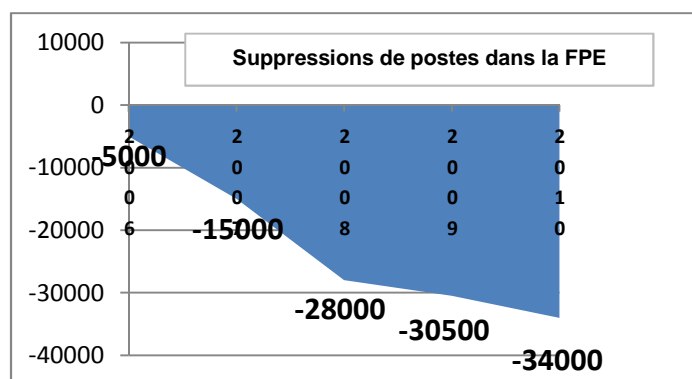
Le développement des fonctions publiques a accompagné celui du service public et une part conséquente des fonctionnaires travaille aujourd'hui au sein des agences. La jurisprudence a retenu que les agents exerçant leurs missions au sein des services publics industriels et commerciaux n'étaient pas des agents publics. Hormis les emplois de direction, les agents sont soumis aux dispositions du droit du travail (CE, 1965, L'Herbier).

## → Effectifs des fonctions publiques

La réduction des effectifs des fonctions publiques a été moins marquée en France depuis les années 1980 qu'elle ne l'a été dans d'autres pays d'Europe. Plus singulièrement encore, ce n'est que depuis la mise en place de la revue générale des politiques publiques que les effectifs de la fonction publique d'Etat ont commencé à stagner alors même que depuis les années 1980 l'Etat a mené des politiques de transfert de compétences vers les collectivités territoriales.

---

<sup>32</sup> Données de l'INSEE 2010.



En revanche, les effectifs de la fonction publique territoriale sont ceux qui ont le plus augmenté et restent dans une logique dynamique qui s'explique d'une part par les transferts de compétences et d'autre part par une inflation des recrutements au sein des collectivités territoriales les plus récentes (régions, intercommunalités) et de leurs établissements publics (SDIS).

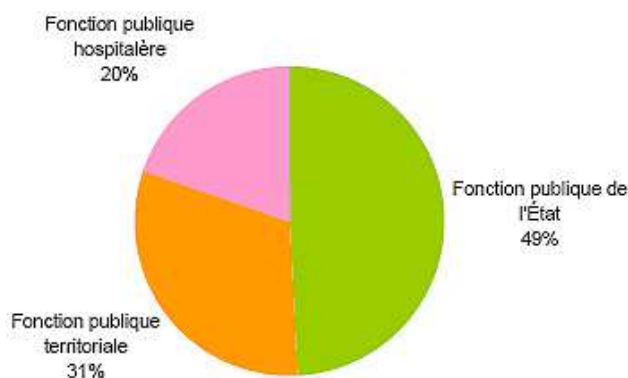
### Évolution des effectifs des trois fonctions publiques entre 1998 et 2008

(en %)

	Évolution en moyenne annuelle entre 1998 et 2008	Évolution 2007-2008
Fonction publique de l'État	- 0,1	- 3,1
Fonction publique territoriale	3,4	3,9
Fonction publique hospitalière	1,8	1,0
<b>Trois fonctions publiques</b>	<b>1,3</b>	<b>0,0</b>

Source : données DGCL, Les collectivités locales en chiffres 2011

La fonction publique d'Etat regroupe 2,4 millions d'agents, contre 1,8 à la fonction publique territoriale et 1,1 million à la fonction publique hospitalière.



DGAFP, bureau des statistiques, des études et de l'évaluation.  
Sources : Insee, Drees, DHOS.

Les corps les plus nombreux sont, toutes fonctions publiques confondues, ceux de l'enseignement (1 fonctionnaire de l'Etat sur 2) puis de la défense (1 fonctionnaire de l'Etat sur 5).

### → Caractéristiques socio-professionnelles des fonctions publiques

La fonction publique de l'Etat, plus ancienne, sert souvent de modèle aux deux autres fonctions publiques. Ces trois fonctions publiques ont d'ailleurs un régime commun fixé par la loi du 13 juillet 1983 qui est sujet à des aménagements en fonction des spécificités de chacune d'entre elles (deux lois de 1984 pour l'Etat et la territoriale et une loi de 1986 pour la fonction publique hospitalière). Les autres fonctionnaires, magistrats de l'ordre judiciaire, militaires, agents des assemblées parlementaires, ont des statuts spéciaux.

Tous les agents publics ne sont pas des fonctionnaires. Un certain nombre d'agents sont aujourd'hui contractuels (900 000 agents soit environ 17%), les autres étant auxiliaires, vacataires, stagiaires ou employés de cabinets. Malgré tout, tous remplissent des missions d'intérêt général et, titulaires comme non-titulaires, sont soumis au statut de la fonction publique qui impose des devoirs et des obligations.

Depuis les lois du 3 août 2009 et du 13 mars 2012, le recours aux intérimaires a également été assoupli. Toutes ces mesures apparaissent comme un assouplissement des voies d'accès à la fonction publique. Elles semblent donc remettre en cause le statut de la fonction publique.

Enfin, selon la répartition des effectifs dans les fonctions publiques, on comprend les rôles attribués à chaque fonction publique, particulièrement s'agissant de la fonction publique d'Etat et de la fonction publique territoriale. L'une est dans la conception, l'autre dans l'exécution. L'exemple des régions, mieux dotées en agents de catégorie A, va en ce sens.

	<b>A</b>	<b>B</b>	<b>C</b>
<b>FPE</b>	<b>50%</b>	27%	23%
<b>FPT</b>	9%	14%	<b>77%</b>
<b>FPH</b>	16%	36%	48%

A la ville de Paris, les agents de catégorie C représentent 69,4% des effectifs, les agents de catégorie B 17,8% et les agents de catégorie A 12,8% selon le bilan social pour 2010. Dans ce domaine aussi, bien que la Ville de Paris soit parfois qualifiée par ses dimensions de

ministère, la répartition des effectifs ne laisse guère de doute quant aux missions qui lui sont dévolues.

### → Les réformes annoncées de la fonction publique

Le gouvernement réfléchit actuellement à réformer le statut de la fonction publique mais dans une perspective de réaffirmation des grands principes qui ont présidé à l'édiction de la loi le Pors du 13 juillet 1983.

Le ministère de la fonction publique souhaite mettre en œuvre une loi modernisant la loi le Pors relative à la déontologie et aux droits et aux obligations des agents publics. Le projet de loi intervient trente ans après la loi qui a unifié les trois grandes fonctions publiques.

Le Premier ministre a missionné le Conseiller d'Etat Pêcheur qui a rendu un rapport sur l'avenir de la fonction publique où il est en particulier fait état des questions liées à la rémunération. Il convient à ce titre de souligner que la fonction publique doit rester attractive.

Au cours des dernières années, la fonction publique a connu de nombreuses évolutions tant concernant l'organisation des services (RGPP, REATE, réforme de la carte judiciaire, réforme de l'Université, réforme des Hôpitaux, etc.) que des questions liées aux recrutements.

Ces réformes ne sont pourtant pas revenues, pas plus que le rapport Pêcheur ou le projet de loi ne le prévoit, sur le caractère pérenne des recrutements. La fonction publique reste une fonction publique de carrière. En revanche, plusieurs axes d'évolution sont actuellement présagés :

- la généralisation d'un code de déontologie du fonctionnaire ;
- la réaffirmation de certains grands principes : neutralité, laïcité, probité et impartialité ;
- la modernisation de la gouvernance et le renforcement des instances de dialogue social ;
- la poursuite de la transversalité des corps au travers de directions interministérielles notamment, remettant en cause le centralisme excessif de gestion ;
- la réactualisation des grilles de rémunération en tenant davantage compte des métiers ;

- le renforcement de la performance au travers de l'évaluation et de la cotation des métiers (extension des primes de fonction et de résultat).

## 1) L'agent public

Les agents publics français ne sont pas cantonnés aux seules missions de souveraineté. Certes, les agents chargés d'assurer la sécurité, la défense ou les secours sont des agents publics mais on y intègre également les enseignants et les personnels de santé. Les agents publics interviennent également, quoique de moins en moins, dans des domaines sociaux, sportifs ou économiques. Ainsi, les agents des SPA bénéficient de contrats de droit public tandis que les agents des SPIC bénéficient de contrats de droit privé. Seules quelques exceptions historiques perdurent comme pour certains agents de France Telecom ou de la Poste qui restent des agents publics alors que les nouveaux contrats sont exclusivement conclus selon les règles du droit du travail.

La fonction publique française est une fonction publique de carrière. Elle se distingue ainsi de la fonction publique d'emploi. En France, cela signifie que la composition de la fonction publique n'est pas modifiée au gré des alternances politiques (hormis pour les plus hautes fonctions d'encadrement). Elle symbolise la stabilité et la continuité des pouvoirs publics.

### → Le concours

On distingue les agents titulaires des non titulaires, les seconds ayant souvent vocation, après recrutement, à devenir fonctionnaires. La voie normale de recrutement dans la fonction publique reste le concours, symbole de l'égalité d'admissibilité des citoyens aux emplois publics en fonction de leurs seuls mérites et vertus (article 6 DDHC). Les agents sont recrutés par la voie du concours externe, interne voire du 3<sup>e</sup> concours en fonction du profil du candidat.

En effet, les concours dépendent des filières (administrative, technique, culturelle...) et des catégories (A+, A, B ou C). Filière et catégorie forment le grade (Etat) ou le cadre d'emploi (territoriale). Les conditions d'accès dépendent des conditions de nationalité (à l'exception des emplois à haut niveau de qualification comme les enseignants chercheurs ou les emplois de médecins des établissements hospitaliers), des conditions civiques, des conditions physiques, voire du niveau de diplôme (selon la catégorie et la filière) et, dans certaines hypothèses très réduites depuis 2005, des conditions d'âge.

Le droit communautaire a influencé le droit de la fonction publique qui, à compter de la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, ne pose plus, sauf exception (personnels de la catégorie active), de limite d'âge à l'inscription à un concours externe ou de barrière au recrutement d'un ressortissant de l'Union européenne à un emploi public, sauf exception (personnel lié aux emplois de souveraineté).

### → Les règles dérogatoires aux concours

D'une part, pour les emplois publics qui demandent le moins de qualification ou par le biais d'un PACTE (parcours d'accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l'État), le recrutement direct est possible et suppose une formation qualifiante. Cette logique est celle qui préside peu ou prou au recrutement de certains agents ayant de faibles niveaux scolaires par le biais du contrat d'avenir.

D'autre part, le recrutement de contractuels dans des conditions limitatives est possible si certaines conditions sont remplies. La loi du 3 janvier 2001 précise ainsi que des contractuels peuvent être recrutés lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ou, pour les emplois du niveau de la catégorie A, lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient.

Les contractuels représentent environ 17% de l'effectif global des fonctions publiques (ils sont un peu plus nombreux dans la fonction publique territoriale) et se retrouvent depuis longtemps et de façon normale dans les emplois militaires sous contrat. Les contractuels ont un quasi-statut mais la durée maximale du contrat (3 ans) marque une certaine précarité. Pour éviter tout abus dans la reconduction des contrats, prenant exemple sur le droit social, la loi du 26 juillet 2005 a institué la forme du contrat à durée indéterminée après deux CDD de trois ans (article 13). Reste que le CDI ne valait qu'au sein de son administration mais que les débats actuels portant sur une meilleure reconnaissance des agents contractuels au niveau de l'Etat. Enfin, la loi du 12 mars 2012 est venue assouplir les dispositions relatives à l'emploi dans le sens d'une reconnaissance renforcée des compétences. Le décret du 22 novembre 2012 assure, selon des modalités spécifiques, la titularisation de certains contractuels dans la fonction publique.

Par ailleurs, il est à noter également au cours des dernières années une augmentation des recrutements par les voies internes (concours interne ou promotion) au détriment du recrutement par la « voie royale », c'est-à-dire en externe. Cela participe de la reconnaissance des compétences des agents publics ou de la possibilité de connaître des perspectives d'évolution au sein de l'administration. Cependant, cela ne facilite pas le renouvellement des cadres, notamment pour les corps des catégories A +, dont les voies d'accès sont extrêmement restreintes.

Enfin, certains emplois sont pourvus en Conseil des ministres (ambassadeurs, préfets, recteurs, etc.) à la discrétion du gouvernement. De même, il existe un tour extérieur dans certains grands corps de contrôle (Conseil d'Etat, Cour des comptes, inspections générales), les personnes étant désignées au choix dès lors qu'elles présentent les capacités requises pour les fonctions.

### → La carrière de l'agent public

Le fonctionnaire, qui dispose d'un cadre unilatéral et réglementaire représentant son statut, (qui le protège mais lui impose également des contraintes telles que les modifications des conditions de travail) déroule sa carrière. Elle débute par une période de stage, parfois en école d'application (pour les cadres dirigeants mais de façon limitée dans la fonction publique territoriale), qui débouche sur la titularisation de l'agent après cette période d'essai durant laquelle il aura été évalué.

Au-delà de l'évaluation initiale qui valide la titularisation du fonctionnaire, tout agent public est évalué au cours de sa carrière, qu'il soit titulaire ou contractuel. Dans le cadre de la modernisation de la gestion publique, les agents publics font désormais l'objet, sur un modèle inspiré de la gestion managériale du secteur privé, de dispositifs d'évaluations individuels et collectifs sur la base d'un entretien individuel annuel avec le supérieur hiérarchique, cette évaluation donnant lieu à fixation d'objectifs. Cette procédure doit remplacer à terme celle de la notation, qui a été très critiquée. Corrélativement à l'évaluation, l'Etat a mis en place des dispositifs de gratification, notamment à travers la prime de fonction et de résultat qui refond le système des primes pléthoriques constatées dans les ministères.

L'évaluation donne lieu pour les titulaires aux avancements d'échelons (fréquents) et aux promotions internes (plutôt rares puisqu'elles consistent en des sauts de grades sans passer un concours). L'évolution est principalement assurée à l'ancienneté, sauf à passer un

concours. Le concours reste encore largement la voie d'accès la plus fréquente aux grades et cadres d'emploi.

Par ailleurs, les évolutions peuvent inciter à la mobilité des fonctionnaires que les pouvoirs publics ont tenté d'inciter, notamment entre les fonctions publiques.

Les agents publics bénéficient d'un régime juridique strictement encadré qui rend complexe leur mobilité et leur polyvalence. Cependant, le fonctionnaire peut avoir plusieurs possibilités de positions dans la carrière : en activité, mis à disposition (c'est-à-dire qu'il reste rémunéré par son administration d'origine), en détachement (le fonctionnaire, placé en dehors de son corps d'origine, est rémunéré par le nouvel employeur), hors cadre (le fonctionnaire peut, en plus de la rémunération, demander à bénéficier des droits à avancement et retraite de son nouveau corps), en disponibilité (il met en suspens l'évolution de la carrière dans l'administration d'origine comme dans le cas d'un congé pour convenance personnelle) ou en congé parental.

Les hypothèses de sortie de la carrière sont variées, notamment concernant les régimes de droit à la retraite applicables en fonction des corps à l'origine : de 50 ans pour les fonctionnaires de l'actif qui ont des missions qui présentent un caractère de dangerosité à 68 ans pour les professeurs d'Université. Avec les lois Fillon de 2003, l'âge légal de départ à la retraite a été aligné sur celui du privé (la dernière réforme en date a porté l'âge légal de départ à la retraite à 62 ans en 2017). Avec la réforme de 2003, le nombre d'années de cotisations pour obtenir une retraite à taux plein a été porté à 160 trimestres (40 ans), la réforme de 2010 le portant par étapes successives à 166 trimestres (41 ans ½) dès 2012 puis l'augmentant par décrets successifs jusqu'en 2020. Des dispositions spécifiques ont été prises en matière de pénibilité sans remettre en cause la logique de l'allongement de la retraite en 2012.

La sortie de la carrière peut être imposée en cas d'atteinte de la limite d'âge par radiation : elle est classiquement de 67 ans pour les fonctionnaires, de 57 ans pour les fonctionnaires tels que les policiers ou le personnel pénitentiaire. Outre la retraite, il faut mentionner les sanctions disciplinaires, la démission et le décès.

### ➔ La rémunération de l'agent public

L'agent public perçoit un traitement qui s'effectue après service fait.



Les fonctions publiques françaises se caractérisent par des grades, dont le titulaire est propriétaire, et des emplois, qui seuls varient. Les fonctions publiques sont divisées en environ 380 corps (on parle de cadres d'emploi dans la FPT), eux-mêmes divisés en catégories, en grades (en fonction de la filière et de la catégorie) et en échelons d'avancement (parfois eux-mêmes divisés en chevrons en haut de l'échelle des rémunérations).

A chaque échelon correspond un indice majoré qui, multiplié par le point d'indice de la fonction publique (celui-là même qui est gelé depuis trois ans), valable pour les trois fonctions publiques, donne le traitement de base. Ce traitement est complété d'une indemnité de résidence et, le cas échéant, d'un supplément familial de traitement (SFT). Il peut être complété d'un régime indemnitaire (RI) et d'une nouvelle bonification indiciaire (NBI) qui constituent les primes. Le régime indemnitaire est composé d'une partie représentant les sujétions particulières (notamment horaires) et d'une autre reconnaissant une technicité particulière. Ces régimes sont encadrés en fonction des grades et non des emplois. Cependant, les primes représentant la part variable de la rémunération des fonctionnaires, elles ont eu tendance à se multiplier : il en existerait aujourd'hui 1800.

Un décret de 2008 prévoit, pour les fonctionnaires d'Etat, une fusion des multiples primes existantes sous la forme d'une prime de fonction et de résultat (PFR). En 2008, un fonctionnaire de l'Etat gagnait en moyenne 2 350€ net, contre 2 150€ pour un fonctionnaire hospitalier et 1 750€ pour un fonctionnaire territorial. Cette différence est principalement due à la sur représentation des agents de catégorie A au niveau de l'Etat. Pour donner la mesure de la difficulté à valoriser les salaires, l'augmentation d'1% du point d'indice représente 1,8 milliard € (soit une augmentation du point d'indice de 4,6 centimes).

## **2) Les droits et obligations de l'agent public**

Les agents publics ont un statut protégé qui impose en contrepartie des obligations. Ainsi dit, l'agent public, titulaire ou non titulaire, est astreint à respecter une déontologie. Il s'agit de devoirs professionnels. Les droits et obligations de l'agent public étant différents selon les missions exercées, certaines administrations sensibles édictent des codes de déontologie (la police nationale en 1986, la police municipale en 2003 et les services pénitentiaires en 2010). Cette démarche pourrait être rapidement généralisée avec le projet de loi Lebranchu.

### **→ Un droit spécifique**

Le droit de la fonction publique est un droit exorbitant du droit du travail, ce dernier s'appliquant aux agents du secteur privé mais plus généralement à tous ceux qui ne sont pas agents publics. Le Conseil d'Etat a précisé dans une décision Cadot de 1889 que les agents publics se voyaient appliquer un régime de droit public. Dans une décision de 1996 (Berkani), le Tribunal des conflits a simplifié les règles de recours contentieux en précisant que les personnes non titulaires travaillant pour un SPA sont des agents contractuels de droit public tandis que les agents du SPIC (exception faite des dirigeants et des comptables) sont des agents dépendant des règles du droit privé. Peuvent tout de même être appliquées des dispositions inspirées du droit du travail comme les dispositions relatives à la lutte contre les discriminations, le handicap ou les règles d'hygiène et de sécurité.

De façon générale, l'agent public a droit de la part de son administration à sa protection physique et morale. En cas de contentieux avec un agent public, le tribunal administratif est compétent en premier ressort sauf s'il s'agit de contentieux qui conduisent à une incrimination pénale. Il peut, par ailleurs, bénéficier, de l'aide de son administration pour engager les frais d'avocat.

### → Les droits du citoyen, les obligations de l'agent public

Les droits et obligations du fonctionnaire sont prévus par la loi du 13 juillet 1983.

Les dispositions relatives aux droits des fonctionnaires sont qualifiées de garanties. Elles sont initialement des garanties contre les pressions extérieures. Elles sont comprises des articles 6 à 13 de la loi. L'agent public, en tant que citoyen, a la liberté de penser et de s'exprimer. Les agents publics ont la liberté syndicale et d'adhérer à un parti politique mais certains d'entre eux sont astreints à un strict devoir de réserve (les militaires, les préfets).

Les agents publics ont, grâce au Préambule de 1946, la possibilité d'exercer le droit de grève (CE, 1950, Dehaene), voire un droit de retrait, comme tout salarié mais ils ne peuvent pas plus que les salariés du secteur privé procéder à des piquets de grève ou à des grèves perlées. De plus, dans le cadre de la continuité du service public, leur supérieur hiérarchique peut les réquisitionner pour les besoins du service. Le droit de grève a été aménagé ces dernières années (création de services minimum).

Enfin, notons qu'au cours des dernières années, une amélioration du dialogue social a été mise en œuvre bien qu'il soit encore défaillant. Ce dialogue s'opère via des organismes : commissions administratives paritaires (décisions individuelles), comités techniques

(questions générales d'organisation) et Comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Les dispositions relatives aux obligations des fonctionnaires sont comprises des articles 25 à 28 de la loi Le Pors.

Une obligation a été largement aménagée et concerne l'obligation de servir (article 25), ce qui signifie l'impossibilité de cumuler son emploi public avec un emploi privé. Constatant notamment le pantouflage de certains agents cadres désireux d'être mieux rémunérés, la loi de modernisation de la fonction publique du 3 août 2009 a assoupli cette limitation en permettant aux agents de cumuler leurs emplois avec un autre dans des conditions de rémunération limitatives et dans des domaines bien précis (œuvres scientifiques, littéraires et artistiques, prestations intellectuelles, professions libérales dans certains cas). Le rôle de la commission de déontologie est de limiter les conflits d'intérêts, de nature à compromettre l'indépendance des agents.

Tandis que le devoir de réserve n'est pas inscrit dans la loi de 1983, l'agent public a l'obligation de discrétion professionnelle (article 26) vis-à-vis des dossiers qui sont en cours d'instruction et ne peut en être délié que par son supérieur hiérarchique (loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 qui a notamment institué la CNIL). L'agent public est également tenu de respecter un devoir d'information et de transparence (article 27) envers les usagers en application des dispositions de la Charte Marianne. En revanche, en certaines circonstances, il est tenu par le secret professionnel dans l'exercice de ses missions, notamment en matière médicale.

Par ailleurs, l'agent public est soumis, comme le salarié, à un devoir d'obéissance (article 28 – qualifié de lien de subordination dans le secteur privé) qui se transforme en devoir de désobéissance et même d'alerte en cas d'ordre manifestement illégal qui lui serait donné par un supérieur hiérarchique et de nature à compromettre gravement un intérêt public. L'affaire peut alors remontée jusqu'au Procureur de la République (article 40 CPP). Certaines dispositions pourraient renforcer le statut des lanceurs d'alerte.

Enfin, certaines dispositions ne sont pas retenues dans la loi Le Pors. Certains d'entre eux ne figurent cependant pas dans la loi. C'est le cas du devoir de réserve qui n'y a pas été inscrit bien que préexistant de manière à laisser au juge un pouvoir d'interprétation en fonction des circonstances de temps et de lieu : ainsi, un enseignant d'Université a beaucoup plus de latitude d'expression que les autres agents d'exécution. De même, l'agent

public a un devoir de loyauté envers la République et son gouvernement, une obligation de ne pas compromettre la réputation de son administration et un devoir de neutralité vis-à-vis des usagers. Ceci porte sur la non-discrimination en fonction des croyances religieuses mais aussi sur le respect des opinions politiques, syndicales etc.

### → Les sanctions

Si l'agent ne respecte pas ses obligations, il peut faire l'objet de sanctions disciplinaires de la part de la commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline. Des sanctions de quatre types sont prévues :

- Au sein du 1<sup>er</sup> groupe : avertissement (pas d'inscription dans le dossier administratif de l'agent), blâme ;
- Au sein du 2<sup>nd</sup> groupe : radiation du tableau d'avancement, abaissement d'échelon, exclusion temporaire, déplacement d'office ;
- Au sein du 3<sup>ème</sup> groupe : rétrogradation, exclusion temporaire de plus de trois mois ;
- Au sein du 4<sup>ème</sup> groupe : mise en retraite d'office, révocation.

Ces procédures ne sont plus des mesures d'ordre intérieur et supposent le respect des principes du contradictoire et de l'avis motivé de la part de l'administration. Des recours sont possibles, notamment par voie juridictionnelle (Tribunal administratif).

## Chapitre 2 : Le contrôle de l'action publique

L'Etat de droit suppose l'existence de contre-pouvoirs susceptibles de se limiter. Dans l'optique de supprimer l'arbitraire des pouvoirs publics, le pouvoir juridictionnel s'est vu renforcer au XXe siècle, au début s'agissant de l'émergence de la justice administrative, ensuite, dans la seconde moitié du siècle s'agissant de la naissance des justices constitutionnelle et communautaire.

Faisant œuvre de droit, les juges administratif, constitutionnel et communautaire ont renforcé la juridicité des normes en opérant respectivement un contrôle de légalité, un contrôle de constitutionnalité et un contrôle de conventionalité.

Souvent critiqués pour la complexité des procédures qu'introduisent ces nombreux contrôles, mais au-delà par ce que l'expression nomme « le gouvernement des juges », il n'en demeure pas moins vrai qu'ils ont permis le renforcement des libertés garanties et individuelles ainsi que la mise en œuvre d'une responsabilité de l'action publique en face des prérogatives exorbitantes de droit commun dont jouissent les pouvoirs publics.

### Section 1<sup>ère</sup> : La justice administrative

#### De la justice retenue...

De la garantie de la séparation des pouvoirs (article 16 DDHC) a été déduite la séparation des autorités administratives et judiciaires, l'acception imposant initialement au juge judiciaire de ne pas connaître les affaires qui touchent à l'administration car, selon la formule consacrée, « juger l'administration, c'est encore administrer ». Pour garantir l'administration de l'immixtion des juges judiciaires dans les affaires publiques, dont la méfiance résulte des Parlements sous l'Ancien régime, l'article 13 de la loi du 16-24 août 1790 précise : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ». De cette loi découle la théorie de l'administrateur-juge ; autrement dit, l'administration est juge et partie : il s'agit de la justice retenue.

## ... à la justice déléguée

Créés en l'an VIII par Napoléon, le Conseil d'Etat et les Conseils de préfecture sont chargés de connaître des affaires de l'administration. Il faut cependant attendre la loi du 24 mai 1872, qui commande au Conseil d'Etat de juger souverainement « au nom du peuple français » et l'arrêt fondateur Cadot de 1889 par lequel le Conseil d'Etat, prenant acte du jugement du Tribunal des conflits de 1873, Blanco, est amené à connaître les litiges administratifs, pour que se mette en œuvre la justice déléguée. Il aura donc fallu un siècle pour que la justice administrative s'émancipe et deux pour que son existence soit constitutionnellement garantie (CC, 1980, Validation d'actes administratifs : l'indépendance de la juridiction administrative est un PFRLR).

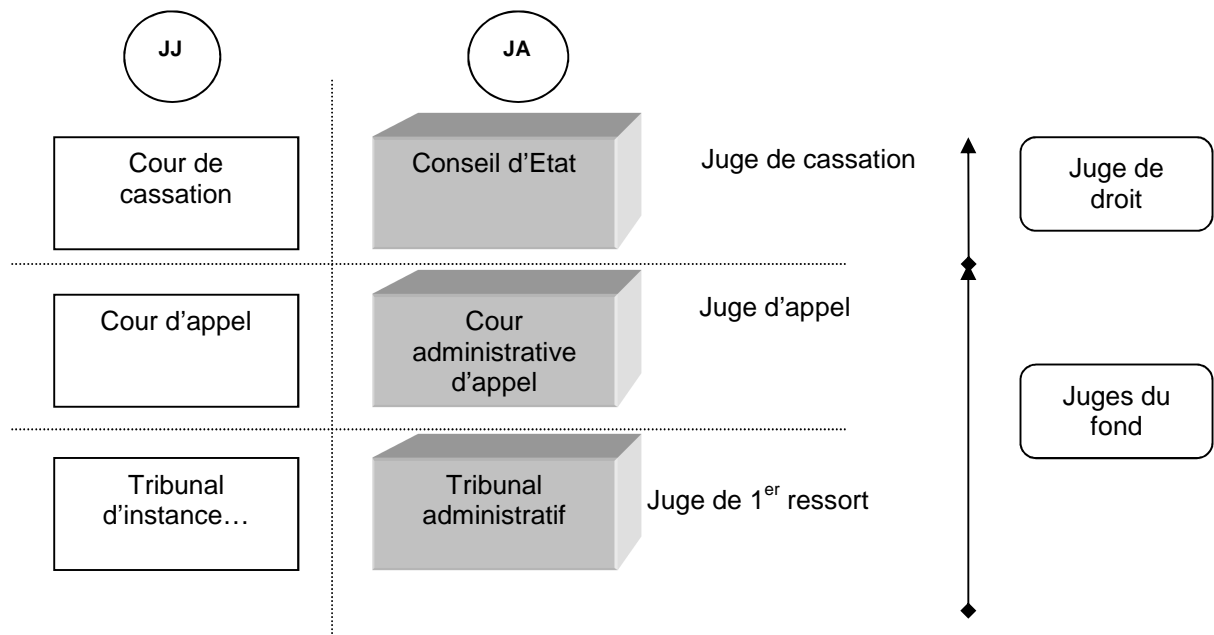
De cette distinction découle un partage entre les affaires qui relèvent de la compétence du JJ et celles du JA. Le dualisme juridictionnel est une spécificité française qui la distingue des pays anglo-saxons de tradition moniste. Le partage des compétences s'effectue parfois par détermination de la loi (compétence d'attribution), parfois par œuvre prétorienne (jurisprudence). D'une distinction peu claire découle des compétences conflictuelles et évolutives qu'en dernier ressort le Tribunal des conflits est chargé de distribuer.

### 1) L'organisation de la juridiction administrative

#### Une organisation calée sur celle de l'ordre judiciaire

La juridiction administrative est aujourd'hui calquée sur le modèle de la juridiction judiciaire. Elle fonctionne sur trois niveaux : le 1<sup>er</sup> ressort, l'appel et la cassation. Pour remplir ses missions, l'organisation administrative a initialement été fondée sur le Conseil d'Etat et les Conseils de Préfecture, ces derniers ayant été remplacés en 1953 par les Tribunaux administratifs. La création des Cours administratives d'appel est plus récente (1987).

Cette nouvelle organisation juridictionnelle a pour objectif de désengorger progressivement le Conseil d'Etat et de réduire ainsi les délais de jugement. Les résultats de cette nouvelle organisation restent mitigés au regard du grand nombre d'affaires que le juge administratif a aujourd'hui à connaître.



Les magistrats de la juridiction administrative sont très globalement issus des rangs de l'École nationale d'administration (ENA) tandis que les magistrats de la juridiction judiciaire sont issus de l'École nationale de la magistrature (ENM). Les deux juridictions sont bien distinctes et les formations ne sont pas les mêmes.

### Les juridictions administratives

Le Conseil d'Etat est à la fois juge et conseiller. Cette situation posait un problème d'impartialité selon la jurisprudence européenne (CEDH, 2001, Kress) ce qui a conduit le gouvernement à retenir une séparation de fait entre activités de conseil et activités contentieuses (décret du 6 mars 2008).

Par ailleurs, le décret du 7 janvier 2009 a remplacé la fonction de commissaire du gouvernement par celle de rapporteur public. Cela fait aussi suite à la volonté de respecter le principe du contradictoire de l'article 6-1 CEDH alors que l'opinion émise par le commissaire du gouvernement ne faisait l'objet d'aucun débat. Elle intervenait à la fin de l'audience. Au-delà de la terminologie, c'est donc le déroulement de l'audience qui a été modifié.

D'une part, le Conseil d'Etat donne ses avis au gouvernement sur la régularité juridique et même l'opportunité administrative des projets que le gouvernement présente. Il est obligatoirement consulté pour les projets de loi et, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Président de l'Assemblée nationale peut également le saisir sur les propositions de loi, sauf si l'auteur de la proposition s'y oppose (nouvel article 39, alinéa 5). L'avis du Conseil d'Etat peut par ailleurs être facultatif pour les autres textes tels que les

décrets. Enfin, l'avis du Conseil d'Etat est également demandé s'agissant des actes législatifs et des autres textes de l'Union européenne. Le Conseil d'Etat évalue les impacts mais aussi les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales des lois dans l'ordre juridique interne.

D'autre part, le Conseil d'Etat a des compétences juridictionnelles. La section contentieuse est ainsi chargée de juger en droit les jugements des TA et les arrêts des CAA. Juger en droit signifie que le Conseil d'Etat ne juge pas tant les faits de l'affaire que les motivations des juges du fond. Il vérifie donc que les décisions rendues se fondent sur des éléments de droit. Le Conseil d'Etat est avant tout juge de cassation dans 70% des cas, la fonction de juge de premier et dernier ressort occupant 25% de son activité contre seulement 5% en matière d'appel<sup>33</sup> (principalement en matière électorale).

Sous l'autorité de la plus haute Cour de juridiction administrative se trouvent les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel. Il s'agit des juges du fond, c'est-à-dire qu'ils sont amenés à connaître et apprécier les éléments de l'affaire (au regard des moyens établis par les parties au procès) tandis que le juge du droit ne juge que les jugements et arrêts qui lui sont soumis. Il existe 42 tribunaux administratifs et 8 cours administratives d'appel.

### **Un droit administratif encore largement jurisprudentiel**

L'œuvre prétorienne a consisté à dégager des principes généraux du droit constituant autant d'obligations s'imposant aux pouvoirs publics. Il ressort effectivement que le droit administratif est jurisprudentiel plus qu'il ne résulte des textes. L'entreprise des dernières années de codifier le droit public est là pour le démontrer.

Les principes généraux du droit découlent des décisions de principe (à l'opposé des décisions d'espèce que rendent les juges du fond). Ils ont une valeur infra législative mais supra réglementaire, c'est-à-dire qu'ils s'imposent aux actes et aux décisions des administrations.

Les PGD résultent de principes non écrits dégagés des textes. Depuis la jurisprudence fondatrice Dame Trompier-Gravier de 1944, qui a dégagé le principe du respect des droits de la défense, de nombreux PGD ont été dégagés. La plupart touche à la protection des

<sup>33</sup> Statistiques du Conseil d'Etat.



libertés individuelles face à l'éventuel arbitraire de l'administration (possibilité de REP, non-rétroactivité des actes administratifs). Ils découlent de principes à valeur constitutionnelle : l'égalité devant la loi, l'égal accès aux emplois publics, l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de conscience des agents publics. D'autres proviennent des lacunes législatives : l'interdiction faite à l'administration de licencier une femme enceinte (CE, 1973, Dame Peynet) ou encore l'obligation faite à l'administration de verser aux agents non titulaires un salaire au moins égal au SMIC (CE, 1982, Ville de Toulouse).

Enfin, le juge administratif puise les PGD des normes internationales : le principe général du droit au respect de la vie privée et familiale est issu de l'article 8 CEDH, le droit à la liberté d'expression de l'article 10 CEDH, le droit au procès équitable de l'article 6 CEDH, le droit à un recours effectif de l'article 13 CEDH. Ces PGD nouveaux ont, contrairement aux PGD issus des normes internes, une valeur supra législative (CE, 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique).

De la même façon que le PGD existe dans le silence de la loi, une loi doit expressément édicter des dispositions contraires pour revenir sur un PGD existant. Cette place dans la hiérarchie des normes vise à assurer l'application effective des normes en droit interne. Ainsi, par l'intermédiaire du droit international, le juge administratif renforce son office.

Dans le cadre de la révision constitutionnelle de 2008 (LO 10/12/2009 et décrets du 16 février 2010), le juge administratif est désormais amené à connaître les questions prioritaires de constitutionnalité. La même procédure s'applique pour les deux ordres de juridiction qui consiste, lorsqu'un juge du fond a à connaître une telle question, à renvoyer à la Haute juridiction la question posée avant son éventuel renvoi devant le Conseil constitutionnel. Le juge du fond sursoit ainsi à statuer et attend que la QPC soit traitée s'il y a lieu avant de rendre sa décision.

### **La répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction**

Compétences du juge administratif et du juge judiciaire semblent aujourd'hui assez bien distribuées même si, à l'occasion d'affaires, se posent des conflits entre les deux ordres de juridiction.

Le juge administratif est compétent pour les affaires nées de l'activité des pouvoirs publics. Sa compétence se détermine en creux par rapport à celle du juge judiciaire dès lors qu'il est

un juge exorbitant du droit commun. Il est ainsi incompétent pour les litiges intéressants les particuliers même s'il est compétent pour connaître des affaires dans lesquelles une personne privée agit pour le compte d'une personne publique. Le critère organique est ainsi aujourd'hui largement remis en cause.

S'est donc développée une jurisprudence plus soucieuse de définir un partage des compétences en fonction du critère matériel. Dans une décision fondatrice de 1873, Blanco, le Tribunal des conflits est ainsi venu préciser que le critère du service public constituait l'élément déterminant permettant de conclure à la compétence du juge administratif. Ce critère n'est cependant pas suffisant et, notamment du fait de l'extension du service public aux matières marchandes (TC, 1921, bac d'Eloka) ou encore dans l'ambition de créer des blocs de compétences au profit de l'un ou l'autre juge (TC, 1935, Action française : le juge judiciaire est compétent pour juger de l'action de l'administration dès lors qu'il s'agit d'une voie de fait. Une voie de fait se caractérise par le caractère illégal de l'action de l'administration car cette action est insusceptible de se rattacher à ses attributions), il est apparu que le critère de service public n'emportait pas systématiquement la compétence du juge administratif. Le critère des prérogatives de puissance publique a également été avancé et constitue l'un des éléments pouvant emporter la compétence du juge administratif. Cependant, lui non plus n'est pas suffisant.

Il semble que, si les matières sont connues, la ligne de partage est encore floue, le juge n'ayant, par-delà les attributions législatives, jamais trouvé de critère déterminant emportant la compétence du juge administratif si ce n'est des faisceaux d'indices tournant autour de la notion d'intérêt général.

Face aux risques de conflits entre juge administratif et juge judiciaire a été créé le Tribunal des conflits, par la loi du 24 mai 1872, composé à parité entre les membres des plus hautes Cours de chaque juridiction. Le Garde des sceaux intervient dans des affaires en cas de parité des votes, ce qui constitue un succédané de justice retenue.

Il est chargé de résoudre les conflits positifs et négatifs de compétence. Il y a un conflit positif de compétence lorsque le juge administratif et le juge judiciaire se déclarent tous deux compétents pour résoudre un litige. Le Préfet est seul chargé de dresser un déclinatoire de compétence s'il estime qu'une affaire n'a pas à être connue par le juge judiciaire (il n'existe pas de procédure parallèle de dessaisissement du juge administratif). Le tribunal devant lequel l'affaire est pendante sursoit à statuer et se prononce pour ou contre sa compétence.

S'il maintient sa compétence, le Préfet peut décider d'élever le conflit et rend un arrêté de conflit. Le Tribunal des conflits est alors chargé de confirmer ou d'infirmer l'arrêté du Préfet.

Il peut également exister un conflit négatif de compétence car aucun des deux juges ne s'estime compétent pour trancher un litige ou que deux décisions contradictoires ont été rendues. En ce sens, le justiciable est victime d'un déni de justice. Il incombe alors au Tribunal des conflits de régler directement l'affaire au fond. Son jugement est définitif et insusceptible d'appel.

## **2) Le rôle de la justice administrative**

### **Les contrôles de légalité et de conventionalité**

Le rôle essentiel de la juridiction administrative est de veiller au respect de la hiérarchie des normes. Dès lors, comme le juge judiciaire, mais dans ses domaines de compétence, le juge administratif est le garant de l'Etat de droit. Il effectue, pour ce faire, un contrôle de la légalité des actes que prennent les pouvoirs publics.

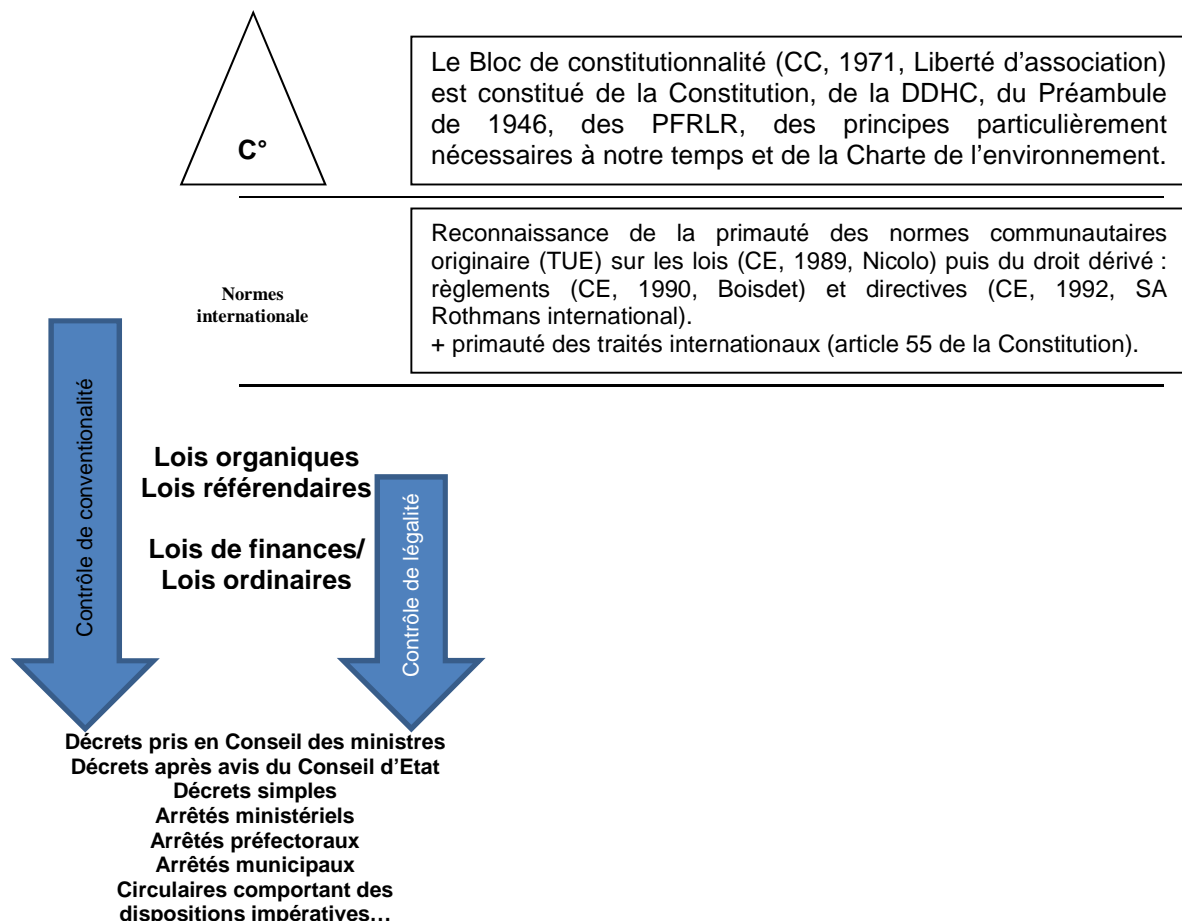
En plus du contrôle de légalité classique que le juge administratif est amené à opérer, il est, en tant que juge de droit commun du droit communautaire, conduit à opérer un contrôle de conventionalité.

Après des années de retard par rapport au juge judiciaire pour reconnaître la primauté du droit communautaire sur le droit national, le Conseil d'Etat a pris au cours des dernières années des positions tendant à une meilleure application du droit communautaire en France. Ainsi, il a reconnu en 2007 (CE, Société Arcelor Atlantique et Lorraine) que lorsqu'un décret transpose directement une directive et que les normes constitutionnelles invoquées trouvent leur équivalent dans les normes européennes, le contrôle de constitutionnalité doit être écarté au profit d'un contrôle de légalité européen de la CJUE. Le cas contraire, il revient au juge administratif de vérifier la constitutionnalité d'une norme réglementaire (ce qui s'oppose à la théorie de la loi écran qui a longtemps prévalu – CE, 1936, Arrighi).

De plus, le juge administratif a reconnu, au cours des dernières années, qu'un justiciable peut se prévaloir des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis, les mesures de transposition nécessaires (CE, 2009, Mme Perreux). De même, le juge administratif avait reconnu l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait d'actes individuels faisant application d'une loi contraire au

droit communautaire dérivé (à la suite de la CJCE, 1996, Brasserie du Pêcheur, CE, 1996, Société Jacques Dangeville), voire même d'un préjudice causé par une loi (CE, 2007, M. Gardedieu). Toutes ces décisions visent à renforcer l'application effective des normes communautaires en droit national.

Les contrôles de légalité et de conventionalité s'appliquent aux normes à valeur réglementaire. Le juge administratif est donc le garant des éventuelles mesures arbitraires que seraient tentés de prendre les pouvoirs publics.



### ***L'intensité des contrôles du juge***

Le contrôle du juge administratif découle des marges d'appréciation de l'administration, selon qu'elle se trouve dans l'hypothèse d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une compétence liée.

Est dans l'hypothèse d'une compétence liée, l'administration qui, par le droit (textes), est obligée d'agir et de prendre une décision déterminée, sa seule latitude d'action résultant du

délai raisonnable dont elle dispose pour la prendre. Ainsi, ces hypothèses de compétence liée sont de nature à rendre le contrôle du juge administratif restreint puisqu'il n'y a pas d'interprétation de l'action administrative à contrôler (ex : un fonctionnaire qui se fait radier des listes des cadres et qui est mis à la retraite d'office une fois frappé par la limite d'âge).

Tel n'est pas le cas des hypothèses de pouvoirs discrétionnaires de l'administration. Se trouvant dans des situations de fait, l'administration a une certaine latitude d'interprétation que le juge administratif se charge de contrôler (ex : la décision d'un jury à un concours). Garant de la légalité, le juge administratif est alors amené à effectuer un contrôle plus ou moins étendu. Le contrôle est normal lorsqu'il porte sur une erreur manifeste d'appréciation de l'administration mise en cause (CE, 1961, Lagrange). Il s'agit de contrôler qu'aucune erreur grossière n'a été commise par l'administration qu'il s'agisse d'une illégalité externe (erreur sur l'auteur de l'acte, sa procédure d'adoption) ou d'une illégalité interne (violation de la loi, détournement de pouvoir).

Le juge administratif a également développé, en certains domaines, un contrôle maximum dit proportionnel. Dans une décision de 1971, Ville Nouvelle Est, le Conseil d'Etat a créé la théorie du bilan qui dresse les coûts et les avantages d'une décision pour en conclure ou non à l'illégalité de l'acte administratif attaqué. S'il en résulte une disproportion excessive, le juge administratif peut être amené à annuler l'acte litigieux. Il se trouve donc à opérer un véritable contrôle d'opportunité de l'acte. Ce contrôle a été étendu à quelques matières comme l'urbanisme ou les expulsions et les reconduites à la frontière (pour mieux appliquer les dispositions de l'article 8 CEDH en matière de droit à une vie familiale normale).

### **Les recours contentieux**

Le recours peut prendre la forme d'un recours en excès de pouvoir contre tout acte administratif unilatéral (CE, 1950, Dame Lamotte). Il s'agit d'un recours d'ordre public que nulle disposition ne peut empêcher, même une loi. L'article 13 CEDH reconnaît le droit à un recours effectif en cas d'atteintes aux droits et libertés.

Le recours de pleine juridiction correspond à un contrôle très étendu du juge administratif puisqu'il peut à la fois réformer l'acte en cause et prononcer des sanctions pécuniaires contre l'administration. Son office s'exécute ainsi en matière de contentieux des contrats administratifs ou en matière de la responsabilité administrative. Les voies de recours ont été ouvertes ces dernières années à de plus en plus de personnes ayant un intérêt à agir. Le recours pour excès de pouvoir est quant à lui largement ouvert dès lors que le demandeur

effectue son action dans un certain délai (2 mois suivant la notification ou la publication de l'acte) avec un intérêt à agir direct, certain et actuel.

Toujours au titre de la meilleure reconnaissance des droits des usagers de l'administration, la rénovation des procédures d'urgence telle qu'elle résulte de la loi du 30 juin 2000 a conduit à renforcer les prérogatives du juge administratif agissant dans le cadre du référé suspension, du référé liberté, du référé conservatoire ou du référé précontractuel et contractuel pour les plus importants. Ces procédures sont importantes car elles permettent à la France d'être en conformité avec les dispositions de l'article 13 de la CEDH. Elles offrent un recours effectif et, par les mesures conservatoires qu'elles imposent en appui de la procédure normale qui par ailleurs se poursuit, elles participent à une bonne administration de la justice par la reconnaissance des libertés garanties.

Enfin, des voies de médiations sont recherchées avant que les procédures n'aboutissent au recours contentieux. Il reste ainsi possible d'adresser une réclamation à l'administration, auteur de l'acte. L'utilisateur peut également recourir à une médiation du Défenseur des droits. Ces procédures les plus répandues vont dans le sens d'un règlement des conflits en phase précontentieuse de manière à éviter l'engorgement des tribunaux et participer ainsi à une bonne administration de la justice administrative.

## **Section 2 : La responsabilité administrative**

Du latin *respondere*, la responsabilité signifie « répondre de ». La responsabilité administrative est donc la manière dont l'administration doit répondre de son action devant les juridictions. Elle implique également l'idée de réparation.

En droit civil, la responsabilité s'analyse comme la prise en charge par l'auteur du fait dommageable de sa réparation (article 1382 Code civil). Elle exige donc un fait générateur à l'origine d'un dommage pour une victime qui impose à cette dernière de démontrer que fait générateur et dommage sont directement liés : c'est le lien de causalité.

La responsabilité administrative reprend cette logique en l'amendant. Est mise en cause la responsabilité de l'administration la conduisant à donner réparation à la victime du dommage si les trois conditions sont remplies : un fait générateur, un dommage et un lien de causalité. Historiquement, cette responsabilité a mis longtemps à se développer et est autant le fait de l'autonomisation du juge administratif que du développement de l'interventionnisme public.

D'une part, le régime de la responsabilité administrative est, comme le régime de la responsabilité civile, un droit prétorien. Il s'agit d'un droit subjectif dès lors qu'il a fait l'objet d'une édification par touches successives, la jurisprudence étant encore amenée à évoluer dans un sens toujours plus favorable à la victime d'un dommage résultant de l'action des pouvoirs publics. D'autre part, alors qu'initialement la responsabilité administrative semblait ne pouvoir être mise en cause dans les matières relevant de sa souveraineté, elle a trouvé à se développer dans le champ de l'intervention économique.

La responsabilité administrative s'est fortement transformée pour favoriser la reconnaissance des victimes et imposer les réparations des dommages causés par les pouvoirs publics.

### **1) Les éléments constitutifs de la responsabilité administrative ouvrant droit à réparation**

La mise en cause de la responsabilité de l'administration suppose trois éléments constitutifs. Qui dit responsabilité dit initialement reconnaissance d'un préjudice. La victime doit pouvoir prouver l'existence d'un fait générateur à l'origine de ce préjudice et démontrer l'existence d'un lien de causalité entre fait générateur et préjudice.

#### **Le préjudice (le dommage)**

Le préjudice doit être certain et consister en une atteinte à un intérêt de la victime.

Il doit être certain, c'est-à-dire qu'il doit être actuel de manière à pouvoir être constaté. Il peut cependant ne pas encore avoir eu lieu s'il ne fait aucun doute que sa réalisation va aboutir. Ainsi, la perte de chance a été reconnue comme un préjudice. Il appartient alors à la victime d'apporter la preuve qu'elle avait une chance sérieuse de réussir un concours (CE, 1972, Demoiselle Jarrige) ou, au contraire, qu'elle avait peu de chance de se soustraire à un risque en raison du défaut d'information d'un médecin à l'occasion d'une opération médicale (CE, 2000, Consorts Telle).

En revanche, un préjudice éventuel ne peut donner lieu à réparation car il s'agit aussi pour le juge administratif de protéger les deniers publics.

Le préjudice peut consister en une atteinte à un intérêt légitime, matériel ou moral. Le préjudice n'était initialement reconnu qu'aux personnes directement victimes du dommage. Mais, le juge administratif, conscient de l'existence de victimes par ricochet, a reconnu

l'intérêt de toute personne y ayant droit (appréciation au cas par cas) à se voir indemnisée du préjudice subi. Il peut être physique ou matériel, et porter dans ce dernier cas sur une atteinte aux biens mobiliers et immobiliers. Cependant, c'est sur le terrain de la reconnaissance de préjudices moraux que la maturation du juge administratif a été la plus lente. Arguant initialement de l'idée que « les larmes ne se monnayent pas », le juge administratif n'a reconnu que trente-huit ans après le juge judiciaire la reconnaissance de préjudices moraux (CE, 1961, Letisserand). De même, il a mis longtemps avant de reconnaître la douleur physique (CE, 1942, Morell) et le préjudice esthétique (CE, 1930, Sieur et dame Perret). Aujourd'hui, sa jurisprudence est plus étendue et reconnaît les troubles aux conditions d'existence ou encore les atteintes portées à l'honneur et à la réputation d'une personne.

### **Le fait générateur**

Le fait générateur doit être extérieur à la victime. Ainsi, si elle s'est exposée sciemment au risque, si elle est dans une situation irrégulière au moment des faits ou s'il ne s'agit que d'une situation précaire ne donnant pas lieu à un droit acquis, elle ne peut prétendre à obtenir réparation.

Le fait générateur imputable à l'administration peut alors être une faute ou non. Il s'agit d'une faute lorsque l'administration ne s'est pas conduite comme elle aurait dû. La faute peut être un acte juridique, une opération matérielle, le mauvais fonctionnement d'un service, un retard, une maladresse, une négligence etc. Elle peut être une action, une inaction ou une abstention. Il y a donc une multitude de causes qui peuvent conduire à la mise en œuvre de la responsabilité administrative. Pour autant, la faute n'est pas nécessairement illégale, telle l'erreur de diagnostic médical. De même, toute décision illégale est constitutive d'une faute mais n'ouvre pas automatiquement droit à réparation. Ainsi, dans le cas d'un REP, le juge administratif imposera l'annulation d'un acte illégal sans ouvrir droit à réparation. Cette approche protéiforme de la faute conduit le juge à avoir une analyse subjective selon les circonstances de temps et de lieu.

### **Le lien de causalité**

La démonstration du lien de causalité incombe, sauf exception, à la victime qui doit apporter la preuve du lien qui existe entre le préjudice qu'elle a subi et le fait générateur du dommage. Le juge administratif dispose cependant de pouvoirs inquisitoriaux qui lui permettent d'imposer à l'administration la communication de tout document nécessaire à la



compréhension d'une affaire ou encore de commander une expertise. Le fait dommageable doit ainsi être directement lié au préjudice. Le juge administratif a développé la théorie de la causalité adéquate. Etant susceptible de trouver plusieurs causes au préjudice, le juge administratif retient la cause principale du préjudice. Cependant, s'inspirant de la jurisprudence du juge judiciaire de l'équivalence des conditions, le juge administratif admet qu'un faisceau de causes puissent conduire au dommage.

Lorsqu'il constate que le préjudice prend son origine dans une cause étrangère à l'action administrative, l'administration peut être partiellement ou totalement exonérée de la réparation du préjudice. Ces causes sont limitativement définies. Outre la faute de la victime, les cas de force majeure (l'événement est extérieur au défendeur, imprévisible dans sa survenance et irrésistible dans ses effets) et de cas fortuit (qui se rapproche de la force majeure mais s'en distingue car il s'agit d'une cause intérieure à l'action publique. En revanche, il s'agit d'une cause inconnue, imprévisible et irrésistible) ainsi que le fait du tiers (sauf s'il y a un comportement fautif de ce dernier) sont retenus comme des circonstances exonérant totalement ou partiellement l'administration de sa responsabilité.

Il arrive que les victimes, ne pouvant pas apporter la preuve d'une faute de l'administration, présentent un lien entre l'activité administrative et le dommage qu'elles ont subi. Le juge administratif a développé la reconnaissance d'un droit à réparation en matière de risque ou de rupture de l'égalité devant les charges publiques. Ces hypothèses donnent droit à une indemnisation automatique en raison du simple risque qu'ont encouru des personnes du fait de missions inhérentes à l'action publique.

Enfin, et par exception, l'administration peut être conduite à apporter la preuve de son absence de faute. Ainsi, l'administration est frappée de présomption de faute en matière d'accidents subis par les usagers des ouvrages publics dangereux et concernant les personnes subissant des traitements médicaux. Dans ces deux hypothèses, l'administration apporte respectivement, s'agissant des ouvrages publics, qu'ils ont été entretenus normalement, et concernant les traitements médicaux, qu'il n'y a pas eu de défaut d'organisation ou de fonctionnement des services et que les informations médicales nécessaires à la compréhension du patient (état de santé, risques ...) ont été apportées.

### **L'indemnisation**

Une fois ces trois éléments constitutifs démontrés, il y a donc lieu d'indemniser la victime. Contrairement à la responsabilité civile qui oblige à faire (article 1382 et suivants du Code

civil), la responsabilité administrative oblige à réparer par équivalence d'une somme d'argent. Les dommages-intérêts sont versés en évaluant de façon intégrale le préjudice subi par la victime. A l'occasion de la loi du 8 février 1995, instituant les pouvoirs d'injonction du juge administratif à l'égard des pouvoirs publics, et de l'avis du Conseil d'Etat du 16 février 2009, Madame Hoffman-Glemane, a été reconnue une responsabilité administrative de réparer le préjudice qui va au-delà de la simple réparation financière.

Le juge administratif se fixe pour objectif de réparer le préjudice de la façon la plus exacte et la plus complète possible. Si la réparation du préjudice matériel semble aisée, tel n'est pas le cas du préjudice moral ni même encore de l'évaluation de la perte de chance.

La réparation est évaluée différemment selon qu'il s'agit d'une atteinte aux biens ou aux personnes. S'agissant des biens, ils sont évalués au jour de la date des faits, ou du moins au jour où ils ont fini de produire leurs effets. En revanche, les procédures étant longues, le juge administratif a reconnu, concernant les atteintes aux personnes, que leur évaluation se fait au jour du jugement, notamment pour tenir compte de la dépréciation monétaire.

L'indemnité principale est versée en capital ou sous forme de rente (notamment parce que la réparation peut trouver à s'appliquer dans le temps et qu'elle pourra alors être indexée à l'inflation, c'est-à-dire réévaluée régulièrement). Des indemnités accessoires peuvent également être versées, notamment du fait de remboursements tardifs (intérêts moratoires, intérêts complémentaires, voire intérêts compensatoires). Ces indemnités sont le pendant des pouvoirs d'injonction du juge administratif.

## **2) Les régimes de responsabilité administrative**

En matière de faute, le juge administratif a développé le régime de la responsabilité pour faute dans le sens du déclin de la faute lourde au profit de la faute simple. En matière de responsabilité sans faute, et là encore pour renforcer le droit des victimes à obtenir réparation, le juge administratif a introduit un régime de responsabilité pour risque, reconnaissant le droit à réparation même en l'absence de faute de l'administration. La responsabilité pour faute constitue le droit commun applicable, la responsabilité sans faute n'étant que subsidiaire.

## La compétence du juge administratif

Le régime de la responsabilité administrative est mis en œuvre par le juge administratif (TC, 1873, Blanco). Ce ne sont que de rares exceptions, portant sur la protection de la liberté individuelle, de la propriété privée et de la protection des risques sociaux, et dans un objectif de bonne administration de la justice, qui ont conduit le législateur à transférer certaines matières au juge judiciaire (une loi de 1937 pour la responsabilité des fautes commises par les enseignants, une loi de 1957 pour les accidents causés par des véhicules, une loi de 1986 sur l'indemnisation des risques d'actes terroristes, une loi de 1991 conduisant à l'indemnisation des victimes de l'affaire du sang contaminé ou encore une loi de 2000 sur l'indemnisation des victimes de l'amiante). Dans la très grande majorité des matières, et pour éviter l'immixtion du juge judiciaire dans les affaires de l'administration, le juge administratif a développé ses régimes de responsabilité propres dans un sens plus protecteur des usagers et des tiers, victimes de l'action publique.

## La responsabilité pour faute lourde

La responsabilité pour faute présente avant tout l'histoire du recul de la faute lourde. Initialement développée pour tenir compte des missions particulièrement délicates que l'administration avait à effectuer dans les domaines régaliens, le développement de l'interventionnisme public dans les matières économiques a amené à alléger les conditions de mise en œuvre de la responsabilité administrative sur le terrain de la faute simple, plus favorable aux victimes. Ainsi, la faute lourde n'est désormais plus retenue que dans les matières dans lesquelles la reconnaissance d'une faute simple pourrait entraîner une paralysie de l'action administrative.

La faute lourde, qui s'explique par la difficulté qu'implique une mission de l'action publique, ne s'applique plus qu'à certains domaines particuliers. En matière de police administrative, le juge administratif a exigé, dans une décision Tomaso Grecco de 1905, une faute lourde pour les seules opérations matérielles (opérations de terrain) alors que la faute simple suffit pour les opérations juridiques. Cependant, de façon pragmatique, le juge peut reconnaître, selon les circonstances de lieu, la difficulté particulière d'une décision administrative comme en matière de police de la circulation à Paris. Il en va de même pour les opérations de police spéciale qui, selon la difficulté de mise en œuvre, peuvent imposer l'existence d'une faute lourde (ex : police des aérodromes).

Concernant les missions régaliennes de service public de la justice, la faute lourde est retenue pour les activités juridictionnelles (dysfonctionnements relatifs à l'enquête, à l'instruction et aux actes juridictionnels), les autres activités entraînant la réparation sur le terrain de la faute simple (CE, 1978, Darmont concernant le fonctionnement de la justice administrative, confirmé par Cass., 2001, Bolle-Laroche). En revanche, le Conseil d'Etat a pu reconnaître la responsabilité du service public de la justice pour ne pas avoir respecté un délai raisonnable de jugement dès lors que l'affaire ne présentait pas de difficulté particulière (CE, 2002, M. Magiera).

De façon plus étonnante, le juge administratif maintient la faute lourde pour les activités de tutelle et de contrôle. Ainsi, reconnaissant la difficulté particulière du Préfet en matière de contrôle, le juge administratif réduit ainsi les risques de condamnation pécuniaire de l'Etat. Eu égard à la complexité de certaines activités de contrôles des AAI, le juge administratif a étendu le régime de la responsabilité sur le terrain de la faute lourde pour les activités de contrôle des banques de la COB (remplacée par l'AMF). En revanche, de manière à favoriser la reconnaissance des victimes en matière de transfusions sanguines ou d'expositions aux poussières d'amiante, le juge administratif n'a exigé qu'une faute simple.

### **La responsabilité pour faute simple**

Hormis des cas limités d'exigence de la faute lourde, les autres activités, même si elles présentent un caractère de difficulté évident, ont basculé sur le champ de la faute simple pour favoriser la reconnaissance du préjudice des victimes leur ouvrant droit à des dommages-intérêts.

Il en va ainsi en matière de services fiscaux où la faute lourde n'est plus appliquée que pour les difficultés réelles de traitement (CE, 1990, Bourgeois), concernant les services pénitentiaires (CE, 2003, Mme Chabba) ou encore en matière de secours et de lutte contre les incendies (CE, 1998, M. Améon).

C'est sans doute en matière médicale que le revirement de jurisprudence est le plus spectaculaire. L'abandon de l'exigence d'une faute lourde (CE, 1992, Epoux V.) a étendu le champ des obligations des médecins à l'occasion d'actes médicaux alors qu'il s'agit pourtant d'activités particulièrement délicates. L'obligation du médecin porte à la fois sur la bonne conduite des examens mais encore sur les résultats obtenus et sur le devoir d'information des patients (CE, 1997, Epoux Q.). Au fur et à mesure des années, le Conseil d'Etat a renforcé les exigences en matière d'obligations d'information en renversant la charge de la

preuve (CE, 2000, Consorts Telle). Le juge administratif n'indemnise plus uniquement la faute mais l'éventuelle perte de chance du patient. En revanche, ne constituait pas une faute un acte médical administré contre l'avis du patient indispensable à sa survie (CE, 2001, Mme X.) alors même que la Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé imposera un an plus tard l'obligation de recueillir la volonté du patient, consacrant son droit à refuser les soins.

### Faute personnelle et faute de service de l'agent public

Parmi les régimes de responsabilité pour faute figure celui des fonctionnaires et des agents publics. La juridiction administrative a très tôt développé une distinction entre la faute personnelle de l'agent, détachable de ses fonctions, et la faute de service. Sans en donner de définition limitative, la juridiction administrative a donné un champ très extensif à la faute de service, à la fois pour ne pas gêner le fonctionnaire dans l'exercice de ses prérogatives et pour réparer au mieux les préjudices subis par la victime. Les agents publics ne bénéficient d'un privilège de juridiction devant le juge administratif (TC, 1873, Pelletier) que s'il s'agit d'une faute de service. En cas de faute personnelle, l'agent répond de ses actes devant le juge judiciaire.

La faute personnelle est celle qui, réalisée en dehors des missions de l'agent, est empreinte d'une particulière gravité. La mission peut être dépourvue de tout lien avec le service (le policier qui utilise son arme en dehors de son service), commise en dehors du service mais non dépourvue de tout lien avec celui-ci (le policier qui, chez lui, tue accidentellement un collègue alors qu'il nettoyait son arme à feu que le règlement intérieur du service lui imposait de conserver) ou celle commise dans le service mais impactée d'une particulière gravité (la receveuse des postes qui détourne de l'argent public). Ainsi, l'agent public peut à la fois être poursuivi pour une faute personnelle et une infraction pénale. Par ailleurs, ces qualifications ne présument en rien d'une éventuelle sanction disciplinaire.

Cependant, de manière à réparer au mieux les préjudices des victimes, le juge administratif a développé les théories du cumul de fautes puis du cumul de responsabilités. Initialement, le juge a considéré que si deux fautes étaient démontrées, le cumul des fautes impliquait le choix de la victime à poursuivre l'agent devant le juge judiciaire ou l'administration devant le juge administratif. Faisant évoluer sa jurisprudence, le juge a admis un cumul de responsabilités sur la base d'une faute unique mais ayant un caractère mixte. Selon la formule du commissaire du gouvernement Léon Blum, il faut comprendre que « la faute se détache peut-être du service... mais le service ne se détache pas de la faute » (CE, 1918, Lemonnier). Ainsi, pouvant obtenir réparation sur le terrain de la responsabilité pour faute, la victime a droit de demander réparation envers l'administration ou l'agent, quitte pour ces derniers à tenter des actions récursoires en reconnaissance de la responsabilité de l'autre.

### La responsabilité sans faute

La responsabilité sans faute s'est développée dans deux domaines.

D'une part, grâce à la socialisation des risques, le juge administratif a accepté d'indemniser des justiciables qui n'ont pourtant pas pu apporter la preuve de l'existence d'une faute de l'administration. Ce régime de responsabilité s'est ainsi développé sur le terrain du risque inhérent à l'action administrative. Initialement, cette responsabilité a été reconnue pour les personnes qui, contrairement aux fonctionnaires qui bénéficient d'un régime protecteur (Loi de 1898 sur les accidents du travail), mais participant à l'exécution d'un service public, se voient reconnaître une indemnisation sur le terrain du risque en tant que collaborateur du service public (CE, 1946, Commune de Saint-Priest-la-Plaine), qu'il soit requis ou simplement sollicité, voire même lorsqu'un caractère d'urgence se présente, spontané (CE, 1970, Commune de Batz-sur-Mer).

Le régime de la responsabilité sans faute s'est également enrichi en matière de fait des choses, activités ou situations dangereuses. Bénéficient d'un tel régime les tiers, victimes de dommages de travaux publics, les usagers et les tiers, victimes des ouvrages publics dangereux, les usagers, victimes d'explosifs ou de munitions (CE, 1919, Renault-Desroziers), d'armes ou d'engins dangereux ou des produits sanguins (CE, 1995, Consorts N'Guyen, Jouan et Consorts Pavan). Enfin, sont également protégés les victimes des rassemblements ou attroupements dangereux ou encore des aléas thérapeutiques (CE, 1993, Bianchi). Toutes ces jurisprudences sont de nature à démontrer un devoir de solidarité avec les victimes, raison pour laquelle on parle de socialisation des risques, ce que le législateur favorise lui aussi.

D'autre part, la responsabilité sans faute s'est étendue au terrain de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Cette dernière action est particulièrement symbolique des actions qui peuvent être conduites contre l'Etat, y compris dans ses missions de souveraineté. Il a en effet été reconnu la responsabilité des pouvoirs publics du fait des décisions administratives, des lois et des conventions internationales.

Ainsi, s'agissant des décisions administratives, il importe d'abord de vérifier qu'elles sont bien régulières (sans quoi il faudra tenter un REP en annulation de l'acte) et qu'il n'existe pas de rupture de l'égalité entre les usagers. La responsabilité sans faute est reconnue contre les actes individuels (CE, 1923, Couitéas, à propos d'un refus d'expropriation à la suite d'une décision du juge administratif enjoignant de recourir à la force publique) et contre les actes réglementaires (CE, 1963, Commune de Gavarnie, à propos d'une décision municipale de réglementer la circulation des chemins emportant des conséquences sur les commerçants). Cependant, bien que reconnaissant un régime de responsabilité, le juge administratif l'applique avec modération.

De façon plus spectaculaire, le juge administratif a reconnu la responsabilité des pouvoirs publics du fait des lois (CE, 1938, La Fleurette) et des conventions internationales (CE, 1966, Compagnie générale d'énergie radioélectrique).

Il incombe au requérant d'apporter la preuve d'un lien entre le texte en cause et le préjudice prouvé. Le dommage doit être individualisable ce qui explique le peu de cas de mise en responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité reconnu du fait de la portée générale des lois et des conventions internationales. Cette responsabilité ne peut être engagée dès lors que le texte a un but d'intérêt général supérieur. En revanche, le juge administratif a pu reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait de la contrariété entre une disposition réglementaire et un engagement international (CE, 1992, Société Arizona Tobacco Products), de la contrariété entre un acte individuel faisant application d'une loi et un engagement international (CE, 1996, Société Jacques Dangeville), voire plus directement de la responsabilité de l'Etat du fait de ses lois en contradiction avec ses engagements européens (CE, 2007, M. Gardedieu).

L'ensemble de ces régimes de responsabilité est donc de nature à renforcer les droits des victimes à obtenir réparation de leurs préjudices. Entre socialisation des risques et assouplissement des régimes de responsabilité pour faute, les pouvoirs publics sont aujourd'hui appelés non plus simplement à surveiller et punir comme par le passé mais aussi à aider et protéger les citoyens, les contribuables et les usagers.

**Intervenant : Jérôme KERAMBRUN**

**Directeur des finances et du contrôle de gestion, Ville de Noisy-le-Grand**

**Enseignant à la ville de Paris**

**Enseignant à l'Université Paris Créteil 12**